

ZH_OBERGERICHT NP140022 vom 11. Mai 2015

ZH Obergericht, 2015-05-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP140022

FR: ZH_OBERGERICHT NP140022 du 11 mai 2015

IT: ZH_OBERGERICHT NP140022 del 11 maggio 2015

Erwägungen

E. 1

Die Parteien hatten im Jahre 2010 einen Leasingvertrag über ein Geolokalisierungssystem abgeschlossen, mit dem Fahrzeuge im Aussendienst lokalisierbar und kontaktierbar waren bzw. mit dem die Aktivitäten der Aussendienstfahrzeuge aufgezeichnet werden konnten. Die Klägerin kaufte das Geolokalisierungssystem als Leasinggesellschaft bei der von der Beklagten bezeichneten C._____ AG (nachfolgend: C._____) und stellte es der Beklagten als Leasingnehmerin zur Verfügung. Die Klägerin fordert von der Beklagten ausstehende Leasingzinsen, welche die Beklagte nicht bezahlen will, weil zum Betrieb des Systems erforderliche Dienstleistungen nicht mehr erbracht worden waren, als die C._____ in finanzielle Schwierigkeiten geraten und schliesslich am 26. September 2011 über sie der Konkurs eröffnet worden war. Zwischen den Parteien ist streitig, ob Gegenstand des Leasingvertrages nur die Gerätschaften des Geolokalisierungssystems oder auch die Dienstleistungen waren, und ob die Beklagte den Leasingzinsen noch zahlen muss, obwohl das Geolokalisierungssystem ohne die ausgefallenen Dienstleistungen nicht mehr brauchbar gewesen sein soll.

- 6 -

E. 2

Die Klägerin legte – nach Vorliegen der Begründung des vorinstanzlichen Urteils – rechtzeitig Berufung ein (act. 42). Mit Verfügung vom 19. November 2014 (act. 46) wurde bei der Klägerin ein Kostenvorschuss von Fr. 3'400.– erhoben, den diese rechtzeitig leistete (act. 48). Ausserdem wurde die Prozessleitung an Ersatzrichter lic. iur. H. Meister delegiert; am 4. Februar 2015 erfolgte die Delegation neu an Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen (act. 49). Mit Verfügung vom 4. Februar 2015 (act. 49) wurde der Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Mit Schreiben vom 6. Februar 2015 teilte die bisherige Rechtsvertretung der Beklagten mit, dass ihr Mandat erloschen sei, sodass sie die gerichtliche Zustellung ihrer ehemaligen Klientin nicht weitergeleitet habe (act. 51). Die Verfügung vom 4. Februar 2015 samt Doppel der Berufungsschrift (act. 42) wurde der Beklagten daher direkt zugestellt (act. 52, 53). Am 9. März 2015 erstattete die neue Rechtsvertretung der Beklagten die Berufungsantwort (act. 57). Mit Eingabe vom 24. Februar 2015 reichte die Klägerin den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2014 (HG130060) in Sachen der Klägerin und einer anonymisierten Gegenpartei zur Kenntnis ein (act. 55, 56).

E. 3

Umstritten ist, ob der zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens geschlossene Vertrag nur die Geräte betraf, oder ob er die ganze sog. "Solution", d.h. Geräte und auch die von der C._____ erbrachten Dienstleistungen umfasst. Der Leasingvertrag ("Contrat de

leasing financier no ...) nennt als Leasing-objekt "Boîtier ... complet, avec ecran 6'5 et antenne GRPS - GPS, avec des acces- soires selon offre du 17. mai 2010" (act. 4/10). Die Klägerin macht geltend, es handle sich dabei lediglich um die Geräte (act. 2 Rz 45, 50, act. 42 Rz 30), während die Beklagte davon ausgeht, mit dem Leasingvertrag sei die Gesamtlösung, bestehend aus Geräten und Dienstleistungen, die sog. "Solution C._____" gemeint gewesen (act. 57 Rz 12, 16 f., 25, 28). Auch die wiederkehrenden Dienstleistungen seien per Verweis Gegenstand des Leasingvertrages geworden und hätten somit Eingang in diesen gefunden. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass im Betreff des Leasingvertrages nur die Geräte erwähnt seien, was für die Sichtweise der Klägerin spreche. Allerdings sei dann hinzugefügt "selon offre du 17. mai 2010" und die Offerte enthalte gleichermassen Gerätschaften und Dienstleistungen (act. 45 S. 6). Die Vorinstanz hat daraus geschlossen, dass sich die Klägerin – weil ihr auch die Offerte vom 17. Mai 2010 vorgelegen habe – nicht auf den blossen Wortlaut des Leasingvertrages berufen könne. Die Vorinstanz hält den Leasingvertrag für nichtig

- 16 - (act. 45 S. 4 oben), weil Leasingverträge nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keine Dienstleistungen enthalten dürfen (BGE 119 II 236). Die Ansicht, dass Dienstleistungen nicht geleast werden können, ist auch von den Parteien vertreten worden (act. 2 Rz 66, act. 42 Rz 13; act. 16 Rz 64-67; act. 57 Rz 12), was allerdings – da es sich um eine Frage der Rechtsanwendung handelt (Art. 57 ZPO) – für das Gericht nicht bindend ist. Die Beklagte hält den Vertrag deshalb für nichtig, weil es sich um einen unmöglichen Vertragsinhalt gemäss Art. 20 Abs. 1 OR handle. Unmöglichkeit bedeute, dass im Zeitpunkt des Vertrages die Leistungen objektiv nicht erbracht werden könnten. Die objektive Unmöglichkeit könne auf rechtlichen oder faktischen Gründen beruhen und der Gegenstand der individualisierten Gesamtlösung mit Dienstleistungen – die "Solution C._____" – sei ein solcher unmöglicher Vertragsinhalt i.S.v. Art. 20 OR (act. 16 Rz 64 f.; act. 57 Rz 12).

E. 4

Selbst wenn – entgegen der in E. III./2. zitierten anderen Ansicht (ZK-Higi, N. 180, 189 zu Vorbem. zu Art. 253-274 OR) – davon auszugehen ist, dass der Einbezug von Dienstleistungen (abgesehen vom eingangs erwähnten Dienstleistungsleasing, vgl. vorne E. III./2.) dem herkömmlichen Konzept des Finanzierungsleasings – der Verschaffung unbeschränkter Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten eines wirtschaftlichen Gutes – nicht entspricht, bleibt das Verhältnis zur Inhaltsfreiheit, wie sie in Art. 19 Abs. 1 OR gewährleistet ist, zu berücksichtigen. Zur Inhaltsfreiheit gehört nämlich auch die Typenfreiheit und es gibt keinen *numerus clausus* der möglichen Schuldverträge (Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014, Rz 624). Lässt das System der gesetzlich normierten Vertragstypen gesetzlich nicht geregelte Vertragsverhältnisse, die sog. Innominatkontrakte, zu (Gauch/ Schluep/Schmid, a.a.O., Rz 626), so ist nicht einzusehen, warum es ausgerechnet beim Innominatkontrakt "Leasing" eine feste "Typenbindung" geben soll. Sind gemischte Verträge zulässig, bei denen Elemente verschiedener Vertragstypen kombiniert werden, so muss ein "typisierter" Innominatkontrakt mit Elementen anderer Vertragstypen gleichermassen kombinierbar sein (vgl. dazu Gauch/Schluep/ Schmid, a.a.O., Anmerkung 28 zu Rz 627). Die Parteien können i.S. der Typen-

- 17 - freiheit Elemente bestehender Typen miteinander mischen (BGE 131 III 528, 531 ff.) oder neuartige Vertragstypen kreieren (KuKo OR-Herzog, N. 1 zu Art. 19). Einzig die Tatsache, dass der Vertrag mit "Contrat de leasing financier" überschrieben ist, steht dem Einbezug anderer Elemente nicht entgegen, was sich ohne weiteres aus Art. 18 Abs. 1 OR ergibt, wonach unrichtige Bezeichnungen oder Ausdrucksweisen nicht entscheidend sind.

E. 5

a) Die Parteien sind sich einig, dass sie den "Contrat de leasing financier No ..." am 25. Juni 2010 bzw. am 7. Juli 2010 unterzeichnet haben (act. 4/10; act. 57 Rz 8). Als Leasingobjekt ist "Boîtier ... complet, avec écran 6'5 et antenne GPRS - GPS, avec accessories selon offre du 17. mai 2010" erwähnt (act. 4/10). Auf die Frage nach der Benennung des Vertrages antwortete E._____, Geschäftsführer der Klägerin, dass "die Formulierung [...] durch Übernahme der Beschreibung aus der Offerte Seite 7 vom 17. Mai 2010" entstanden sei (act. 29b S. 8). Dass der Klägerin diese Offerte (act. 4/8) vorgelegen hat, hat E._____ ausdrücklich bestätigt (act. 29b S. 7). Auf S. 7 der Offerte (act. 4/8) ist der Preis von Fr. 763.– pro Monat genannt für "Boîtier ... avec écran 6'5 et antenne GPRS-GPS, Garantie pièce et main d'oeuvre sur site, service hotline". Die Offerte enthält ausserdem eine Beschreibung betreffend Funktionsweise der "Solution". Für die verschiedenen Komponenten der "Solution" werden keine Einzelpreise genannt, sondern der offerierte Preis ist nicht detailliert und beträgt insgesamt Fr. 763.– im Monat. E._____ hat erwähnt, dass die Klägerin grundsätzlich keine Wartungs- oder Serviceleistungen finanziere und dass nichts im Vertrag sein dürfe, das erst im Nachhinein als Leistung erbracht werde (act. 29c S. 6 f.). Damit verweist er auf die Regel, die für den Vertragstypus des üblichen Finanzierungsleasings gilt. Der Leasingvertrag enthält ein Zahlungsverprechen für die Leasingraten in der Höhe von monatlich Fr. 763.– (zuzüglich MWSt), die Zahlungsmodalitäten etc. Im Text des Vertrages wird auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als integrierender Bestandteil des Vertrages (am Vertrag angeheftet, act. 4/10 Blätter 2 und 3) verwiesen. Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist – stark gekürzt – Folgendes zu erwähnen:

- 18 - • dass der Leasingnehmer selber das Leasingobjekt und dessen Lieferanten gewählt hat (3.) • dass die Inbetriebsetzung durch den Lieferanten direkt geschieht und dass gewisse Risiken durch den Leasingnehmer zu versichern sind (4., 5.) • dass bezüglich Leasingobjekt eine Prüfungspflicht des Leasingnehmers besteht, dass die korrekte Lieferung protokollarisch bestätigt werden (7.) und dass das Leasingobjekt bei Schäden zurückgewiesen werden muss (9.) • dass die Kosten von Einrichtung und Inbetriebnahme samt Zubehör zu Lasten des Leasingnehmers gehen (13.) • dass Unterhalt und Reparaturen zu Lasten des Leasingnehmers gehen (15.) • dass die Leasinggesellschaft keinerlei Instandhaltung, Wartung und Service übernimmt und dass der Leasingnehmer einen entsprechenden Vertrag abschliesst, wenn dies mit Blick auf das Leasingobjekt geboten erscheint (16.) • dass der Leasingnehmer das Leasingobjekt als Vertreter des Leasinggebers in Besitz nimmt (20.) • dass die Leasinggebühr auch geschuldet ist, wenn das Leasingobjekt aus irgend einem Grund nicht genutzt werden kann (29.) • dass der Leasingnehmer Kenntnis von den Garantiebedingungen des Lieferanten sowie von den gesetzlichen Vorschriften betreffend Garantie und Haftbarkeit hat, dass der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer nur insoweit für Mängel, Entwehrung etc. verantwortlich, als er seinerseits vom Lieferanten entschädigt wird und dass der Leasingnehmer insbesondere das Risiko von Insolvenz und Liquidation des Lieferanten trägt (37.). Auf Grund des Leasingvertrages hat

die Klägerin mit C._____ den Kaufvertrag mit Kaufgegenstand "Boîtier ... complet [...] avec accessoires selon offre du 17. mai 2010 geschlossen (act. 4/11). Auf die Frage, ob sich die Beklagte darüber beschwert habe, nicht den ganzen Leasinggegenstand erhalten zu haben, antwortete D._____, Organ der Beklagten, dass ihm klar gewesen sei, dass es der Vertrag mit Service für die ganzen 48 Monate gewesen war bzw. "dass das Abonnement mitkommen würde". b) Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb des Geolokalisierungssystems wurden unbestrittenmassen bis zum Sommer 2011 von C._____ (und nicht von der Klägerin) erbracht (vgl. act. 16 Rz 35, 37). D._____ bestätigte auch, dass ohne C._____ nichts gemacht werden könne (act. 29c S. 4). Die Beklagte macht im Verfahren denn auch selber geltend, dass die Dienstleistungen

- 19 - von niemand anderem erbracht wurden bzw. werden konnten, indem sie ausführte, dass die ...-Boxen nutzlos und unbrauchbar geworden waren, weil die vertraglichen Verpflichtungen ausblieben (act. 16 Rz 37). Im vorliegenden Prozess, der auf das Ausbleiben der Dienstleistungen ab Sommer 2011 zurückgeht, stellt sich nunmehr die Frage, auf welcher Grundlage C._____ die Leistung erbracht hat. Die Klägerin verweist darauf, dass am gleichen Tag wie der Leasingvertrag ein Dienstleistungsvertrag mit C._____ unterzeichnet worden sei, was einzig den Schluss zulasse, dass es um Leistungen gegangen sei, die vom Leasingvertrag nicht umfasst gewesen seien (act. 42 Rz 25). Es habe daher nicht nur den Leasingvertrag zwischen ihr und der Beklagten, sondern auch einen Vertrag zwischen C._____ und der Beklagten gegeben, der die Grundlage für die erwähnte Dienstleistungserbringung war. Demgegenüber stellt die Beklagte einen separaten Vertrag zwischen ihr und C._____ in Abrede (act. 16 Rz 50, Rz 52, Rz 58; act. 57 Rz 11, Rz 20). Sie macht geltend, dass die Dienstleistungen – so lange sie denn erbracht wurden – auf Grund des Leasingvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten zu erbringen gewesen seien, da dieser auch die Dienstleistungen umfasst habe (act. 16 Rz 50; act. 57 Rz 12). Die gesamte individualisierte Lösung sei Gegenstand des Leasingvertrages gewesen und dazu würde auch die Gewährleistung eines funktionierenden mobilen Datenverkehrs gehören. Entsprechend sei von Seiten der Beklagten nie von separaten Verträgen die Rede gewesen (act. 16 Rz 50). Um die einzelnen Leistungen des Leasingvertrages gegenüber der Beklagten erbringen zu können, habe die Klägerin – neben den Geräten – nämlich auch die Dienstleistungen der Gesamtlösung erworben (act. 57 Rz 17). Das als act. 18/5 eingereichte Dokument ist nach den Sachdarstellungen der Beklagten kein Vertrag, sondern ein Bestandteil der Offerte von C._____ (act. 57 Rz 20, 21). D._____ führte in act. 29c S. 7 f. auf die Frage, ob er vom Inhalt des Leasingvertrages Kenntnis genommen und ihn verstanden habe aus, dass er vor allem die Beträge im Leasingvertrag angeschaut habe, auf die genauen Details und die allgemeinen Bedingungen habe er nicht speziell geachtet (act. 29c S. 7).

- 20 - c) Für die Frage, von welchen Voraussetzungen die Beklagte ausgehen konnte, ist von Bedeutung, ob es ein vertragliches Verhältnis zwischen der Beklagten und C._____ gegeben hat. Nach Angaben der Beklagten hat sie die Vertragsverhandlungen über das Geolokalisierungssystem ausschliesslich mit C._____ geführt. Am 17. Mai 2010 hätten sich die Beklagte und C._____ zu Gesprächen getroffen und C._____ habe der Klägerin gleichentags ein schriftliches Angebot ("Proposition Commerciale"; act. 4/8) mit einer individualisierten Komplettlösung (act. 16 Rz 9, 10, 13) bzw. mit einem individualisierten, in sich schlüssigen und funktionierenden Gesamtsystem mit den einzelnen Elementen Hardware, Software sowie zu erbringende Dienstleistungen wie Schaltung von Linien für

den mobilen Datenverkehr (act. 16 Rz 16) für einmalige Kosten von Fr. 1'200.– und Fr. 950.– (act. 16 Rz 17) sowie monatlich wiederkehrenden Kosten von Fr. 763.– pro Monat unterbreitet (act. 16 Rz 17). Die angebotene Gesamtlösung sei dann durch das Dokument mit dem Titel "Conditions particulières aux contrats d'abonnements aux services du Prestaires avec option de location du matériel" mit den gleichen monatlich wiederkehrenden Kosten von Fr. 763.– konkretisiert worden (act. 16 Rz 19 und 20). Zur Finanzierung der wiederkehrenden Kosten (Hervorhebung durch die Kammer) sei der Klägerin ein Leasingvertrag vorgeschlagen worden, der dann zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossen worden sei (act. 16 Rz 21). Die Beklagte habe als Leasingobjekt die von C._____ angebotene Gesamtlösung, die "Solution C._____", gewählt (act. 16 Rz 26, vgl. auch act. 57 Rz 16). Stichwortartig sei die Wahl der Beklagten im Vertragsdokument festgehalten worden (act. 16 Rz 27); die Umschreibung des Leasingobjekts beruhe gemäss Vertragstext einzig und allein auf der Beschreibung der von C._____ angebotenen individualisierten Gesamtlösung, insbesondere auch auf den zahlreichen Dienstleistungen (act. 16 Rz 29). Zwischen der C._____ und der Klägerin sei – um den Leasingvertrag erfüllen zu können – ein Vertrag geschlossen worden, der die Übertragung des Leasingobjekts zum Inhalt hatte (act. 16 Rz 32): Die individualisierte Gesamtlösung sei im Sinne des Leasingvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten von C._____ bei der Beklagten eingerichtet und in Betrieb genommen worden (act. 16 Rz 33 i.V.m. act. 4/12), ohne dass die Beklagte dafür Zahlungen an C._____ geleistet habe (das wird

- 21 - dann bezüglich der Inbetriebnahmekosten [Mise en place, Personalisation] durch D._____ anders dargestellt [act. 29c S. 6 Mitte]). Einzige Vertragspartnerin von C._____ sei die Klägerin gewesen. In act. 22 Rz 3 wies die Beklagte darauf hin, dass sich die Klägerin "zur Überlassung des im Vertrag beschriebenen Objekts und zur Erbringung der Dienstleistungen im Rahmen der Gesamtlösung C._____" verpflichtet habe; der Vertragstext verweise auf das Angebot der C._____ (act. 22 Rz 5). Unter dem Titel "versprochene Leistung" wies die Beklagte darauf hin, dass am 7. Juli 2010 die Beklagte und C._____ die "Conditions particulières" über die sog. "solution C._____", die individualisierte Gesamtlösung zum Management der Fahrzeugflotte unterschrieben hätten (act. 22 Rz 6), was auch der Vertragsinhalt (des Leasingvertrages) sei (act. 22 Rz 13). Für den Fall, dass das Gericht von einem gültigen Vertrag sui generis ausgehen sollte, seien seit Mitte August 2011 die Dienstleistungen nicht mehr erbracht worden, so dass seitens der Beklagten auch kein Leasingzins mehr geschuldet sei. Ausserdem seien bei Dienstleistungsverträgen die Gefahrtragsregeln gemäss Ziff. 29 der AGB ungewöhnlich. Die Beklagte weist darauf hin, was auch ihr Administrator und Generaldirektor, D._____, in der Parteibefragung bestätigt hat, dass es der Beklagten zur Verbesserung ihrer Logistik um eine Komplettlösung gegangen sei (act. 29c S. 3). Zwischen C._____ und der Beklagten habe es direkte Verhandlungen gegeben. Zunächst sei mit keinem Wort von Leasing die Rede gewesen. Erst anlässlich der Unterzeichnung von act. 20/1 i.V.m. act. 18/5 habe C._____ das Leasing ins Spiel gebracht. Hinsichtlich des Leasingvertrages hat D._____ dann ausgesagt (act. 29c S. 5): "Es war nie vorgesehen ein Leasing zu machen. Wir haben eine Offerte und den Vertrag bekommen. Am Tag, an dem wir unterschreiben sollten, ist Herr F._____ gekommen und hat gesagt, er würde das nicht selber finanzieren und wollte einen Leasing Vertrag um das Inkassorisiko zu senken". Dass es C._____ um die Finanzierung ging, hat die Beklagte auch im Prozess verschiedentlich ausgeführt, z.B. in act. 16 Rz 21 ("Zur Finanzierung der wiederkehrenden Kosten der von C._____ angebotenen Gesamtlösung ...") und in act. 57 Rz 24 (F._____ habe der Beklagten

mitgeteilt, dass C._____ das Inkassorisiko nicht selber übernehmen möchte). Und in act. 29c S. 9 führte D._____ in der Befragung durch die Vorinstanz aus: "Hr. F._____ hat mir erklärt, dass er eine kleine Firma sei und

- 22 - nicht den Schuldnern nachspringen könne. Er ist auch aktiv in der Baubranche, wo die Unternehmen nicht immer rechtzeitig bezahlen, deswegen mache er solche Geschäfte über die G._____, damit er weniger Büroprobleme habe". Diese Aussagen machen deutlich, dass es C._____ nicht darum gegangen ist, die Dienstleistungen durch die Klägerin erbringen zu lassen, sondern nur darum, die von C._____ zu liefernden Geräte und die während 48 Monaten sukzessive zu erbringenden Dienstleistungen von der Klägerin vorab finanziert zu erhalten. Auf Grund ihrer eigenen Aussagen konnte die Beklagte daher nicht meinen, die Klägerin habe beabsichtigt, die Dienstleistungen zu übernehmen, sondern sie konnte lediglich annehmen, dass es um die Finanzierung ging, wobei sie angesichts des übereinstimmenden Betrages von Fr. 763.– durchaus annehmen konnte, dass es sich um die Finanzierung der ganzen "Solution" handelte. Tatsächlich hat die Klägerin denn auch einen Betrag überwiesen, bei dem es sich um 48 x Fr. 763.–, abzüglich dem Vermittlungsgewinn handelte (so auch die Beklagte in act. 57 Rz 77). Dass die Zahlung der Klägerin an C._____ auf dieser Basis kalkuliert worden war, wird denn auch von keiner Seite bestritten. d) Die Klägerin kritisiert die Vorinstanz, weil diese den Dienstleistungsvertrag, der am gleichen Tag, am 7. Juli 2010, geschlossen worden sei, mit keinem Wort erwähne (act. 42 Rz 17). Die Beklagte habe mit der Klageantwort nur Teile dieses mit C._____ geschlossenen Dienstleistungsvertrages eingereicht und versuche, diesen als "Präzisierung" der angebotenen Lösung darzustellen (act. 42 Rz 18). In der Folge habe die Klägerin in den Konkursakten der C._____ den vollständigen Dienstleistungsvertrag gefunden und die fehlenden Bestandteile mit der Replik am 17. Dezember 2013 eingereicht. Die Beklagte bestreitet den zusätzlichen Dienstleistungsvertrag zwischen ihr und der C._____, weil sie – die Beklagte – auch keine zusätzliche Zahlungen an die letztere geleistet habe, was auch das vorinstanzliche Beweisverfahren ergeben habe (act. 57 Rz 11, 13). e) Auf Grund des Beweisverfahrens muss tatsächlich davon ausgegangen werden, dass zwischen der Beklagten und C._____ sehr wohl ein Vertrag geschlossen worden ist. D._____, Organ der Beklagten, wurde dazu wie folgt befragt (act. 29c S. 5): "Gab es noch einen Vertrag zwischen Ihnen und der

- 23 - C._____ "?, worauf er antwortete: Nein, nur Einen. Dann wurden ihm act. 18/5 (conditions particulières aux contrats d'abonnement aux services du Prestataire avec option de location du matériel) und 20/1 (contrat d'abonnement aux services du prestataire avec option de location du matériel) vorgelegt, worauf er antwortete: "Ja, das ist dieser. Es gibt nur einen Vertrag und ich habe eine Kopie von diesem" (act. 29c S. 5). Die Beklagte bestreitet immerhin nicht (act. 22 Rz 5), dass die beiden soeben genannten Aktenstücke zusammengehören und ein vollständiges Dokument bildeten (act. 42 Rz 19). Auf S. 1 von act. 20/1 ist (fett gedruckt) erwähnt "Il a été établi un contrat de location et/ou un contrat d'abonnement aux services soumis aux conditions générales", woraus ersichtlich ist, dass es um einen Vertragsschluss geht. Act. 18/5, von dem die Beklagte nicht bestreitet, dass es zu act. 20/1 gehört (z.B. act. 57 Rz 21), enthält – neben "Matériel" Boîtier ... – Angaben zu "Prestations de service", die von C._____ zu erbringenden (und zunächst auch erbrachten) und später ausgefallenen Dienstleistungen (act. 18/5 Blatt 1). Hier findet sich wiederum der (gleiche) Preis von Fr. 763.– pro Monat, wie er in der "Proposition commerciale" vom 17. Mai 2010 (act. 4/8 S. 7) genannt war. Das zweite Blatt von act. 18/5 enthält die

Installations- bzw. Einführungskosten (die nach Angaben von D. _____ mutmasslich von der Beklagten selber und direkt an C. _____ bezahlt worden seien; vgl. act. 29c S. 6). Act. 18/5 ist sowohl von der Beklagten mit Datum 7.7.2010 ("Cadre à compléter par l'Abonné") als auch von C. _____ ("Cadre à compléter par le Prestataire") unterzeichnet worden. Die Behauptung der Beklagten, die Dokumente act. 20/1 mit act. 18/5 seien eine Konkretisierung der Offerte (act. 57 Rz 19) – Bestandteil der Offerte ohne Vertragscharakter (act. 57 Rz 19, 24), die gleiche Offerte und kein separater Vertrag (act. 57 Rz 26) – widerspricht klar dem, was D. _____ in act. 29c S. 5 ausgesagt hat, nämlich, dass es zwischen der Beklagten und C. _____ einen Vertrag gegeben hat, bestehend aus den Dokumenten act. 18/5 und 20/1. Die Beklagte äussert sich mit keinem Wort zum Widerspruch zwischen ihrer eigenen Behauptungen (kein Vertrag) und den Aussagen ihres Administrators/General-direktors, welcher den Vertragsschluss einräumt. D. _____s Aussagen sind schon deshalb

- 24 - plausibel, weil act. 20/1 mit "Contrat d'Abonnement" überschrieben ist. Und selbst, wenn es sich beim unterzeichneten Dokument um eine (ergänzte) "Offerte" von C. _____ gehandelt hätte, wäre nicht erklärt und auch nicht erklärbar, was die Unterschrift der Beklagten unter dieser Offerte anderes als ein Akzept sein könnte. Ganz spezielle Verhältnisse vorbehalten, die substantiiert hätten behauptet und dargelegt werden müssen, gibt es aus objektiver Sicht keinen Grund, warum der Adressat einer Offerte diese unterzeichnen sollte, ausser er wolle mit der Unterschrift die Zustimmung zu eben dieser Offerte erteilen und damit den Vertrag entsprechend zum Abschluss bringen. Warum das im vorliegenden konkreten Fall anders hätte sein sollen, hat die Beklagte nicht dargelegt. Insbesondere erklärt die Behauptung, dass die konkrete Offerte durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen ergänzt worden sei (act. 57 Rz 23), die Tatsache der Unterzeichnung nicht. Steht damit fest, dass es sich bei den Urkunden act. 20/1 und act. 18/5 um einen Vertrag zwischen C. _____ und der Beklagten handelt, so war C. _____ auf Grund dieses direkten Vertragsverhältnisses verpflichtet, der Beklagten die zugesicherten Dienstleistungen zu erbringen, was sie zunächst auch tat. D. _____ hat in der Einvernahme bestätigt, dass die Beklagte C. _____ für die "Mise en Place" und "Personalisation" separat entschädigt hatte, dass der Beklagten jedoch ausser der der Klägerin monatlich zu erbringenden Leasingzinsen von 763.– (nebst MWSt) keine weiteren Kosten anfielen, es sei ein Pauschalpreis gewesen, fix fertig, so dass er genau gewusst habe, was es kostete (act. 29c S. 6). Auf die Frage, ob ihm bewusst gewesen sei, dass der Leasingvertrag nur die Hardware betroffen habe, antwortete D. _____, dass das nicht der Fall gewesen sei, weil er dann noch die Dienstleistungen an C. _____ hätte bezahlen müssen, was nicht der Fall gewesen sei. Die Klägerin habe auf der Basis einer Offerte und eines Vertrages die Dienstleistungen finanziert (Hervorhebung durch die Kammer; act. 29c S. 8). Damit wird deutlich, dass zwischen der Erbringung der Dienstleistungen und der Finanzierung der Dienstleistungen unterschieden werden muss.

E. 6

Als Zwischenergebnis ist von drei Verträgen auszugehen:

- 25 - • der Leasingvertrag (act. 4/10) zwischen der Klägerin und der Beklagten, der unbestrittenermassen die Überlassung bzw. Finanzierung der Hardware enthielt und der die Grundlage dafür war, dass die Klägerin auch die während vier Jahren durch C. _____ zu erbringenden Dienstleistungen vorfinanzierte. • der Abonnementsvertrag (act. 20/1 und 18/5) zwischen C. _____ und der Beklagten, mit dem sich C. _____ zur Erbringung der

Dienstleistungen verpflichtet. • der Kaufvertrag, auf Grund dessen die Klägerin C. _____ nicht nur den Kaufpreis für die Geräte, sondern gleichzeitig den Preis für die während der Vertragsdauer zu erbringenden Dienstleistungen bezahlte. Nach ihren Ausführungen war der Klägerin nicht klar, dass sie nicht nur Hardware, sondern dass sie auch Dienstleistungen finanziert hatte. Ob sich die Klägerin hätte auf Willensmängel berufen können, kann hier offen bleiben, weil sie sich nicht darauf berufen hat (Art. 31 OR). Die Insolvenz der C. _____ hat dazu geführt, dass die Dienstleistungen nicht mehr erbracht wurden. Erst damit ist bedeutungsvoll geworden, ob die Beklagte neben dem direkten Anspruch gegen C. _____ – die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte im Konkurs von C. _____ eine Forderung in der Höhe ihrer Restforderung im Eingabezeitpunkt aus dem Abonnementsvertrag eingegeben hat (act. 21 Rz 33) – einen zusätzlichen Anspruch gegen die Klägerin hat. Unzutreffend ist es, wenn die Beklagte behauptet, die Klägerin hätte "die erforderlichen Produkte und Dienstleistungen (Hervorhebung durch die Kammer) der Gesamtlösung ... von C. _____ erworben (act. 57 Rz 17), womit sie den Kauf von Dienstleistungen geltend macht. Dienstleistungen können nicht Gegenstand eines Kaufvertrages (Art. 184 OR) sein, weil an ihnen kein Eigentum erworben werden kann, und es handelt sich auch nicht um Forderungen, die käuflich erworben werden könnten (vgl. BSK OR I-Koller [5. Auflage 2011], N. 11 zu Art. 184). Ein Erwerb ist allerdings auch nicht erforderlich, um die Dienstleistungen dennoch finanzieren zu können. Dass im herkömmlichen Finanzierungsleasing die Leasinggesellschaft

- 26 - das Leasingobjekt kauft und es – ohne dieses selber in Besitz zu nehmen – unmittelbar der Leasingnehmerin zur Verfügung stellt, so dass ihr nur das "nackte" Eigentum verbleibt (BSK OR I-Amstutz/Morin/Schlupe [5. Auflage, 2011], N. 92 vor Art. 184 ff. Giger, a.a.O. S. 46) bzw. das Eigentumsrecht, "das auf ein besitzloses Sicherungsrecht reduziert ist" (Daniel Girsberger, Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing, Zürich 1997, Rz 231), ist im Zusammenhang mit Leistungsstörungen bzw. der Insolvenz des Leasingnehmers von Bedeutung (Girsberger, a.a.O., Rz 630 ff.). Dass hingegen Dienstleistungen wegen ihrer Unwertbarkeit keine Sicherungsfunktionen haben können, ist evident. Die Tatsache, dass die Klägerin die Dienstleistungen nicht kaufen konnte und sie auch nicht selber erbrachte, führt allerdings nicht zwingend dazu, dass sie sich nicht hätte verpflichten können, für die Erbringung der Dienstleistungen einzustehen zu wollen, wodurch sie dann beim Ausfall derselben verantwortlich geworden wäre und als Folge davon die Leasingraten von der Beklagten nicht mehr hätte fordern können. Das führt zur Frage, ob die Beklagte nach Treu und Glauben annehmen konnte, dass sich die Klägerin zwar nicht direkt zu Dienstleistungen verpflichtete, sondern dass sie die Verpflichtung übernommen hatte, für die Erbringung der Dienstleistungen einzustehen bzw. diese "garantieren" zu wollen.

E. 7

a) Gemäss Art. 111 OR ist derjenige, der einem anderen die Leistung eines Dritten versprochen hat, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn die Leistung ausfällt. Der Garantievertrag wird zwischen einem Schuldner/Garanten/Promittenten und dem Gläubiger/Promissar geschlossen. Der Schuldner verspricht dem Gläubiger die Leistung eines Dritten und sichert damit eine fremde Leistung (KuKo OR-Lardi/Vanotti, N. 1 zu Art. 111). Bei Ausbleiben der Leistung des Dritten muss der Schuldner/Garant/Promittent nicht selber erfüllen, sondern er hat das positive Interesse zu ersetzen, ohne irgendwelche Regressansprüche gegen den nicht leistenden Dritten (KuKo OR-Lardi/Vanotti, N. 5 zu Art.

111). Ginge es im vorliegenden Fall um diese Konstellation, so müsste die Klägerin der Beklagten (im "Leasingvertrag") Dienstleistungen der C._____ versprochen haben und sie müsste sich verpflichtet haben, bei Ausbleiben derselben für den Schaden einzustehen. "Eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR umfasst insbesondere auch Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis be-

- 27 - ziehen, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung durch einen Dritten gibt. Die bürgschaftsähnliche Garantie bezweckt, diese Leistung zu sichern – gleichgültig, ob sie tatsächlich geschuldet ist; die Verpflichtung gilt damit auch für den Fall, dass die Schuldpflicht nie entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist" (BGE 125 III 305 E. 2b mit Hinweisen; BGer 4C.204/2003 E. 2.2.2: vgl. auch KuKo OR-Lardi/Vanotti, N. 2 zu Art. 111; BSK OR I-Pestalozzi, N. 6 zu Art. 111). Charakteristikum des Garantievertrages ist es, dass der Dritte – das wäre hier C._____ – nicht selber verpflichtet ist (KuKo OR-Lardi/Vanotti, N. 1 zu Art. 111). Das trifft hier – wie gezeigt wurde – nicht zu. b) Denkbar wäre gegebenenfalls auch die gesetzlich nicht geregelte kumulative Schuldübernahme bzw. der Schuldbeitritt, von der auszugehen wäre, wenn die Klägerin der Beklagten versprochen hätte, die Dienstleistungsschuld solidarisch mitübernehmen zu wollen (KuKo OR-Lardi/Vanotti, N. 9 zu Art. 111; BSK OR I-Pestalozzi, N. 32 zu Art. 111; BGE 129 III 702 E. 2.1), was mehr ist als die blosser Vorfinanzierung. Ob dies zutrifft, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei "die Willenserklärungen der Parteien so auszulegen [sind], wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 129 III 705 E. 2.4; BGE 127 III 248 E. 3 f. S. 255; BGE 126 III 119 E. 2a S. 120). Die Klägerin hat sich im Leasingvertrag nicht dazu verpflichtet, Dienstleistungen zu erbringen bzw. für deren Erbringung mithaften zu wollen. Insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Leasingnehmer das Risiko für Leistungsstörungen tragen muss (zur Ungewöhnlichkeitsregel bzw. Überraschungsklausel vgl. BSK I OR-Bucher [5. Auflage 2011], N. 60 zu Art. 1; die Tragung sämtlicher Risiken an den Leasingnehmer gehört geradezu definitiv onsgemäss zum Finanzierungsleasing, vgl. z.B. Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, Rz 15 zu § 40), kann die Beklagte nicht in guten Treuen angenommen haben, sie könne für den Fall des Ausbleibens der Dienstleistungen die Klägerin solidarisch in Anspruch nehmen, bzw. sie könne entsprechend die Zahlung der Leasingzinsen verweigern, wenn die Dienstleistungen gegebenenfalls nicht (mehr) erbracht werden sollten. Was für das typisierte Finanzierungsleasing gilt, muss auch für ein gemischtes Leasing gelten, das die Finanzierung von Dienstleistun-

- 28 - gen mitenthält. Aus den (typischen) AGB ergibt sich mit ausreichender Deutlichkeit, dass die Klägerin grundsätzlich auf die Finanzierung beschränkt und dass die Verantwortung für das "verleaste" Gut bei der Beklagten ist (vgl. insbesondere Ziff. 16 der AGB: "Le donneur de leasing ne devant fournir aucune prestation d'entretien, de maintenance ni de service, le preneur du leasing conclura un contrat correspondant pour la durée du leasing, si cela est conseillé en raison du type d'objet du leasing"). Aus Ziff. 16 ergibt sich deutlich, dass die Erbringung von Dienstleistungen als solchen ausgeschlossen ist. Ergänzt wird die Beschränkung auf die reine Finanzierung und auf die Loslösung von der Leistungserbringung durch Ziff. 28 und 29 der AGB, die lauten: "Sous réserve d'une convention divergente, l'obligation de payer la redevance de leasing débute avec la livraison conforme au contrat de l'objet du leasing. Si la livraison ne peut pas être effectuée pour des raisons incombant au preneur du leasing, le donneur de leasing est en

droit d'exiger le versement de la redevance contractuelle de leasing comme si la livraison avait eu réellement lieu". Und Ziff. 29 sieht vor: "La redevance de leasing est également due si l'objet du leasing, ne peut pas être utilisé pour une raison quelconque". Angesichts dieses für das Leasing typischen Rückzuges auf die reine Finanzierung bzw. Kreditierung und angesichts der Ablehnung von jeglicher Verantwortung für das Leasingobjekt, die entsprechend für Dienstleistungen gelten muss, kann die Beklagte nicht in guten Treuen angenommen haben, die Klägerin habe für deren Erbringung als Solidarschuldnerin haften wollen (BSK OR I- Pestalozzi [5. Auflage 2011], N. 32 zu Art. 111). Das führt zur Gutheissung der Berufung und Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils.

E. 8

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'600.– zu bezahlen.

E. 9

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 57, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 10

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. 23'073.40. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Kröger versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.