

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP170026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

## **Beschluss vom 19. Januar 2018**

in Sachen

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

Klägerin und Beschwerdeführerin

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

substituiert durch MLaw X2.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 12. April 2017 (FV170004-G)**

## **Erwägungen:**

### **1. Sachverhalt und Prozessverlauf**

1.1. Bei der Klägerin (Beschwerdeführerin) handelt es sich um eine GmbH, deren Zweck gemäss Handelsregistereintrag im "Erbringen von Dienstleistungen und Beratungen für in- und ausländischen Kunden ..." besteht. Sie stellt interessierten Unternehmen bzw. Institutionen mittels Pachtvertrag (vgl. Urk. 14) Fahrzeuge zur Verfügung, deren Karosserie sie als Werbeträger nutzt. Diese Werbefläche bietet sie – in einzelne Flächen unterteilt – ihrer Kundschaft gegen Entgelt für deren Werbung an. Die Beklagte (Beschwerdegegnerin), ebenfalls als GmbH konstituiert, bezweckt gemäss Handelsregistereintrag "die Ausführung von Autoreparaturen, ...".

1.2. Am 3. Juli 2009 schlossen die Parteien einen Werbeflächenvertrag (Urk. 4/1). Damit verpflichtete sich die Klägerin (als "Vertragnehmer"), für die Beklagte (als "Vertraggeber") Werbung herzustellen und während einer Vertragsdauer ("Mindestwerbelaufzeit") von 5 Jahren auf dem C.\_\_\_\_-Mobil ("Schulbus D.\_\_\_\_") der E.\_\_\_\_ GmbH in F.\_\_\_\_ graphisch zu platzieren. Im Gegenzug verpflichtete sich die Beklagte zur Bezahlung eines Entgelts in der Höhe von Fr. 7'000.– (Fr. 1'400.– pro Jahr) sowie von Materialkosten im Betrag von Fr. 390.– für Layout und Satz, je zuzüglich Mehrwertsteuer. Zusätzlich vereinbarten die Parteien (unter "Bemerkungen"), dass die Wartungsarbeiten hinsichtlich Pneus, Karosserie und Service am betreffenden Fahrzeug während der Vertragslaufzeit von der Beklagten durchgeführt werden. Gemäss den weiteren Vertragsbestimmungen ("Wichtig") verlängert sich der Vertrag nach Ablauf der fünfjährigen Mindestlaufzeit ohne Neuabschluss zum gleichen Preis jeweils um eine weitere Periode von 5 Jahren, sofern sechs Monate vor Ablauf der jeweiligen Vertragsperiode keine Kündigung der Vereinbarung erfolgt.

Die Auslieferung des C.\_\_\_\_-Mobils, die den Beginn der Vertragslaufzeit auslöste, erfolgte am 11. Februar 2010, wovon die Beklagte mit Schreiben vom 15. Februar 2010 in Kenntnis gesetzt wurde (Urk. 11/5). Diese bezahlte das ver-

einbarte Entgelt für die erste Vertragsperiode in vier Raten (Urk. 11/6). Mit Schreiben vom 1. September 2015 bestätigte die Klägerin der Beklagten die Vertragsverlängerung um 5 Jahre (Urk. 11/8). Im Februar bzw. anfangs März 2016 sandte die Klägerin der Beklagten den Korrekturabzug für die Beschriftung eines neuen Fahrzeugs und die Rechnung über die erste Ratenzahlung für die zweite Vertragsperiode zu (vgl. Urk. 11/9-11). Daraufhin erklärte ihr die Beklagte am 2. März 2016 per E-Mail, sie wolle die Werbung auf keinen Fall mehr mit E. \_\_\_\_\_ machen, was sie der Klägerin schon etliche Male unmissverständlich mitgeteilt habe; sie wolle und werde keine Werbung mehr bei der Klägerin machen, nachdem sie während der gesamten Laufzeit des Vertrags nur gerade zweimal Gelegenheit erhalten habe, die vertraglich vereinbarten Wartungsarbeiten am Fahrzeug vorzunehmen, wobei sie das Entgelt hierfür beide Male auf dem Betreuungsweg habe einfordern müssen (Urk. 11/12).

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, mit dieser Erklärung habe die Beklagte den Vertrag, der sich mangels fristgerechter Kündigung (vor dem 12. August 2014) zunächst um 5 Jahre verlängert habe, ausserhalb der vereinbarten Frist gekündigt. Die Beklagte habe ihr deshalb eine Vergütung im Sinne von Ziff. 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Vertrag (AGB) zu leisten, welche die Klägerin auf Fr. 7'128.40 beziffert. An dieser Auffassung hält sie auch in der Beschwerde fest (Urk. 23 S. 3 ff. Ziff. 5 ff.). Demgegenüber ist die Beklagte der Meinung, der Klägerin stünden keine Ansprüche aus der Vertragsauflösung zu. Der vorliegende Rechtsstreit dreht sich um die Entschädigung für die nach klägerischer Darstellung ausserterminlich erfolgte Kündigung.

1.3. Mit Eingabe vom 24. Januar 2017 und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts G. \_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2016 (Urk. 1) machte die Klägerin beim Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren (Vorinstanz), gegen die Beklagte eine Forderungsklage mit folgendem, anlässlich der Hauptverhandlung vom 20. März 2017 präzisiertem Rechtsbegehren anhängig (Urk. 2 S. 2 und Urk. 15 S. 1 i.V.m. Urk. 10 S. 1):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin zu bezahlen:
- |     |          |   |
|-----|----------|---|
| Fr. | 7'128.40 | nebst Zins zu 5% seit dem 12. Juli 2016 |
| Fr. | 20.00    | Mahngebühren                            |

Fr. 375.00 Kosten Schlichtungsverfahren Friedensrichteramt  
G. \_\_\_\_\_

2. Eventualiter verkündet die Klägerin der E. \_\_\_\_\_ GmbH, ... [Adresse], gemäss Art. 78 Abs. 1 ZPO den Streit.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Am 12. April 2017 erging das zunächst ohne Begründung eröffnete vorinstanzliche Urteil, mit dem die Klage unter Kostenfolge zu Lasten der Klägerin abgewiesen wurde (Urk. 16). Auf Begehren der Klägerin (Urk. 18) wurde den Parteien am 30. Mai 2017 das begründete Urteil zugestellt (Urk. 20 = Urk. 24; Urk. 21/1-2).

1.4. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 23. Juni 2017 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 23 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 12. April 2017 (FV170004-G) aufzuheben und die Klage der Klägerin und Beschwerdeführerin vollumfänglich gutzuheissen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Beklagten und Beschwerdegegnerin."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-22). Mit Verfügung vom 7. Juli 2017 wurde der Klägerin für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten ein Vorschuss von Fr. 1'350.– auferlegt (Urk. 28), welcher am 17. Juli 2017 geleistet wurde (Urk. 29). Die fristwahrende Beschwerdeantwort der Beklagten mit dem Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde datiert vom 20. September 2017 (Urk. 31; s.a. Urk. 30). Sie wurde der Klägerin mit Verfügung vom 22. September 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 35). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben sind nicht erfolgt.

## **2. Prozessuales**

2.1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Da der für eine Berufung erforderliche Streitwert nicht erreicht ist, ist gegen den angefochtenen erstinstanzlichen Endentscheid die Beschwerde zulässig (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Diese wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 ZPO und Urk. 21/1), und der einverlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 28 und

29). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Anträge und Begründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu nachstehend, E. 2.2 und E. 2.3) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.2. Die Klägerin beantragt mit ihrer Beschwerde die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die vollumfängliche Gutheissung ihrer Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (Urk. 23 S. 2). Es fragt sich, ob sie damit einen rechtsgenügenden Beschwerdeantrag stellt.

2.2.1. Die Beschwerde muss – im Sinne einer Rechtsmittelvoraussetzung – Rechtsbegehren, d.h. Anträge enthalten. Die beschwerdeführende Partei muss darlegen, welche konkreten Änderungen des angefochtenen Entscheids sie verlangt. Mit Blick auf die Möglichkeit eines reformatorischen Entscheids (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO) hat sie grundsätzlich einen Antrag in der Sache zu stellen. Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Beschwerde unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Namentlich sind Beschwerdeanträge, die auf eine Geldzahlung gerichtet sind, zu beziffern (BGer 4D\_72/2014 vom 12. März 2015, E. 3 m.Hinw. auf BGE 137 III 617 E. 4.2 und 4.3 S. 618).

Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus folgt allerdings, dass auf eine Beschwerde mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Beschwerdeführer in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welchen Geldbetrag er zugesprochen haben möchte. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (vgl. BGE 137 III 617 E. 6.2 S. 621 f. m.w.Hinw.).

2.2.2. Die Klägerin beziffert ihren auf eine Geldleistung gerichteten Beschwerdeantrag nicht. Dennoch geht aus der gewählten Formulierung in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid hinreichend klar hervor, was sie in der Sache verlangt, nämlich die Zusprechung von Fr. 7'128.40 nebst 5% Zins seit dem 12. Juli 2016 sowie Fr. 20.– Mahngebühren und Fr. 375.– Kosten des

Schlichtungsverfahrens (vgl. Urk. 24 S. 2, Urk. 2 S. 2 und Urk. 10 S. 1). Damit ist den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Bestimmtheit des Beschwerdeantrags Genüge getan.

2.3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) inhaltlich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und mittels Verweisungen auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (dazu BGer 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2; 5D\_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2, je m.w.Hinw., insbes. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Abgesehen von dieser Relativierung gilt auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde 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.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

2.4. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburg/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. immerhin auch BGE

139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Die – im Übrigen ohnehin viel zu pauschal gehaltene – vollumfängliche Bestreitung der beklagischen Vorbringen sowie die Offerte des "vollen rechtsgenügenden Beweis[es] mit allen zulässigen Beweismitteln" in der Beschwerdeschrift (Urk. 23 S. 3 Ziff. 3) ist deshalb – ebenso wie die generelle Bestreitung sämtlicher Beschwerdevorbringen in der Beschwerdeantwort (Urk. 31 S. 3 Ziff. 3) – von vornherein unbehelflich.

2.5. Schliesslich ist zu beachten, dass das vorliegende (vereinfachte) Verfahren mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts der durch das richterliche Fragerecht abgeschwächten Verhandlungsmaxime unterliegt (Art. 55 ZPO und Art. 247 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGer 4D\_57/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2). Es ist demnach Sache der Parteien, dem Gericht das für die Rechtsanwendung relevante Tatsachenfundament zu präsentieren, d.h. den entscheidwesentlichen Sachverhalt zu behaupten und die Beweismittel für ihre tatsächlichen Behauptungen anzugeben. Das Gericht darf seinem Entscheid nur behauptete (und unbestritten gebliebene oder bewiesene) Tatsachen zugrunde legen.

### **3. Materielle Beurteilung**

#### **3.1. Entscheid der Vorinstanz und geltend gemachte Beschwerdegründe**

3.1.1. Die Vorinstanz stellte zunächst fest, dass die Beklagte die Beendigung des Vertrags explizit damit begründet habe, dass dieser seitens der Klägerin nicht erfüllt worden sei, da weder die Rechnungen für die Arbeiten am C.\_\_\_\_-Mobil fristgerecht bezahlt worden seien noch das Fahrzeug für die Servicearbeiten und Pneuwechsel zur Beklagten gebracht worden sei (Urk. 24 S. 5 E. 2.4 a.E.). Der zwischen den Parteien geschlossene Werbeflächenvertrag sei als sog. Dauerwerkvertrag zu qualifizieren. Er falle unter die gesetzlichen Regelungen von Art. 363 ff. OR. Ziff. 15 der vereinbarten AGB, auf welche die Klägerin den eingeklagten Anspruch auf Schadenersatz stütze, basiere auf der obligationenrechtlichen Bestimmung von Art. 377 OR, wonach der Besteller vor Vollendung des Werkes jederzeit gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle

Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurücktreten könne. Konkret besage Ziff. 15 der vereinbarten AGB, dass bei Kündigung durch den Vertraggeber (d.h. die Beklagte) vor Vollendung des Werkes der Vertragnehmer (d.h. die Klägerin) berechtigt sei, eine Vergütung zu verlangen, wobei er sich aber dasjenige anrechnen lassen müsse, was er infolge der Vertragsaufhebung an Aufwendungen erspart habe, namentlich die Druckkosten sowie eventuell die Satzkosten. Art. 377 OR bzw. Ziff. 15 der AGB kämen jedoch nur zur Anwendung, wenn die Kündigung ohne Veranlassung der Gegenseite erfolge (Urk. 24 S. 5 f. E. 3.1).

Die Beklagte habe der Klägerin mit E-Mail vom 2. März 2016 (Urk. 11/12) mitgeteilt, dass sie die Werbung nicht mehr mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH machen wolle und dass sie ihr, der Klägerin, dies bereits mehrmals unmissverständlich mitgeteilt habe. Weiter habe die Beklagte in diesem E-Mail klar zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten nicht mehr erfüllt habe, indem sie weder die Rechnungen bezahlt noch das Fahrzeug für die Wartung vorbeigebracht habe. Es treffe damit zu, dass die Beklagte den Werbeflächenvertrag mit der Klägerin (spätestens) am 2. März 2016 aufgelöst habe. Beim betreffenden E-Mail vom 2. März 2016 handle es sich aber offensichtlich nicht um eine Rücktrittserklärung im Sinne von Art. 377 OR bzw. Ziff. 15 der vereinbarten AGB. Die Beklagte habe die Beendigung des Vertragsverhältnisses explizit damit begründet, dass die Klägerin ihren vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen sei. Die einseitige Vertragsaufhebung durch die Beklagte sei somit ausdrücklich an die Nichterfüllung der vertraglich vereinbarten Gegenleistung geknüpft (Urk. 24 S. 6 f. E. 3.2).

Die Parteien hätten – so die Vorinstanz weiter – im Werbeflächenvertrag vereinbart, dass während der Vertragslaufzeit sämtliche Karosserie- und Servicearbeiten sowie Pneuwechsel am C.\_\_\_\_\_ -Mobil von der Beklagten durchgeführt würden. Zwar sei im Vertrag nicht festgehalten worden, wie oft die entsprechenden Wartungsarbeiten durchzuführen seien. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr habe die Beklagte aber davon ausgehen dürfen, dass bei einem Fahrzeug, das als Taxi bzw. C.\_\_\_\_\_ -Mobil genutzt werde, regelmässig – jedenfalls mehr als zweimal innerhalb von sechseinhalb Jahren – entsprechende War-



tungs- und Servicearbeiten sowie Sommer-/Winter-Pneuwechsel anfallen würden. Dass das Fahrzeug für mehr als diese zwei Arbeiten bei der Beklagten vorbeigebracht worden sei, habe die Klägerin nicht behauptet. Sie mache vielmehr geltend, mit der (einen) Serviceleistung und dem (einen) Pneuwechsel sei ihre vertragliche Pflicht erfüllt worden, was nicht zutreffe. Gegenteilig habe die Klägerin ihre vertragliche Pflicht, wie sie von der Beklagten nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr habe verstanden werden dürfen, nämlich sämtliche Karosserie- und Servicearbeiten sowie Pneuwechsel am Fahrzeug durch die Beklagte durchführen zu lassen, nicht erfüllt (Urk. 24 S. 7 f. E. 3.3).

Die Vertragsauflösung durch die Beklagte sei aufgrund der Tatsache erfolgt, dass das Fahrzeug während der gesamten Vertragsdauer lediglich zweimal bei der Beklagten gewartet worden sei, demnach aufgrund des Umstands, dass die Klägerin ihre vertragliche Pflicht nicht erfüllt habe. Hinzu komme, dass die entsprechenden Arbeiten der Beklagten erst nach wiederholter Mahnung bezahlt worden seien. Die Beklagte habe die Vertragsauflösung somit durch Veranlassung der Klägerin ausgesprochen. Die einseitige Beendigung des Vertrags durch die Beklagte könne daher nicht als Rücktrittserklärung im Sinne von Art. 377 OR aufgefasst werden, welche die genannten, von der Klägerin geltend gemachten Rechtsfolgen nach sich ziehe. Ob die erwähnte Erklärung der Beklagten als Einrede der Nichterfüllung des Vertrags zu qualifizieren sei, bzw. ob die Beklagte für sich die Folgen der Nichterfüllung des Vertrags durch die Klägerin (Art. 97 ff. OR) oder aus dem Verzug der Klägerin (Art. 102 ff. OR) in Anspruch nehmen, könne dabei offengelassen werden (Urk. 24 S. 8 E. 3.4).

Als Fazit hielt die Vorinstanz fest, dass kein Rücktritt der Beklagten gemäss Ziff. 15 der vereinbarten AGB bzw. nach Art. 377 OR vorliege. Damit entfalle die rechtliche Grundlage für die geltend gemachte Forderung der Klägerin und die Klage sei abzuweisen (Urk. 24 S. 8 E. 4).

3.1.2. Die Klägerin wirft der Vorinstanz offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts und unrichtige Rechtsanwendung vor. Konkret macht sie im Wesentlichen geltend, dass auf den von den Parteien geschlossenen Dauerwerkvertrag die Vorschrift von Art. 377 OR weder unmittelbar noch sinngemäss an-

wendbar sei. Ausserhalb von Ziff. 15 der AGB, auf welche Vorschrift die Klägerin den eingeklagten Anspruch stützt, habe die Beklagte den Werbeflächenvertrag vom 3. Juli 2009 deshalb nur ordentlich, bis sechs Monate vor Ablauf der ersten Vertragsperiode, oder ausserordentlich wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes kündigen können. Eine ordentliche schriftliche Kündigung, wie sie im Vertrag "aufgrund des Schriftlichkeitsvorbehalts" verlangt werde, sei aber nicht erfolgt, wovon auch die Vorinstanz ausgehe. Ebenso wenig habe ein wichtiger Grund zur Kündigung vorgelegen. Ein solcher könne auch nicht in der geltend gemachten, von der Klägerin jedoch in Abrede gestellten Nichterfüllung der vertraglichen Nebenpflicht durch die Klägerin erblickt werden, nachdem die Beklagte den Vertrag bis zur Auflösung am 2. März 2016 im Wissen darum, dass sie die vereinbarten Wartungsarbeiten am Fahrzeug nicht regelmässig habe vornehmen können, sechseinhalb Jahre lang anstandslos geduldet bzw. gegen sich habe gelten lassen. Statt bei der Klägerin umgehend die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Gegenleistung (Ermöglichung der Service- und Wartungsarbeiten) abzumahnen oder den Vertrag umgehend schriftlich zu kündigen, habe die Beklagte im Gegenzug ihre vertragliche Pflicht vollumfänglich erfüllt und das bezahlte Honorar auch nicht zurückverlangt, womit sie mit der Vertragsabwicklung seitens der Klägerin offensichtlich einverstanden gewesen sei. Auch als die Beklagte mit Schreiben vom 1. September 2015 über die Vertragsverlängerung informiert worden sei, habe sie nicht umgehend reagiert, sondern erst ein halbes Jahr später, als die Klägerin die erste Rate der zweiten Vertragsperiode eingefordert habe. Wer ein solch rechtsverzögerndes Verhalten an den Tag lege, könne sich nicht auf einen wichtigen Vertragsauflösungsgrund berufen und habe sein Kündigungsrecht verwirkt. Denn aus diesem Verhalten lasse sich unter keinen Umständen schliessen, dass der Beklagten eine Weiterführung des Vertrags objektiv nicht mehr zumutbar gewesen wäre, wie dies normalerweise für eine Vertragsauflösung aus wichtigem Grund notwendig sei. Es sei unverständlich, wie die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen zum Ergebnis gelangen könne, dass die Beklagte zwar berechtigt gewesen sei, den Vertrag aufzulösen, dass aber kein Rücktritt im Sinne von Ziff. 15 AGB vorliege und diese Vertragsbestimmung, welche eine Schadenersatzpflicht der Beklagten statuiere, daher keine Anwendung finde, zumal Ziff. 15

AGB keineswegs ungewöhnlich sei. Letzteres habe die Beklagte auch nicht geltend gemacht. Bei zutreffender Beurteilung habe der Beklagten ausserhalb von Ziff. 15 AGB kein Rücktrittsrecht zugestanden, weshalb sie gegenüber der Klägerin schadenersatzpflichtig sei (Urk. 23 S. 3 ff. Ziff. 5 ff.).

3.1.3. Die Beklagte hält die Beschwerde für unbegründet und schliesst sich in der Beschwerdeantwort im Wesentlichen den vorinstanzlichen Erwägungen an. Auch sie ist der Auffassung, bei der am 2. März 2016 abgegebenen Erklärung handle es sich weder um einen Anwendungsfall von Ziff. 15 AGB noch um einen solchen von Art. 377 OR, sondern um eine "Vertragsauflösung infolge Nichterfüllung der Vertragsverpflichtungen durch die andere Vertragspartei", wobei offenbleiben könne, ob es sich dabei "um die Folgen der Nichterfüllung des Vertrags (Art. 97 ff. OR) oder um die Folgen des Verzugs (Art. 102 ff. OR)" handle (Urk. 31 S. 4). Im Übrigen falle eine Entschädigung gemäss Ziff. 15 AGB auch deshalb ausser Betracht, weil die AGB nicht Vertragsinhalt geworden seien und deren Ziff. 15 als ungewöhnlich zu qualifizieren und deshalb unverbindlich sei (Urk. 31 S. 3 ff. Ziff. 5 ff.).

## 3.2. Rechtliche Grundlagen

3.2.1. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden die Vertragsauflösung durch die Beklagte und ihre finanziellen Folgen. Der Vertrag vom 3. Juli 2009 (Urk. 4/1) ist rechtlich als Dauerwerkvertrag und damit als Innominatkontrakt zu qualifizieren (Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., 2011, N 322; ZR 104 [2005] Nr. 42 E. IV.2.c; *OGer ZH PP170006 vom 27. März 2017, E. 4.3*; *OGer ZH PP160021 vom 12. September 2016, E. II.1.4*). Davon gehen zu Recht auch die Vorinstanz und die Parteien aus. Er stellt einen synallagmatischen Vertrag dar. Die Hauptverpflichtung der Klägerin bestand darin, die Werbefläche auf dem Fahrzeug zu erstellen und zu erhalten sowie für die Zirkulation des Werbeträgers (Fahrzeug) während der Vertragsdauer zu sorgen. Als Gegenleistung ("Preis für 5 Jahre Werbelaufzeit") verpflichtete sich die Beklagte zur Bezahlung eines Entgelts von Fr. 7'000.—. Die daneben vereinbarte Pflicht der Klägerin, die Wartungsarbeiten hinsichtlich Pneu, Karosserie und Service am betreffenden Fahrzeug von der Beklagten durchführen zu lassen, charakterisiert sich demgegenüber

nicht als zusätzliche Haupt-, sondern als blosser Nebenleistungspflicht. Sie erscheint bei einer objektiven, auslegenden Gesamtbetrachtung des Vertragsgefüges auch nicht als Pflicht, die nach dem Vertragszweck die Hauptleistung in einer Weise flankiert, dass die Beklagte ohne jene auch mit dieser nichts anfangen kann, resp. als Pflicht, auf die es den Parteien mit ihrem Austauschvertrag zur Hauptsache ankam (vgl. Stöckli, Das Synallagma im Vertragsrecht, AISUF 271, 2008, Rz 55). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass diese (zusätzliche) Pflicht in ein und demselben Vertrag vereinbart wurde (vgl. Urk. 31 S. 5 Ziff. 6).

Zwar behauptete die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung, die Service- und Wartungspflicht sei für sie zentraler Beweggrund für den Abschluss des Vertrags gewesen, ohne welche sie den Vertrag nicht geschlossen hätte (Urk. 15 S. 12; s.a. Urk. 31 S. 8 Ziff. 10). Das mag subjektiv zutreffen. Dass Gleiches auch für die Klägerin galt oder dass die Klägerin die Bedeutung der Wartungspflicht als *conditio sine qua non* für die Beklagte erkannte oder zumindest hätte erkennen können, ist indessen weder offenkundig, noch wird in der Beschwerdeantwort rechtsgenügend dargetan, dass und wo (Aktenstelle) die Beklagte vor Vorinstanz eine entsprechende Behauptung vorgetragen hat (vgl. BGer 5D\_148/2013 vom 10. Januar 2014, E. 5.2.2; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; 5A\_862/2015 vom 15. März 2016, E. 2.3). Die Ausgestaltung der Vertragsurkunde lässt gegenteils annehmen, es habe sich lediglich um eine untergeordnete Nebenleistungspflicht gehandelt, nachdem die Wartungsarbeiten nicht etwa unter den eigentlichen Pflichten (Art des Mobils, Beschriftung, Mindestlaufzeit, Preis und Kosten) oder wenigstens unter der Rubrik "Wichtig", sondern ganz am Schluss der Vereinbarung unter "Bemerkungen" und zudem lediglich stichwortartig ("Pneux, Carrosserie, Service während Laufzeit") erwähnt werden. Bei dieser Sachlage ist nicht davon auszugehen, die Parteien hätten die Wartungspflicht konsensuell oder normativ in die synallagmatische Austauschbeziehung (Werbung/Vergütung) aufgenommen (vgl. Stöckli, a.a.O., Rz 55 f.). Sollte die Beklagte mit ihrer (neuen) Behauptung in der Beschwerdeantwort, die Wartungspflicht und die anderen (hauptsächlichen) Vertragsbestandteile (Werbung und Entgelt) seien miteinander verbunden und hingen voneinander ab (Urk. 31 S. 5 Ziff. 6), das Gegenteil geltend machen, träfe dies somit nicht zu.

3.2.2. Gemäss ausdrücklichem Hinweis wurde der Vertrag "zu den umseitigen Geschäftsbedingungen erteilt" (Urk. 4/1 unten). Damit erhoben die Parteien die auf der Rückseite der Vertragsurkunde abgedruckten AGB ausdrücklich zum Vertragsinhalt, wie das in der Klagebegründung unwidersprochen behauptet wurde (Urk. 10 S. 8 Ziff. 12). Die Klägerin machte vor Vorinstanz allerdings nicht geltend, die AGB seien anlässlich der Vertragsverhandlungen konkret und im Einzelnen diskutiert worden. Deshalb greift nach der Praxis die Vermutung, es liege keine Voll-, sondern eine Globalübernahme vor (ZR 90 [1991] Nr. 2 E. 4; *OGer ZH PP160021 vom 12. September 2016, E. II.2.3.1*; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2014, Rz 1128c). Wenn die Beklagte in der Beschwerdeantwort eine vertragliche Übernahme der AGB in Abrede stellt (Urk. 31 S. 5 Ziff. 6), ist diese Bestreitung neu und aufgrund des im Beschwerdeverfahren herrschenden Novenverbots unbeachtlich (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.4). Im Übrigen erscheint der Einwand, der Vertrag enthalte keinen Hinweis darauf, dass die AGB auf das Vertragsverhältnis anwendbar seien, und die AGB seien der Beklagten weder bekannt gewesen noch von dieser unterzeichnet worden und deshalb nicht Vertragsinhalt geworden, angesichts der Unterschrift der Beklagten, welche in der Vertragsurkunde direkt unter dem – fett gedruckten – Hinweis auf die Massgeblichkeit der AGB angebracht wurde, auch abwegig.

3.2.3. Die vereinbarte Vertragsdauer beträgt 5 Jahre, beginnend mit der Auslieferung des beschrifteten Fahrzeugs (vgl. Ziff. 5 AGB). Unter der Rubrik "Wichtig" wurde dazu vereinbart, dass sie sich ohne Neuabschluss zum gleichen Preis jeweils um eine weitere Periode von 5 Jahren verlängert, sofern die Vereinbarung nicht 6 Monate vor Ablauf gekündigt wird (vgl. dazu auch hinten, E. 3.2.5). Ziff. 15 AGB sieht weiter vor, dass der "Vertragnehmer" (Klägerin) berechtigt ist, "eine Vergütung" zu verlangen, wenn der "Vertraggeber" (Beklagte) vor Vollen- dung des Werkes kündigt; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart, wobei zu den Aufwen- dungen die Druckkosten sowie eventuell die Satzkosten gehören (Urk. 4/1, Rück- seite).

Diese AGB-Bestimmung ist augenscheinlich der Vorschrift von Art. 377 OR nachgebildet, welche dem Besteller das Recht einräumt, vor Vollendung des Werkes gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom (Werk-)Vertrag zurückzutreten (bzw. – richtigerweise – den Vertrag zu kündigen; vgl. Gauch, a.a.O., Rz 523 und Rz 528). Sie hat durchaus selbstständige Bedeutung, da Art. 377 OR nach herrschender Ansicht auf den vorliegenden Dauerwerkvertrag keine unmittelbare und wohl auch keine sinngemässe Anwendung findet. Ohne die Vereinbarung resp. Übernahme von Ziff. 15 AGB in den vorliegenden Werbeflächenvertrag hätte dieser demnach nur durch ordentliche Kündigung auf Ende einer fünfjährigen Vertragsperiode oder aus wichtigen Gründen einseitig aufgelöst werden können (Gauch, a.a.O., Rz 597; ZR 104 [2005] Nr. 42 E. IV.2.d; *OGer ZH PP170006 vom 27. März 2017, E. 4.3 m.w.Hinw.*). Ziff. 15 AGB gewährt der Beklagten somit ein jederzeitiges und voraussetzungsloses Kündigungsrecht, das ihr im Dauerwerkvertrag ohne besondere Vereinbarung nicht zustünde (s.a. Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2017, Rz 29.04, wonach sich der Vorschrift von Art. 377 OR kein allgemeiner Grundsatz entnehmen lasse, sondern ein jederzeitiges Auflösungsrecht, wie es in dieser Bestimmung vorgesehen sei, im Gegenteil die Ausnahme darstelle). Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeantwort (Urk. 31 S. 5/6 Ziff. 6) verteilt sie "die Rechte und Pflichten" somit keineswegs einseitig zuungunsten der Beklagten (als "Vertraggeber"). Sie kann deshalb objektiv betrachtet nicht als ungewöhnlich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel gelten (dazu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1136 ff.) und ist folglich gültig (vgl. *OGer ZH PP170006 vom 27. März 2017, E. 4.3; OGer ZH PP160021 vom 12. September 2016, E. II.2.4 und II.2.5*).

3.2.4. Der Wortlaut von Ziff. 15 AGB enthält keine Hinweise auf eine Einschränkung des darin vereinbarten Kündigungsrechts. Auch Art. 377 OR knüpft das Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht an keine besonderen Voraussetzungen. Beide Bestimmungen statuieren folglich ein voraussetzungsloses, freies Kündigungsrecht, das der Besteller bzw. "Vertraggeber" aus irgendeinem Grund, ganz nach Belieben und unabhängig davon ausüben kann, ob der Vertragspartner (Unternehmer bzw. "Vertragnehmer") dazu Anlass gab oder nicht (vgl. Gauch, a.a.O.,

Rz 523 und Rz 567; BGE 129 III 738 E. 7.2 S. 748 [je betr. Art. 377 OR]). Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 24 S. 6 E. 3.1 a.E.) kommt Ziff. 15 AGB also nicht nur dann zur Anwendung, wenn die Kündigung ohne Veranlassung der Gegenseite erfolgt, sondern auch dann, wenn der Kündigungsgrund im Verhalten des Vertragspartners liegt. Art. 377 OR und Ziff. 15 AGB erfassen auch die Kündigung aus wichtigem Grund, welcher dem Besteller die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben unerträglich (unzumutbar) macht (Gauch, a.a.O., Rz 567 f. [betr. Art. 377 OR]). Das Vorliegen eines wichtigen Grundes, das unter Umständen zu einem Wegfall der Entschädigungspflicht führen kann (vgl. hinten, E. 3.4.3), ist aber nicht leichthin anzunehmen. Insbesondere liegt nicht in jeder Veranlassung durch den Vertragspartner ein wichtiger Grund (vgl. Gauch, a.a.O., Rz 573 ff.; s.a. Stöckli, a.a.O., Rz 538).

3.2.5. Schliesslich enthält der Vertrag einen Schriftformvorbehalt (Urk. 4/1 unten: "Mündliche Vereinbarungen bedürfen der Schriftform und sind ansonsten unwirksam."). Die Klägerin leitet daraus ab, dass eine mündlich ausgesprochene Kündigung unwirksam sei (vgl. Urk. 23 S. 8 f. Ziff. 10). Dieser neue rechtliche Einwand fällt zwar nicht unter das Novenverbot von Art. 326 ZPO (vgl. BGer 5A\_471/2012 vom 2. Juli 2013, E. 5.3.1; 4A\_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 33), ist aber unzutreffend. Die vertraglich vorbehaltene Schriftform gilt gemäss Vertragstext nur für "Vereinbarungen", nicht aber für einseitige Erklärungen. Die Kündigung als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (Gestaltungsgeschäft) ist davon klarerweise nicht erfasst, zumal auch die Regelung der Kündigung im Vertrag (Urk. 4/1 unter "Wichtig" und Ziff. 15 AGB) keinerlei Anhaltspunkte für ein Schriftformerfordernis enthält (s.a. Gauch, a.a.O., Rz 525 f.). Dass vor Vorinstanz ein gegenteiliger tatsächlicher Konsens behauptet wurde, wird in der Beschwerde nicht geltend gemacht. Die im Vertrag vorbehaltene ordentliche Kündigung der Vereinbarung konnte folglich auch mündlich oder konkludent erfolgen (vgl. auch Art. 11 Abs. 1 OR).

### 3.3. Ordentliche Kündigung während der ersten Vertragsperiode

3.3.1. Die zentrale Frage, ob Ziff. 15 AGB zum Tragen kommt und welche Rechtsfolgen damit verbunden sind, stellt sich von vornherein nur dann, wenn der

Vertrag nach der ersten Fünfjahresperiode nicht zufolge ordentlicher Kündigung aufgelöst wurde. Andernfalls wäre er im Februar 2015 ordentlich beendet worden und der eingeklagten Entschädigung das Fundament entzogen.

3.3.2. Nach klägerischer Darstellung erfolgte bis zum massgeblichen Termin (11. August 2014) keine Kündigung (Urk. 10 S. 2). Demgegenüber machte die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung geltend, sie habe den Vertrag im Jahr 2012 zwar nicht schriftlich, aber mündlich gekündigt, und anerkennend zum Beweis dieser Behauptung (auf gerichtliche Nachfrage hin) den Aussendienstmitarbeiter der Klägerin, H.\_\_\_\_\_, sowie I.\_\_\_\_\_ als Zeugen (Urk. 15 S. 6 ff.). Die Klägerin bestritt in ihrer Replik eine Kündigung (Urk. 15 S. 9 und S. 10), die Beklagte hielt in der Duplik an ihrer Darstellung fest (Urk. 15 S. 11 f.). Unter diesen Umständen hätte über die rechtserhebliche und streitige Tatsache, wonach die Beklagte im Jahr 2012 gegenüber der Klägerin (in einer Weise, die rechtlich als Kündigung qualifiziert werden kann) erklärt habe, den Vertrag nicht verlängern zu wollen, Beweis erhoben werden müssen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagte in der Beschwerdeantwort Zweifel äussert, ob die fraglichen Äusserungen aus Formgründen (blosse Mündlichkeit) rechtlich als Kündigung gelten könnten (Urk. 31 S. 9 Ziff. 10; vgl. vorne, E. 3.2.5), und deshalb der vorinstanzlichen Rechtsauffassung beipflichtet, wonach der Vertrag – spätestens (vgl. Urk. 24 S. 6 E. 3.2) – mittels E-Mail vom 2. März 2016 aufgelöst worden sei (Urk. 31 S. 3/4 Ziff. 5). Denn die rechtliche Würdigung der im Jahre 2012 behaupteterweise erfolgten mündlichen Äusserungen der Beklagten ist Sache des Gerichts (Art. 57 ZPO). Sie setzt aber voraus, dass die Äusserungen und deren Inhalt zunächst erstellt werden, wofür die Beklagte die Beweislast trägt (Art. 8 ZGB; BK ZGB-Hausheer/Walter, Art. 8 N 279 und N 282). Indem die Vorinstanz stattdessen implizit eine ordentliche Kündigung verneinte (vgl. Urk. 24 S. 6 E. 3.2), hat sie das Recht (Art. 150 ZPO) unrichtig angewendet (Art. 320 lit. a ZPO). Dieser offensichtliche und als solcher auch ohne entsprechende Rüge in der Beschwerdeantwort (vgl. BGer 5D\_148/2013 vom 10. Januar 2014, E. 5.2.2; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; 5A\_862/2015 vom 15. März 2016, E. 2.3) beachtliche Mangel führt allerdings nur dann zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, wenn die



Beklagte im Falle des Fehlens einer ordentlichen (mündlichen) Kündigung eine Entschädigungspflicht träge. Das ist im Folgenden zu prüfen.

### 3.4. Entschädigungspflicht bei vorzeitiger Kündigung

3.4.1. Es blieb unbestritten, dass die Beklagte während der gesamten Vertragsdauer lediglich zweimal Wartungs- und Servicearbeiten am C.\_\_\_\_-Mobil der E.\_\_\_\_ GmbH vornehmen konnte (je ein Service und Pneuwechsel). Im Beschwerdeverfahren unangefochten blieb auch die – zutreffende – vorinstanzliche Rechtsauffassung, wonach die Beklagte nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr davon ausgehen durfte, dass beim fraglichen Fahrzeug regelmässig und jedenfalls mehr als zweimal innerhalb von sechseinhalb Jahren Wartungs- und Servicearbeiten sowie Sommer-/Winter-Pneuwechsel anfallen würden. Nach dem Vertrauensprinzip waren somit häufigere Servicearbeiten vereinbart, und die Klägerin hat ihre vertragliche Nebenleistungspflicht (vgl. vorne, E. 3.2.1) entgegen eigener Auffassung nicht gehörig erfüllt (vgl. Urk. 23 S. 5 unten). Schliesslich steht fest, dass die Beklagte den Vertrag auflöste, weil die Klägerin ihrer Verpflichtung betreffend Service und Wartung des Fahrzeugs nicht rechtsgenügend nachgekommen war und die Rechnungen für die beiden Servicearbeiten erst nach eingeleiteter Betreuung bezahlt worden waren.

3.4.2. Sollte der Beklagten der Beweis misslingen, dass sie bereits im Jahre 2012 (mündlich) gekündigt hatte, ist die rechtliche Bedeutung ihres E-Mails vom 2. März 2016 (Urk. 11/12) zu ergründen. Als rechtswirksamer Rücktritt (bzw. beim Dauerschuldverhältnis als Kündigung ex nunc) zufolge Schuldnerverzugs (Art. 107 Abs. 2 OR, zweites Wahlrecht, zweite Alternative; vgl. BGE 97 II 58 E. 7 S. 66; 123 III 124 E. 3.b S. 128; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 2815 m.w.Hinw.) kann es nicht betrachtet werden, weil die tatsächlichen Voraussetzungen resp. Grundlagen für den Bestand dieses Kündigungsrechts (insbes. Mahnung oder Nachfristansetzung) vor Vorinstanz nicht substantiiert behauptet wurden (vgl. vorne, E. 2.5). Die Beklagte konnte auch kein Rücktrittsrecht als Folge der nicht gehörigen Vertragserfüllung durch die Klägerin (Art. 97 ff. OR) für sich in Anspruch nehmen, wie die Vorinstanz sinngemäss annahm. Das schweizerische Obligationenrecht (und damit auch das Innominatvertragsrecht)

sieht nämlich kein allgemeines Rücktrittsrecht bei Vertragsverletzungen vor, sondern beschränkt dieses Lösungsrecht auf Verzugskonstellationen (Art. 96 und Art. 107 OR) und bestimmte Fälle der Schlechterfüllung (z.B. Art. 205 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR; vgl. Stöckli, a.a.O., Rz 535). Gleichwohl gesteht die heute herrschende Lehre dem Gläubiger auch im Rahmen der Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR (analog Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR) das Recht zu, die Gegenleistung zu verweigern und vom Vertrag zurückzutreten (vgl. BK OR-Weber, Art. 97 N 269 f.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 2587; CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 138 f.; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 58; Giger, Haftpflichtkommentar, 2016, OR 97 N 42; Stöckli, a.a.O., Rz 543). Dabei wird für ein Rücktrittsrecht (bzw. Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen) bei Schlechterfüllung in Anlehnung an die Regelungen im Besonderen Teil des OR aber eine schwerwiegende Pflichtverletzung des Schuldners vorausgesetzt, welche eine Aufrechterhaltung des Vertrags als nicht mehr zumutbar erscheinen lässt (BK OR-Weber, Art. 97 N 270; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 58; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 2587; Giger, a.a.O., OR 97 N 42; CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 141; das Bundesgericht hat diese Frage im Zusammenhang mit der Verletzung von Nebenpflichten in BGer 4A\_307/2011 vom 16. Dezember 2011, E. 3, ausdrücklich offengelassen). Eine solche ist in casu jedoch zu verneinen (vgl. hinten, E. 3.4.5). Auch eine Subsumtion der Erklärung unter Art. 82 OR scheidet aus (vgl. Urk. 24 S. 8 E. 3.4), weil die Beklagte damit nicht nur im Sinne einer aufschiebenden Einrede den Willen zum Ausdruck brachte, die von ihr geforderte Leistung (erste Vergütungsrate für die zweite Vertragsperiode) bis zur Befriedigung ihrer eigenen Ansprüche zurückzuhalten (vgl. BGE 123 III 16 E. 2.b S. 19), sondern den Willen, den Vertrag endgültig aufzulösen. Die Erklärung im E-Mail vom 2. März 2016, die Beklagte wolle auf keinen Fall mehr mit E.\_\_\_\_\_ bzw. bei der Klägerin Werbung machen (Urk. 11/12), muss deshalb als Kündigung im Sinne von Ziff. 15 AGB aufgefasst werden. Dass diese Kündigung wegen der Verletzung vertraglicher Nebenleistungspflichten (Service und Wartung) durch die Klägerin ausgesprochen und mithin durch deren Verhalten veranlasst wurde, vermag daran nichts zu ändern (vgl. vorne, E. 3.2.4). Insofern gehen die vorin-

stanzlichen Erwägungen und die ihnen beipflichtende Ansicht der Beklagten (Urk. 31 S. 4 und S. 6) fehl.

3.4.3. Gemäss Ziff. 15 AGB hat die Klägerin (als "Vertragnehmer") bei vorzeitiger Kündigung durch die Beklagte ("als Vertraggeber") das Recht, "eine Vergütung" zu verlangen (Urk. 4/1). Dieses Recht besteht nach dem Wortlaut der Bestimmung unabhängig von den Gründen, die zur Vertragsauflösung führten. Nach Lehre und Rechtsprechung lässt sich indessen jedes Dauerschuldverhältnis einschliesslich der Innominatverträge bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit durch einseitige Erklärung ausserordentlich beenden (BGE 128 III 428 E. 3 S. 429 f.; 138 III 304 E. 7 S. 319; BGer 4A\_484/2014 vom 3. Februar 2015, E. 3.2; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2016, Rz 3.27; Koller, a.a.O., Rz 29.09; Stöckli, a.a.O., Rz 428 m.w.Hinw.). Angesichts ihrer allgemein gehaltenen Formulierung fällt an sich auch eine ausserordentliche Beendigung durch den "Vertraggeber" aus wichtigen Gründen unter Ziff. 15 AGB (vgl. vorne, E. 3.2.4). Fraglich erscheint allerdings, ob die Rücktritts- resp. Kündigungsfolgen von Ziff. 15 AGB (Anspruch auf "eine Vergütung") auch dann greifen, wenn der "Vertraggeber" einen wichtigen Grund für die vorzeitige Kündigung hat. Das Recht, den (Dauer-)Vertrag aus wichtigen Gründen vorzeitig zu kündigen, stünde der Beklagten nämlich auch ohne diese AGB-Bestimmung zu. Im Rahmen von Art. 377 OR geht eine verbreitete Ansicht, der im Ergebnis auch das Bundesgericht folgt, davon aus, dass eine Entschädigungspflicht unter Umständen entfällt, wenn ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Kündigung besteht und dieser im vorwerfbaren Verhalten des Vertragsgegners liegt (vgl. Gauch, a.a.O., Rz 568 ff., insbes. Rz 571 f.; Stöckli, a.a.O., Rz 541). Diese Einschränkung muss angesichts der vergleichbaren Interessenlage und der offensichtlichen Anlehnung von Ziff. 15 AGB an Art. 377 OR auch mit Bezug auf Ziff. 15 AGB gelten. Wie bereits erwähnt, liegt aber nicht in jeder Veranlassung durch den Vertragspartner ein wichtiger Grund und ist ein solcher nicht leichthin anzunehmen.

3.4.4. Ein wichtiger Grund zur Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Bindung an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also

nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, bei dem einer Partei eine Weiterführung des Vertrags nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, besteht ohne weiteres ein Recht dieser Partei auf eine sofortige Auflösung eines Dauervertrags. Es muss ihr unter dieser Voraussetzung möglich sein, sich vom Vertrag zu lösen. Bei besonders schweren Vertragsverletzungen ist ein wichtiger Grund regelmässig zu bejahen. Auch weniger gravierende Vertragsverletzungen können aber eine Fortsetzung des Vertrags für die Gegenpartei unzumutbar machen, wenn sie trotz Verwarnung oder Abmahnung immer wieder vorgekommen sind, so dass nicht zu erwarten ist, weitere Verwarnungen würden den Vertragspartner von neuen Vertragsverletzungen abhalten (BGE 138 III 304 E. 7 S. 319; 128 III 428 E. 3.c S. 431 f. [je m.w.Hinw.]). Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB). Es geht dabei um eine Billigkeitsentscheidung, die auf objektiver Interessenabwägung unter Beachtung der Umstände des zu beurteilenden Falls beruht (BGE 128 III 428 E. 4 S. 432; BGer 4A\_589/2011 vom 5. April 2012, E. 7.1 [nicht publiziert in BGE 138 III 304]).

3.4.5. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin keine ins synallagmatische Austauschverhältnis aufgenommene Haupt-, sondern ihre Nebenleistungspflicht betreffend Wartungs- und Servicearbeiten am Fahrzeug verletzt (vgl. vorne, E. 3.2.1). Die Verletzung dieser Nebenleistungspflicht liess den eigentlichen Schwerpunkt bzw. den hauptsächlichen Inhalt des Vertrags unberührt und gefährdete den aus objektiver Sicht primären Vertragszweck (zirkulierende Werbung gegen Entgelt) in keiner Weise. Selbst wenn die Beklagte, wie sie vor Vorinstanz (allerdings ohne konkrete Beweisofferten) behauptete, die Klägerin mehrmals zur gehörigen Erfüllung dieser Pflicht angehalten haben sollte (vgl. insbes. Urk. 15 S. 6 und S. 12), kann darin kein wichtiger Grund im Sinne der Rechtsprechung erblickt werden, welcher die Fortführung des Vertrags (insbesondere hinsichtlich der Hauptpflichten) während der vereinbarten Dauer (zweite Fünfjahresperiode) und die Bindung der Beklagten an den Vertrag nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheinen liess. Sie wiegt auch im Verbund mit dem Umstand, dass die Beklagte das Entgelt für ihre beiden Servicearbeiten erst nach wiederholter Mah-

nung bzw. eingeleiteter Betreibung erhielt, nicht so schwer, dass sie das Vertrauen der Parteien in die Respektierung des Werbeflächenvertrags derart hätte erschüttern können, dass der Beklagten die Weiterführung der Vereinbarung bis zum Ablauf der zweiten Vertragsperiode nicht mehr zugemutet werden konnte. Jedenfalls liegt kein Fall vor, der die ausserordentlich kündigende Beklagte von jeglicher Vergütungspflicht gemäss Ziff. 15 AGB befreien würde, zumal sich die Verletzung der Nebenleistungspflicht durchaus anderweitig sanktionieren liesse, etwa durch Geltendmachung von Schadenersatz, allenfalls mittels Verrechnung (was die Beklagte bislang unterliess; vgl. Urk. 15 S. 5 f.). Die Vorinstanz ging somit zu Unrecht davon aus, Ziff. 15 AGB biete keine rechtliche Grundlage für die eingeklagte Forderung.

### 3.5. Ergebnis

Die Vorinstanz unterliess es in Missachtung von Art. 150 Abs. 1 ZPO, zur Frage der rechtzeitigen ordentlichen Kündigung des Werbeflächenvertrags durch die Beklagte Beweis abzunehmen. Da dieser Frage entscheidende Bedeutung zukommt, ist die Beweisabnahme nachzuholen. Sollte die Beklagte den ihr obliegenden Beweis nämlich erbringen, dass sie den Vertrag im Jahre 2012 (mündlich) gekündigt hat, wäre die Klage abzuweisen. Andernfalls hätte die Klägerin grundsätzlich Anspruch auf eine Vergütung im Sinne von Ziff. 15 AGB. Bei dieser Sachlage ist die Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Mangels Spruchreife ist die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

## 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Verfahrensausgang (Rückweisung) rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie den Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. (grundsätzlich) vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO I-Sterchi, Art. 104 N 16).

4.2. Die Bemessung der Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Sie ist, basierend auf einem Streitwert von rund Fr. 7'130.--, in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'350.-- festzusetzen. Zudem ist vorzumerken, dass die Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 1'350.-- geleistet hat.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 12. April 2017 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'350.-- festgesetzt.
3. Der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren und die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 1'350.-- geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'128.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Januar 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:

mc