

ZH_OBERGERICHT PP180004 vom 5. Juli 2018

ZH Obergericht, 2018-07-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PP180004

FR: ZH_OBERGERICHT PP180004 du 5 juillet 2018

IT: ZH_OBERGERICHT PP180004 del 5 luglio 2018

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Klägerin) ist ein Werbe- unternehmen. Sie stellt interessierten Unternehmen bzw. Institutionen Fahrzeuge (unentgeltlich) zur Verfügung, deren Karosserie sie als Werbeträger nutzt. Diese Werbefläche bietet sie – in einzelne Flächen unterteilt – ihrer Kundschaft für de- ren Werbung entgeltlich an. Die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beklagte) betreibt ein Schreiner- bzw. Holzbauunternehmen. Am 8. Mai 2012 schlossen die Parteien einen "Werbeflächenvertrag" ab (act. 4/3). Darin verpflich- tete sich die Klägerin, für die Beklagte Werbung herzustellen und diese – nebst Werbung anderer Unternehmen – fünf Jahre lang auf einem Fahrzeug zu platzie- ren, das dem FC D._____ unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden sollte. Im Gegenzug verpflichtete sich die Beklagte zur Leistung eines Entgelts von pau- schal CHF 7'500.– (zzgl. MwSt.) für die fünfjährige Werbelaufzeit (beginnend mit

- 4 - der Auslieferung des Fahrzeuges). Weiter kamen die Parteien überein, dass das Entgelt in zwei Raten zu bezahlen sei, nämlich die erste Hälfte nach Zusendung des Korrekturabzugs (Vorlage der Werbeaufschrift) und die zweite Hälfte bei Fer- tigstellung des Fahrzeuges (act. 4/3).

E. 2

In der Folge kam es jedoch zu "Unstimmigkeiten" zwischen der Klägerin und dem FC D._____, welche dazu führten, dass das Fahrzeug nicht wie geplant aus- geliefert werden konnte. Mit Schreiben vom 11. Januar 2016 verlangte die Be- klagte aus diesem Grund die bereits geleistete erste Teilzahlung zurück (act. 16/9). Dieser Forderung kam die Klägerin mit Schreiben vom 22. Januar 2016 "unter Vorbehalt" nach und teilte der Beklagten zudem mit, dass sie sich mit dem FC D._____ in der Zwischenzeit habe einigen können und dass sie diesem "in Kürze" ein neues Fahrzeug zur Verfügung stellen wolle (act. 16/10). Im darauf- folgenden Schriftenwechsel brachte die Klägerin ihre Auffassung zum Ausdruck, der Vertrag vom 8. Mai 2012 habe nach wie vor Bestand, während sich die Be- klagte aufgrund der nicht erfolgten Auslieferung des Fahrzeuges an den FC D._____ vom Vertrag distanzierte (act. 16/13, 16/16, 16/18). Daraufhin stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, die Beklagte sei vor Vollendung des Werkes vom Vertrag zurückgetreten, weshalb ihr nach Ziffer 15 der Allgemeinen Ge- schäftsbedingungen (nachfolgend: AGB) eine Entschädigung von 80 % des ur- sprünglichen Entgelts zustehe.

E. 3

Alsdann führt die Vorinstanz aus, die Beklagte mache geltend, dass die Klä- gerin nach wie vor über keine Einigung mit dem FC D._____ verfüge und dass ihr deshalb etwas verkauft worden sei, das es in Wahrheit nicht gäbe. Damit berufe sich die Beklagte der Sache nach auf eine dauerhafte, subjektive Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Solches schliesse

einerseits die Anwendbarkeit der Regeln des Schuldnerverzuges aus und stelle andererseits einen wichtigen Grund für die Auflösung des Vertrages dar (act. 30 S. 8 f.). Es sei unbestritten, dass es nach dem Vertragsabschluss am 8. Mai 2012 zwischen der Klägerin und dem FC D. _____ zu "Unstimmigkeiten" gekommen sei, welche dazu geführt hätten, dass die Klägerin das Fahrzeug während mehrerer Jahre nicht wie vereinbart an den FC D. _____ habe ausliefern können (act. 30 S. 10 f.). Die Klägerin mache jedoch geltend, dass im September 2015 eine Einigung mit dem FC D. _____ habe getroffen werden können, was die Beklagte bestreite. Die hierfür offerierte Pressemitteilung vom 22. September 2015 (act. 16/8) betreffe aber eine Vereinbarung zwischen der E. _____ GmbH und dem Verein FC D. _____; von einem Vertrag zwischen dem FC D. _____ und der Klägerin sei nicht die Rede. Dass die Klägerin und die E. _____ GmbH eine einzige Einheit bilden würden – wie dies die Klägerin behaupte – sei weder notorisch, noch substantiiert behauptet oder belegt. Es sei somit nicht bewiesen, dass eine Einigung zwischen der Klägerin und dem FC D. _____ bestehen würde. Die Beweislast für das Vorliegen von Erfüllungsunmöglichkeit liege zwar grundsätzlich bei der Beklagten, es handle sich hierbei aber um ein Negativum, das einem direkten Beweis nicht zugänglich sei, weshalb die Klä-

- 8 - gerin eine beweisrechtliche Mitwirkungsobliegenheit treffe. Da es ihr ohne Weiteres möglich gewesen wäre, eine Einigung mit dem FC D. _____ zu beweisen, sie dies jedoch nicht getan habe, müsse als erstellt gelten, dass es der Klägerin bereits seit mehreren Jahren nicht möglich gewesen sei (bzw. ihr immer noch nicht möglich sei), den Vertrag zu erfüllen, d.h. ein entsprechendes Fahrzeug an den FC D. _____ auszuliefern. Es liege somit eine dauerhafte, subjektive Unmöglichkeit vor, was einen wichtigen Grund für die Vertragsauflösung darstelle. Die Beklagte habe somit entschädigungslos kündigen können (act. 30 S. 9 ff.).

E. 4

Die Klägerin macht in ihrer Beschwerde im Hauptpunkt geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, indem sie davon ausgegangen sei, dass es der Klägerin auch nach der Pressemitteilung vom 22. September 2015 noch immer unmöglich gewesen sein soll, dem FC D. _____ ein Fahrzeug auszuliefern. Die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, dass die Klägerin eingestanden habe, es sei zwischen ihr und dem FC D. _____ keine Einigung zustande gekommen (sondern nur zwischen der E. _____ GmbH und dem FC D. _____). In Wahrheit sei nämlich ein Vertrag zwischen ihr, der E. _____ GmbH und dem FC D. _____ abgeschlossen worden (act. 27 S. 3 f.). Bei dieser Behauptung, es sei ein Vertrag zwischen allen drei Parteien zustande gekommen (und nicht nur zwischen der Klägerin und dem FC D. _____ bzw. zwischen der E. _____ GmbH und dem FC D. _____), handelt es sich um ein Novum, das unzulässig und somit nicht zu beachten ist (Art. 326 Abs. 1 ZPO); wie nachfolgend darzulegen ist, würde dies aber ohnehin nichts am Ergebnis ändern.

E. 5

Alsdann kritisiert die Klägerin die vorinstanzliche Erwägung, es sei nicht notorisch, dass es sich bei der Klägerin und der E. _____ GmbH wirtschaftlich um eine "einzige Einheit" handle, und führt hierfür diverse andere Verfahren vor der Vorinstanz bzw. vor dem Obergericht ins Feld, welche belegen würden, dass Herr F. _____, der die fragliche Pressemitteilung unterzeichnet habe, Gesellschafter und Geschäftsführer sowohl der Klägerin wie auch der E. _____ GmbH sei. Abgesehen davon sei es sogar der breiten

Öffentlichkeit bekannt, dass die Klägerin, die E._____ GmbH und die G._____ AG "zusammengehören" würden, was sich auch den beklaglichen Beilagen (act. 18/6, 18/7, 18/9 und 18/10; teilweise zitiert

- 9 - in der Klageantwort, act. 17 S. 2 ff.) entnehmen lasse. Somit wirke die Einigung zwischen der E._____ GmbH und dem FC D._____ (auch) zugunsten der Klägerin (act. 27 S. 4, 6 f.).

E. 6

Sodann zitierte die Beklagte Folgendes aus dem I._____ Online vom tt.mm.2012 (act. 17 S. 4, act. 18/7): " Bereits klar ist für J._____ [Vertreter des FC D._____], dass der FC D._____ kein neues Fahrzeug von den drei Firmen [der Klägerin, der E._____ GmbH und der G._____ AG] wünscht."

E. 7

Diese von der Beklagten in ihrer (mündlichen) Klageantwort aufgestellten Parteibehauptungen bestritt die Klägerin nicht; sie führte lediglich aus, diese Zeitungsberichte würden aus dem Jahre 2012 datieren, sie habe in der Zwischenzeit aber eine Einigung mit dem FC D._____ getroffen (vgl. Prot. Vi S. 11). Damit ist unbestritten – sowohl vor erster Instanz wie auch im Beschwerdeverfahren –, dass sich der FC D._____ im Oktober 2012 öffentlich und unmissverständlich von der Klägerin (sowie auch von der E._____ GmbH und der G._____ AG) distanzierte und öffentlich zum Ausdruck brachte, dass er kein neues Werbefahrzeug

- 14 - wünsche und ein solches von der Klägerin bzw. von den mit ihr assoziierten Unternehmen auch nicht schenkungsweise annehmen werde. Aus damaliger Sicht konnte mithin kein Zweifel daran bestehen, dass die Klägerin ein mit der Werbung der Beklagten versehenes Fahrzeug nicht an den FC D._____ würde ausliefern können. Eine alternative Auslieferung an einen anderen Verein oder an eine andere Institution war vertraglich nicht vorgesehen. Die Klägerin war zur Vertragserfüllung vielmehr auf die Zustimmung und die Annahme des Fahrzeuges durch den FC D._____ angewiesen; sie konnte ihm dieses "Geschenk" nicht einseitig aufzwingen (bei der Schenkung handelt es sich bekanntlich um einen Vertrag, der nur durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zu Stande kommen kann). Da aus damaliger Sicht davon ausgegangen werden musste, dass der FC D._____ die Annahme eines Fahrzeuges definitiv und dauerhaft verweigern würde, stand der Vertragserfüllung durch die Klägerin ein unüberwindbares Leistungshindernis entgegen; dies begründete – aus der Sicht ex ante – subjektive Unmöglichkeit.

E. 8

Dies bestreitet die Klägerin wie gesagt nicht. Sie macht jedoch der Sache nach geltend, dass die einmal begründete subjektive Unmöglichkeit später weggefallen und die Vertragserfüllung nunmehr möglich geworden sei, da sie – bzw. die E._____ GmbH – sich im September 2015 mit dem FC D._____ habe einigen können. Hierzu ist zunächst zu bemerken, dass eine solche Einigung – wenn sie denn erstellt wäre – jedenfalls nichts daran ändern würde, dass die Leistungserfüllung durch die Klägerin im Oktober 2012 (bzw. bereits zuvor) als subjektiv und dauerhaft unmöglich zu betrachten war, weil aus damaliger Sicht vernünftigerweise keine Aussicht bestehen konnte, dass der FC D._____ seine Meinung ändern würde. Namentlich kann nicht aus der Sicht ex post und aufgrund der nunmehr bestehenden (behaupteten) Möglichkeit der Vertragserfüllung darauf ge-

geschlossen werden, dass dies eigentlich auch bereits zuvor möglich gewesen wäre bzw. die Unmöglichkeit in Wahrheit nur eine vorübergehende gewesen sei. Für die Beurteilung, ob ein Leistungshindernis eine dauernde oder nur vorübergehende Unmöglichkeit der Vertragserfüllung zur Folge hat, ist ausschliesslich auf die Sicht ex ante, d.h. auf die im Zeitpunkt des Eintritts des Hindernisses bestehenden Umstände, und nicht auf den späteren Verlauf der Dinge abzustellen (vgl. in

- 15 - diesem Sinne auch das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 11. März 1994, V ZR 48/93, NJW-RR 1994, 1356, E. 2a).

E. 9

War die Leistungserbringung im Oktober 2012 subjektiv und dauerhaft unmöglich, wurde sie später aber wieder möglich, so stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen dies nach sich zieht. Nach zutreffender Auffassung kann ein nachträglicher Wegfall der vormals bestehenden (dauerhaften) Unmöglichkeit grundsätzlich nicht zu einem Wiederaufleben der ursprünglichen Primärleistungspflicht(en) führen bzw. die Folgen der einstmals bestehenden Unmöglichkeit beseitigen (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 97; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 16; differenzierend BUCHER, a.a.O., S. 249, 420). Namentlich dann, wenn die Parteien den Vertrag wegen Unerfüllbarkeit als erledigt angesehen bzw. rückabgewickelt haben, wäre es – abgesehen von speziell gelagerten Ausnahmefällen – in der Regel unbillig, ihn ohne entsprechende neue Vereinbarung wiederaufleben zu lassen (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 97 Fn 28). Sobald also einmal dauerhafte Unmöglichkeit eingetreten ist, muss – wenigstens im Grundsatz – von einer Fiktion der fortdauernden Unmöglichkeit ausgegangen werden.

E. 10

Damit erweist sich das Vorbringen der Klägerin von vornherein als unerheblich. Selbst wenn sie mit dem FC D._____ im September 2015 (oder danach) eine Einigung erzielt bzw. das Fahrzeug im Sommer 2016 tatsächlich an diesen ausgeliefert haben sollte, würde es nach dem Gesagten bei der subjektiven Unmöglichkeit ihrer Leistungserfüllung bleiben. Ob dies eine anfängliche (bereits im Vertragsabschlusszeitpunkt bestehende) oder eine nachträgliche (erst später eintretende) Unmöglichkeit war, kann offen bleiben; die Rechtsfolgen sind jeweils dieselben (vgl. dazu oben, E. IV.2).

E. 11

Folgt man der wohl herrschenden Meinung, wonach sich die subjektive Unmöglichkeit nach Art. 97 bzw. Art. 119 OR richtet, so stellt sich die Frage, ob diese von der Klägerin zu verantworten war, in welchem Fall Art. 97 OR (mit einem Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht nach Art. 107 i.V.m. Art. 109 OR analog) anwendbar wäre, oder ob die Unmöglichkeit eine unverschuldete war, in welchem Fall Art. 119 OR einschlägig wäre; nach einer seit längerem vertretenen Lehrmeinung würde dagegen sowohl im einen wie auch im anderen Fall ein Verzugsrück-

- 16 - trittsrecht bestehen (vgl. dazu oben, E. IV.2). Die Beweislast für das Verschuldenserfordernis, welches nach ersterer Auffassung über die Anwendbarkeit von Art. 97 bzw. Art. 119 OR entscheidet, obliegt dem Schuldner, der zu beweisen hat, dass ihm – bzw. seinen Hilfspersonen (Art. 101 OR) – keinerlei Verschulden zur Last fiel (sog. Exkulpationsbeweis; vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 61; SCHWENZER, a.a.O., N 64.10; GUHL/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, § 31 N 10

f.; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMEMEGGER, a.a.O., N 2612). Die Klägerin hat weder vor erster Instanz noch im Beschwerde- verfahren dargelegt, inwiefern sie an der jedenfalls zwischen Oktober 2012 bis September 2015 bestehenden Unmöglichkeit, dem FC D. _____ ein mit der Wer- bung der Beklagten versehenes Fahrzeug auszuliefern, kein Verschulden treffen soll. Damit misslingt ihr der Exkulpationsbeweis. Folglich kam der Beklagten ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht zu – entweder nach Art. 97 i.V.m. Art. 107/109 OR analog oder direkt nach den Regeln über den Schuldnerverzug. Eine Nach- fristansetzung war von vornherein nicht erforderlich (Art. 108 Ziff. 1 OR analog). Dieses Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht – sowie die Entbehrlichkeit einer Nach- fristansetzung – entfiel nach dem Gesagten selbst dann nicht, wenn die Ver- tragserfüllung aufgrund einer (behaupteten) Einigung zwischen der Klägerin und dem FC D. _____ wieder möglich geworden sein sollte (Fiktion der fortdauernden Unmöglichkeit; vgl. oben, E. IV.8-10).

E. 12

Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, sie sei bereits mit Schreiben vom 11. Januar 2016 (act. 16/9) vom Vertrag zurückgetreten (act. 17 Rz. 7), wäh- rend sich die Klägerin auf den Standpunkt stellte, ein solcher Rücktritt sei erst mit Schreiben vom 22. Juni 2016 (act. 16/13) erfolgt (act. 15 Rz. 4 f., Prot. VI S. 11 f.). Wie die Vorinstanz (allerdings im Zusammenhang mit einer allfälligen einver- nehmlichen Vertragsauflösung) zutreffend ausführte, kann das Schreiben der Be- klagten vom 11. Januar 2016, mit welchem sie mangels Einigung zwischen der Klägerin und dem FC D. _____ eine Rückvergütung der bereits geleisteten ersten Rate verlangt hatte, nach dem Vertrauensprinzip nur dahingehend verstanden werden, dass die Beklagte unwiderruflich vom Vertrag zurücktreten bzw. diesen kündigen wollte (act. 30 S. 7). Namentlich durfte die Klägerin nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass die Beklagte bloss eine einstweilige Raten-

- 17 - rückerstattung begehrte, jedoch nach wie vor bereit war, am Vertrag festzuhalten und diese Rate unter dem bestehenden Vertrag alsbald wieder auszubezahlen, falls sich die Klägerin in Zukunft dennoch mit dem FC D. _____ einigen würde. Zwar bot sie der Klägerin an, dass diese die Beklagte in einem solchen Fall kon- taktieren könne und alsdann der "weitere Verlauf" besprochen würde. Hierbei handelt es sich jedoch bloss um eine (bedingte) Einladung zur Offertstellung für den möglichen Abschluss eines neuen Vertrages (hiervon schien im Übrigen auch die Klägerin auszugehen; vgl. ihr Schreiben vom 22. Januar 2016 [act. 16/10, in fine]). Ein von dieser Auslegung abweichendes, übereinstimmendes tatsächliches Verständnis der fraglichen Willenserklärung (vgl. Art. 18 OR) wurde nicht behaup- tet. Folglich ist davon auszugehen, dass die Beklagte den Vertrag mit Schreiben vom 11. Januar 2016 kündigte.

E. 13

Es trifft zwar zu, dass diese Kündigung lange nach Eintritt der Unmöglichkeit erfolgte. Dass darin ein Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) erblickt werden müsste, der zu einer Verwirkung des einst begründeten Rücktritts- bzw. Kündi- gungsrechts geführt hätte, hat die Klägerin weder behauptet, noch ist solches er- sichtlich. Namentlich hatte die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung bzw. bei Rückforderung der ersten Rate keine Kenntnis von der (behaupteten) Einigung zwischen der Klägerin und dem FC D. _____. Umgekehrt dürfte sich vielmehr die Klägerin nicht darauf berufen, es sei zwischen dem Eintritt der Unmöglichkeit und der Kündigung viel Zeit verstrichen, da sie – obschon "unter Vorbehalt"

– die erste Rate wie gefordert zurückbezahlt hat. Welchen Sinn eine solche Rückzahlung haben sollte, wenn der Vertrag nicht aufgelöst worden wäre, bliebe jedenfalls unerfindlich.

E. 14

Nach dem Gesagten konnte die Beklagte entschädigungslos vom Vertrag zurücktreten bzw. diesen kündigen, was sie mit Schreiben vom 11. Januar 2016 auch getan hat. Damit erlosch ihre Pflicht zur Leistung des vereinbarten Entgelts. Dass in der Folge ein neuer Vertrag abgeschlossen worden wäre, hat weder die Klägerin noch die Beklagte behauptet. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist in der Sache abzuweisen.

- 18 -

E. 15

Damit kann letztlich offen bleiben, ob die von der Klägerin ebenfalls beanstandete (vgl. act. 27 S. 5, 8 f.) Eventualbegründung der Vorinstanz (act. 30 S. 11 f.), wonach es sich bei Ziffer 15 der AGB (act. 4/3 S. 2) um eine Schadenspauschalierung handle und die Klägerin insofern nur vom Nachweis der quantitativen Höhe des tatsächlichen Schadens, nicht aber vom Nachweis des Bestandes eines solchen überhaupt entbunden sei, zutrifft oder ob die vertragliche Beweislastumkehr nicht eher eine umfassende sein sollte (d.h. auch in Bezug auf den Bestand von Schaden überhaupt gelten sollte), oder ob schliesslich diese Klausel nicht vielmehr als (unechte) Konventionalstrafe, als Wandelpön (Art. 160 Abs. 3 OR) oder als Reurecht/-geld (Art. 158 Abs. 3 OR) zu qualifizieren wäre (vgl. hierzu A. KOLLER, a.a.O., N 80.02 ff., 82.10 ff., WOLFER, Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, 2012, N 10 ff., 46 ff.). V.

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