

# **SO\_GERICHTE ZKBES.2021.105 vom 2. November 2021**

SO Obergericht, 2021-11-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBES.2021.105](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBES.2021.105)

FR: SO\_GERICHTE ZKBES.2021.105 du 2 novembre 2021

IT: SO\_GERICHTE ZKBES.2021.105 del 2 novembre 2021

## **Regeste**

Art. 404 Abs. 1 und 2 OR, Art. 8 UWG, Art. 19 und 20 OR. Ein Vertrag für einen Maturalehrgang kann jederzeit gekündigt werden. Auch wenn wegen einer unverschuldeten Krankheit gekündigt wird, erfolgt diese Kündigung zur Unzeit und der Kündigende wird schadenersatzpflichtig. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe in der Höhe des gesamten Schulgeldes ist zulässig und verstösst nicht gegen die zwingende jederzeitige Kündigung des Auftrags. Der Vertrag für einen Maturalehrgang ist kein Konsumentenvertrag. Die Vereinbarung der Konventionalstrafe ist weder unlauter nach Art. 8 UWG noch unverbindlich nach Art. 19 und 20 OR.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Beschwerdegegner wendet gegen den als Rechtsöffnungstitel vorgelegten Schulvertrag ein, er habe diesen gekündigt. Zwischen den Parteien umstritten ist, ob trotz dieser Kündigung das gesamte Schulgeld geschuldet bleibt, wie dies in den AGB der Beschwerdeführerin für eine Kündigung nach Kursbeginn statuiert ist. Der Vorderrichter ging in seiner Entscheidung zunächst von Art. 404 Abs. 2 OR aus, wonach bei der Kündigung eines Auftrages zur Unzeit der zurücktretende Teil zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet ist. Sodann nahm er Bezug auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2019. Dort habe sich die Auftraggeberin in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zur Bezahlung des gesamten Schulgeldes verpflichtet, auch wenn sie die Schule nicht beenden könne. Daraufhin sei sie krank geworden und habe die Schule abbrechen müssen. Das Bundesgericht habe festgehalten, dass auch bei Unterrichtsverträgen immer dann eine unzeitige Kündigung vorliege, wenn die Auftraggeberin dazu keinen Anlass gegeben habe. Dies gelte auch, wenn die Auftraggeberin kein Verschulden am Kündigungsgrund treffe. Die Frage, ob Art. 8 UWG auf Unterrichtsverträge anwendbar sei, habe das Bundesgericht nicht geprüft, da es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gehandelt habe. Darauf ging der Vorderrichter auf die Urteilsbesprechung von Benjamin Camavdic ein (BGer 4A\_275/2019: Krankheit der Auftraggeberin als wichtiger Grund des Widerrufs?, AJP/PJA 2/2020 S. 236 ff.). Dieser argumentiere, die Kündigung wegen der Krankheit des Auftraggebers erfolge nicht zur Unzeit. Analog zu anderen Vertrags- und Dauerschuldverhältnissen müsse eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich sein, wenn den Auftraggeber kein Verschulden treffe und es ihm nicht zumutbar sei, an den Vertrag gebunden zu bleiben. Camavdic habe weiter die Auffassung vertreten, Schulverträge seien als Konsumentenverträge zu qualifizieren, womit die AGB gemäss Art. 8 UWG zu überprüfen seien. Eine Konventionalstrafe in der gesamten Höhe des Schulgeldes würde seiner Auffassung nach zu einem Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten führen, da es dem jederzeitigen und zwingenden Widerrufsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR

widerspreche. Somit halte diese Klausel Art. 8 UWG nicht stand. Selbst wenn aber die Konsumentenstellung verneint würde, sei eine entsprechende Klausel subjektiv und objektiv ungewöhnlich und halte der verdeckten Inhaltskontrolle basierend auf Art. 19 und 20 OR nicht stand. Daraus folgerte der Vorderrichter, vorliegend sei zwar in den AGB festgehalten, dass bei einer Kündigung «grundsätzlich die volle Schulgebühr» geschuldet bleibe. Diese Formulierung lasse vermuten, dass es sich nicht um eine abschliessende Regelung handle. Selbst ein Auftraggeber, der die gesamten AGB durchlese, könnte daher zumindest von einer gewissen Kulanz der Gläubigerin ausgehen, dies insbesondere in Fällen, in welchen ihn selber auch kein Verschulden am Kündigungsgrund treffe. Schliesslich wäre die AGB-Klausel wegen Art. 8 UWG respektive Art. 19 und 20 OR allenfalls unverbindlich.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, das Richteramt missverstehe die Urteilsbesprechung von Camavdic, der nicht die Rechtslage an sich kritisiere, sondern nur einzelne Erwägungen des Bundesgerichts. Zudem ziele dessen Kritik auch auf die «konkrete Klausel» ab, ohne allgemein die Rechtmässigkeit von Konventionalstrafen zu hinterfragen. In dem vom Bundesgericht beurteilten Einzelfall hätte es sich möglicherweise um einen Konsumentenvertrag handeln können. Camavdic stütze in keiner Weise die Ansicht des Richteramtes, dass sämtliche Schulverträge Konsumentenverträge darstellten. Der vom Gesuchsgegner abgeschlossene Schulvertrag stehe im Zusammenhang mit beruflichen und gewerblichen Zwecken und schliesse somit die Annahme eines Konsumentenvertrages aus. Er könne deshalb nicht den Schutz des Konsumenten nach Art. 8 UWG beanspruchen. Auch ein Verstoss gegen Art. 19 und 20 OR sei abwegig.

Selbst wenn der Gesuchsgegner als Konsument angesehen werde, komme Art. 8 UWG nicht zur Anwendung, da die AGB lauter seien. In dem von Camavdic besprochenen Entscheid habe die Vorinstanz (gemeint ist das Obergericht des Kantons Zürich als Vorinstanz des Bundesgerichts) festgehalten, dass selbst bei einer Annahme der Konsumenteneigenschaft die betreffende Ziffer nicht unlauter sei. Den effektiven, auf alle Schüler anteilmässig zu verteilenden Kosten stehe das Schulgeld gegenüber, das zur Deckung der nicht rückgängig zu machenden Dispositionen bestimmt sei. Es liege somit kein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien vor. Camavdic widerspreche dieser Ansicht nicht und habe den bundesgerichtlichen Entscheid im Ergebnis nicht angezweifelt, sondern nur einzelne Teile der Begründung. Das Richteramt Thal-Gäu habe sich mit diesen Ausführungen in keiner Weise auseinandergesetzt, sondern habe nach der Feststellung, dass es sich um einen Konsumentenvertrag handle, die Prüfung der Zulässigkeit der Klausel beendet. Damit habe es das rechtliche Gehör verletzt.

Die Ausführungen des Richteramtes, dass die Klausel es offenlasse, ob die Beschwerdeführerin einseitig auf die Geltendmachung der Konventionalstrafe verzichten könne, sei eine nicht abschliessende Regelung und entsprechend bestehe gar kein Anspruch auf eine Konventionalstrafe, sei irreführend. Offensichtlich sei von der Kulanz kein Gebrauch gemacht worden, weshalb die Argumentation des Richteramtes fehlgeleitet sei. Es liege eine gültig vereinbarte Konventionalstrafe vor.

Das Richteramt argumentiere, dass gemäss Camavdic eine Konventionalstrafe dem jederzeitigen und zwingenden Widerspruchsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR widerspreche.

Art. 402 Abs. 2 OR (recte Art. 404 Abs. 2 OR) behandle jedoch das Recht auf Schadenersatz bei einer Kündigung zur Unzeit. Würde man der Argumentation des Richteramtes folgen, so wäre faktisch jede Anwendung von Art. 402 Abs. 2 OR (recte Art. 404 Abs. 2 OR) ausgeschlossen. Dies widerspräche allerdings der Systematik des Gesetzes sowie der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die eine Konventionalstrafe bei einer Kündigung zur Unzeit vorsähen, ohne dass das jederzeitige und zwingende Widerrufsrecht damit verletzt würde. Es verwundere, dass das Richteramt Thal-Gäu diesbezüglich eine klare Mindermeinung vorbringe. Das Obergericht Zürich stelle zudem fest, dass aus systematischer Hinsicht das Gesetz auch bei anderen Vertragstypen selbst bei Vorliegen von wichtigen Gründen eine Entschädigungspflicht derjenigen Partei vorsehe, die den Vertrag nicht einhalten könnte. Futter/Galli/Vischer folgten der Auffassung des Obergerichts Zürich. Sie kritisierten Camavdic für die Wahl des zitierten Vertragstypus. Eine dortige vorzeitige Kündigung schliesse finanzielle Konsequenzen per se nicht aus, was selbst Camavdic in seiner Urteilsbesprechung bestätige. Dementsprechend nähmen sie ebenfalls aus systematischer Hinsicht eine verschuldensunabhängige Entschädigungspflicht bei einer Kündigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR an (Andrea Futter / Dario Galli / Markus Vischer, Unterrichtsvertrag: Entschädigungspflicht bei Kündigung zur Unzeit, in: dRSK, 25. März 2020, Rz 13).

### **E. 3**

Der Beschwerdegegner trägt dagegen vor, es sei ihm aus gesundheitlichen Gründen seit dem 17. August 2020 nicht mehr möglich gewesen, die Privatschule zu besuchen. Dies werde durch das ärztliche Zeugnis bestätigt. Aus diesem Grund sei er auch gezwungen gewesen, von seinem jederzeitigen Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR Gebrauch zu machen und den Schulvertrag mit Einschreiben vom 4. September 2020 per sofort zu kündigen. Die AGB der Beschwerdeführerin würden zwingendes Bundesrecht verletzen. Das jederzeitige Kündigungsrecht dürfe vertraglich weder wegbedungen noch eingeschränkt werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_437/2008 vom 10. Februar 2009, E. 1.4.). Hingegen sei eine Kündigung immer dann gerechtfertigt und müsse ohne Schadenersatzfolgen möglich sein, wenn ein sachlich vertretbarer Grund vorliege, wobei die gesamten Umstände eine Rolle spielten (BSK OR 1-Weber, Art. 404 N 14). Sollte die entsprechende AGB-Klausel nicht gegen das zwingende jederzeitige Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR verstossen, so sei die entsprechende Bestimmung der AGB eventualiter missbräuchlich und daher unlauter im Sinne von Art. 8 UWG. Beim vorliegenden Schulvertrag handle es sich sehr wohl um einen Konsumentenvertrag. Es werde bestritten, dass die Vorinstanz die Urteilsbesprechung von Camavdic falsch verstanden habe. Der vorliegende Sachverhalt sei praktisch identisch wie derjenige im besprochenen Entscheid 4A\_275/2019 vom 29. August 2019. Camavdic argumentiere in seiner Urteilsbesprechung, dass beim Abschluss des Schulvertrags «von einer Entscheidung betreffend Existenzgründung auszugehen» und «die Beschwerdeführerin somit als Konsumentin zu qualifizieren» sei, «was auch die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG» eröffne. Zusammenfassend halte er fest, dass «die Gerichte Krankheit als wichtigen Grund auf Seiten des Auftraggebers akzeptieren» sollten und «die Beschwerdeführerin als Konsumentin zu qualifizieren» sei, «wodurch die Bestimmung der AGB einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle nach Art. 8 UWG nicht standgehalten hätte» und selbst auch durch «die obligationenrechtliche Kontrolle für nichtig erklärt werden müsste». Diese Ausführungen gälten mutatis mutandis auch für den vorliegenden Fall.

Eine AGB-Klausel gelte nämlich als missbräuchlich, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursache (BSK UWG-Thouvenin, Art. 8 N 36). Dies sei vorliegend der Fall. Der einzige Sinn und Zweck der Klausel sei, das zwingende jederzeitige Kündigungsrecht eines Schulvertrags gemäss Art. 404 Abs. 1 OR auszuhebeln. Die Kündigungsklausel bestehe mit anderen Worten nur deshalb, um der Beschwerdeführerin einen eigenen Vorteil einzuräumen, um trotz einer gerechtfertigten Kündigung des Schulvertrags durch die Vertragspartner nicht auf einen Teil der Schulgebühren verzichten zu müssen. Die Beschwerdeführerin führe aus, selbst wenn der Beschwerdegegner Konsumenteneigenschaft habe, sei die entsprechende AGB-Klausel nicht unlauter, da das aufzubringende Schulgeld den nicht rückgängig zu machenden Dispositionen gegenüberstehe. Dem sei zusätzlich entgegenzuhalten, dass es der Beschwerdeführerin nicht ansatzweise gelinge, den behaupteten Schaden nachzuweisen. Es entspreche der Natur der Sache, dass die angebotenen Kurse nicht immer von der gleichen Anzahl Schüler besucht würden.

Schliesslich missverstehe die Beschwerdeführerin das Urteil der Vorinstanz.

Das vorinstanzliche Urteil äussere sich nicht dahingehend, dass eine Konventionalstrafe dem jederzeitigen und zwingenden Widerrufsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR widerspreche, was faktisch jede Anwendung von Art. 402 Abs. 2 OR ausschliesse.

Vielmehr halte sie einzig fest, dass eine Konventionalstrafe deswegen nicht gültig habe vereinbart werden können, weil die entsprechende AGB-Klausel einer Überprüfung gemäss Art. 8 UWG (und Art. 19 f. OR) nicht standhalte.

4.1 Der Beschwerdegegner hat sich in dem von ihm unterzeichneten Schulvertrag zur Bezahlung von 24 monatlichen Raten zu CHF 1440.00 verpflichtet. Weiter hat er mit seiner Unterschrift bestätigt, dass er die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend AGB) der Beschwerdeführerin gelesen und verstanden hat. Nach VI. Ziffer 1 ist die Kündigung des Vertrages jederzeit möglich. In VI. 3.1 wird festgehalten, dass bei einer Kündigung durch den Kursteilnehmer grundsätzlich die volle Schulgebühr geschuldet bleibt. Wird bis 30 Tage vor Kursantritt gekündigt, so wird nach Ziffer 3.2 lediglich eine Bearbeitungsgebühr in der Höhe von 10 % der Schulgebühren in Rechnung gestellt. Bei einer Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt findet V./3.1 (recte VI/3.1) Anwendung, d. h., es bleibt grundsätzlich die volle Schulgebühr geschuldet.

4.2 Der Beschwerdegegner wendet gegen den Einbezug der AGB in den Schulvertrag ein, er habe keine tatsächliche Kenntnis des Inhalts der AGB erlangt. Vielmehr seien diese bloss global übernommen worden, indem er sich mit seiner Unterschrift mit der Geltung einverstanden erklärt habe. Dies reicht indessen für eine Übernahme aus, zumal der Beschwerdegegner die Darstellung der Beschwerdeführerin, die AGB hätten die Rückseite des abgeschlossenen Schulvertrages gebildet und diese seien darüber hinaus auf ihrer Webseite jederzeit einsehbar, nicht bestreitet. Es ist demnach von einer grundsätzlichen Geltung der AGB der Beschwerdeführerin auszugehen.

5.1 Dem Urteil 4A\_275/2019 des Bundesgerichts vom 29. August 2019 lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Eine Studentin hatte einen Vertrag für eine sechssemestrige Ausbildung abgeschlossen. Darin wurde bestimmt, dass das Schulgeld auch verfallend sei, falls die Studentin die Schule unabhängig von ihrem Verschulden nicht beende. Als Beispiel für eine unverschuldete vorzeitige Beendigung der Ausbildung wurde im Vertrag ausdrücklich der Fall von Krankheit erwähnt. Nach drei absolvierten Semestern an der Hotelfachschule

brach die Studentin die Ausbildung aus gesundheitlichen Gründen ab. Die Schule machte klageweise das verbleibende Schulgeld geltend.

5.2 Das Bundesgericht führte in seiner Entscheidung aus, nach seiner Rechtsprechung setze die Annahme eines unzeitigen Widerrufs durch die Studentin voraus, dass die Beauftragte - wie bei jedem anderen Auftragsverhältnis - dazu keinen begründeten Anlass gegeben habe und die Vertragsauflösung für die Beauftragte hinsichtlich des Zeitpunkts und der von ihr getroffenen Dispositionen nachteilig sei. Es präzisierte sodann, dass ein begründeter Anlass («juste motif») nicht bereits gegeben sei, wenn die zurücktretende Partei kein Verschulden an ihrem Kündigungsgrund treffe, sondern erst, wenn sie den Vertrag aus einem Grund kündige, welcher der anderen Partei vorzuwerfen sei, insbesondere wenn deren Verhalten das Vertrauensverhältnis zerrüttet habe. Eine Auftragskündigung aus einem der Risikosphäre der zurücktretenden Partei zuzuschreibenden Grund könne nie ein «juste motif/motif sérieux» darstellen. Vielmehr sei hierfür gefordert, dass die nicht zurücktretende Partei der anderen Partei einen Anlass für deren Rücktritt setze. Die gesetzgeberische Interessenabwägung bezwecke nach ständiger Rechtsprechung, die vertragstreue Partei für die erlittenen Nachteile des unzeitigen Vertragsrücktritts zu entschädigen, solange sie hierfür keinen begründeten Anlass gegeben habe.

5.3 Benjamin Camavdic will in seiner Urteilsbesprechung aufzeigen, dass die Sichtweise des Bundesgerichtes zumindest fragwürdig ist (BGer 4A\_275/2019: Krankheit der Auftraggeberin als wichtiger Grund des Widerrufs?, AJP/PJA 2/2020 S. 236). Er erachtet es als angebracht, dass die Krankheit der Studentin einen wichtigen Widerrufsgrund zur Relativierung der Unzeit im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR darstellt (a.a.O., S. 237). Im Ergebnis bedeutet dies nichts anderes, als dass beim Vorliegen eines unverschuldeten Widerrufsgrundes wie namentlich einer Krankheit, die Entschädigungspflicht aus Kündigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR entfallen soll. Genau diese Folgerung hat das Bundesgericht in oben erwähnten Entscheidung explizit abgelehnt (Andrea Futter / Dario Galli / Markus Vischer, Unterrichtsvertrag: Entschädigungspflicht bei Kündigung zur Unzeit, in: dRSK, publiziert am 25. März 2020). Der Beschwerdegegner beruft sich auf den Basler Kommentar. Dort wird zur Auflösung, die nicht zur Unzeit erfolgt, vertreten, eine Kündigung sei immer dann gerechtfertigt, wenn ein sachlich vertretbarer Grund vorliege, wobei die gesamten Umstände eine Rolle spielten (David Oser / Rolf H. Weber in Heinrich Honsell et al. [Hrsg.]: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Basel 2020, Art. 404 N 14). Jedoch herrscht in der Lehre keine Einigkeit darüber, ob eine durch Krankheit objektiv begründete unzeitige Auftragskündigung eine Schadenersatzpflicht auslösen kann (Philipp Haberbeck, Schadenersatz bei schuldloser und zeitiger Auftragskündigung?, in: Newsletter

#### **E. 4**

Mit Urteil vom 30. August 2021 wies der Amtsgerichtspräsident das Rechtsöffnungsbegehren ab und verpflichtete die Gesuchstellerin zur Bezahlung der Gerichtskosten von CHF 400.00 sowie einer Parteientschädigung von CHF 1'627.10 an den Gesuchsgegner.

##### **E. 4.1**

Der Beschwerdegegner hat sich in dem von ihm unterzeichneten Schulvertrag zur Bezahlung von 24 monatlichen Raten zu CHF 1'440.00 verpflichtet. Weiter hat er mit seiner Unterschrift bestätigt, dass er die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend AGB) der Beschwerdeführerin gelesen und verstanden hat. Nach VI. Ziffer 1 ist die

Kündigung des Vertrages jederzeit möglich. In VI. 3.1 wird festgehalten, dass bei einer Kündigung durch den Kursteilnehmer grundsätzlich die volle Schulgebühr geschuldet bleibt. Wird bis 30 Tage vor Kursantritt gekündigt, so wird nach Ziffer 3.2 lediglich eine Bearbeitungsgebühr in der Höhe von 10 % der Schulgebühren in Rechnung gestellt. Bei einer Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt findet V./3.1 (recte VI/3.1) Anwendung, d. h., es bleibt grundsätzlich die volle Schulgebühr geschuldet.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdegegner wendet gegen den Einbezug der AGB in den Schulvertrag ein, er habe keine tatsächliche Kenntnis des Inhalts der AGB erlangt. Vielmehr seien diese bloss global übernommen worden, indem er sich mit seiner Unterschrift mit der Geltung einverstanden erklärt habe. Dies reicht indessen für eine Übernahme aus, zumal der Beschwerdegegner die Darstellung der Beschwerdeführerin, die AGB hätten die Rückseite des abgeschlossenen Schulvertrages gebildet und diese seien darüber hinaus auf ihrer Webseite jederzeit einsehbar, nicht bestreitet. Es ist demnach von einer grundsätzlichen Geltung der AGB der Beschwerdeführerin auszugehen.

#### **E. 5**

Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchstellerin (von nun an auch: Beschwerdeführerin) am 13. September 2021 frist- und formgerecht Beschwerde an das Obergericht und verlangte die Aufhebung des angefochtenen Urteils und wiederholte im Übrigen ihre bei der Vorinstanz gestellten Anträge.

#### **E. 5.1**

Dem Urteil 4A\_275/2019 des Bundesgerichts vom 29. August 2019 lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Eine Studentin hatte einen Vertrag für eine sechssemestrige Ausbildung abgeschlossen. Darin wurde bestimmt, dass das Schulgeld auch verfalle, falls die Studentin die Schule unabhängig von ihrem Verschulden nicht beende. Als Beispiel für eine unverschuldete vorzeitige Beendigung der Ausbildung wurde im Vertrag ausdrücklich der Fall von Krankheit erwähnt. Nach drei absolvierten Semestern an der Hotelfachschule brach die Studentin die Ausbildung aus gesundheitlichen Gründen ab. Die Schule machte klageweise das verbleibende Schulgeld geltend.

#### **E. 5.2**

Das Bundesgericht führte in seiner Entscheidung aus, nach seiner Rechtsprechung setze die Annahme eines unzeitigen Widerrufs durch die Studentin voraus, dass die Beauftragte - wie bei jedem anderen Auftragsverhältnis - dazu keinen begründeten Anlass gegeben habe und die Vertragsauflösung für die Beauftragte hinsichtlich des Zeitpunkts und der von ihr getroffenen Dispositionen nachteilig sei. Es präzisierte sodann, dass ein begründeter Anlass («juste motif») nicht bereits gegeben sei, wenn die zurücktretende Partei kein Verschulden an ihrem Kündigungsgrund treffe, sondern erst, wenn sie den Vertrag aus einem Grund kündige, welcher der anderen Partei vorzuwerfen sei, insbesondere wenn deren Verhalten das Vertrauensverhältnis zerrüttet habe. Eine Auftragskündigung aus einem der Risikosphäre der zurücktretenden Partei zuzuschreibenden Grund könne nie ein «juste motif/motif sérieux» darstellen. Vielmehr sei hierfür gefordert, dass die nicht zurücktretende Partei der anderen Partei einen Anlass für deren Rücktritt setze. Die gesetzgeberische Interessenabwägung bezwecke nach ständiger Rechtsprechung, die vertragstreue Partei für die erlittenen Nachteile des unzeitigen Vertragsrücktritts zu entschädigen, solange sie hierfür keinen begründeten Anlass gegeben habe.

### **E. 5.3**

Benjamin Camavdic will in seiner Urteilsbesprechung aufzeigen, dass die Sichtweise des Bundesgerichtes zumindest fragwürdig ist (BGer 4A\_275/2019: Krankheit der Auftraggeberin als wichtiger Grund des Widerrufs?, AJP/PJA 2/2020 S. 236). Er erachtet es als angebracht, dass die Krankheit der Studentin einen wichtigen Widerrufsgrund zur Relativierung der Unzeit im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR darstellt (a.a.O., S. 237). Im Ergebnis bedeutet dies nichts Anderes, als dass beim Vorliegen eines unverschuldeten Widerrufsgrundes wie namentlich einer Krankheit, die Entschädigungspflicht aus Kündigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR entfallen soll. Genau diese Folgerung hat das Bundesgericht im oben erwähnten Entscheid explizit abgelehnt (Andrea Futter / Dario Galli / Markus Vischer, Unterrichtsvertrag: Entschädigungspflicht bei Kündigung zur Unzeit, in: dRSK, publiziert am 25. März 2020). Der Beschwerdegegner beruft sich auf den Basler Kommentar. Dort wird zur Auflösung, die nicht zur Unzeit erfolgt, vertreten, eine Kündigung sei immer dann gerechtfertigt, wenn ein sachlich vertretbarer Grund vorliege, wobei die gesamten Umstände eine Rolle spielten (David Oser / Rolf H. Weber in Heinrich Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Basel 2020, Art. 404 N 14). Jedoch herrscht in der Lehre keine Einigkeit darüber, ob eine durch Krankheit objektiv begründete unzeitige Auftragskündigung eine Schadenersatzpflicht auslösen kann (Philipp Haberbeck, Schadenersatz bei schuldloser und zeitiger Auftragskündigung?, in: Newsletter

### **E. 6**

Der Gesuchsgegner (von nun an auch: Beschwerdegegner) beantragte in seiner Beschwerdeantwort vom 27. September 2021 die Abweisung der Beschwerde, u.K.u.E.F.

### **E. 7**

Oktober 2019, Rz 3). Dennoch vertritt auch Philipp Haberbeck «im Einklang mit dem Bundesgericht, der wohl herrschenden Lehre und dem Obergericht des Kantons Zürich» die Auffassung, dass die den Auftrag zur Unzeit kündigende Partei nach Art. 404 Abs. 2 OR grundsätzlich auch dann schadenersatzpflichtig wird, wenn sie die unzeitige Kündigung ohne eigenes Verschulden ■ z.B. wegen Krankheit ■ ausgesprochen hat (a.a.O., Rz 17). Benjamin Camavdic steht mit seiner Meinung zwar nicht alleine. Dennoch sieht das Obergericht des Kantons Solothurn keinen Anlass, von der klaren Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die auch von gewichtigen Stimmen aus der Lehre und Praxis mitgetragen wird, abzuweichen. Somit erfolgt auch eine Kündigung wegen Krankheit des Auftraggebers zur Unzeit und begründet nach Art. 404 Abs. 2 OR einen Schadenersatzanspruch.

6. Für den Fall einer Kündigung zur Unzeit beansprucht die Beschwerdeführerin gestützt auf die AGB eine Konventionalstrafe in der Höhe der vollen Schulgebühr. Eine Konventionalstrafe ist grundsätzlich zulässig, wenn diese für den Fall einer Auftragsbeendigung zur Unzeit vereinbart wird (David Oser / Rolf H. Weber, a.a.O., Art. 404 N 13). Auch gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, für den Fall eines Widerrufs zur Unzeit im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR eine Konventionalstrafe vorzusehen (Urteil 4A\_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.4). Die Konventionalstrafe bezweckt, die Gläubigerin vom Nachweis eines Schadens zu befreien (BGE 109 II 462, E. 4.a). Der Einwand des Beschwerdegegners, dass die Konventionalstrafe in der Höhe des gesamten Schulgeldes gegen die zwingende jederzeitige Kündbarkeit des Auftrags nach Art. 404 Abs. 1 OR verstösst, geht damit fehl. Weiter ist festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin auf eine Schuldanerkennung des Beschwerdegegners beruft. Sie verlangt eine provisorische

Rechtsöffnung. Für eine materielle Beurteilung einer Schadensersatzforderung nach Art. 404 Abs. 2 OR besteht damit weder Raum noch Anlass. Die Beschwerdeführerin hat sich in ihren AGB für den Fall einer Kündigung nach Beginn des Kurses einen Anspruch auf die volle Schulgebühr ausbedungen. Es steht ihr wie bei jedem anderen Recht frei, dieses auszuüben und geltend zu machen oder darauf zu verzichten. Die Formulierung bzw. die Vereinbarung ist trotz des Wortes «grundsätzlich» abschliessend und klar. Die Parteien haben für den Fall einer Kündigung zu Unzeit vereinbart, dass eine Konventionalstrafe gefordert werden kann und damit bereits im Voraus geregelt, welchen Schadenersatzanspruch die beauftragte Schule geltend machen kann. Für einen allfälligen Schadenersatzanspruch aufgrund eines Widerrufs zur Unzeit kann denn auch Rechtsöffnung erteilt werden, wenn eine Schuldanerkennung in Form einer Konventionalstrafe vorliegt (Daniel Staehelin: Adrian Staehelin et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basel 2010, Art. 82 N 129).

### **E. 7.1**

Weiter bleibt zu prüfen, ob die in den AGB der Beschwerdeführerin statuierte Konventionalstrafe gegen Art. 8 UWG verstösst. Nach dieser Bestimmung handelt insbesondere unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Fraglich ist insbesondere, ob ein Konsumentenvertrag vorliegt, wie dies die Vorinstanz gestützt auf die Urteilsbesprechung von Benjamin Camavdic stillschweigend angenommen hat. In den Begriffsbestimmungen des Schweizer Rechts und der RL 93/13/EWG finden sich vier Elemente, anhand derer der Konsumentenbegriff definiert wird: die natürliche Person, der übliche Verbrauch, die Bestimmung für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse und/oder der fehlende Zusammenhang zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit sowie das Anbieten der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit (Florent Thouvenin in: Reto M. Hilty et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013, Art. 8 N 81). Das Merkmal des üblichen Verbrauchs wird indessen in Note 83 sogleich wieder fallen gelassen. Florent Thouvenin befürwortet es, die Konsumenten als natürliche Personen zu verstehen, die zu persönlichen oder familiären Zwecken Verträge schliessen, nicht jedoch zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken (a.a.O. N 84).

### **E. 7.2**

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 4A\_275/2019 befunden, es stelle keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar, ob die Beschwerdeführerin den Schutz einer Konsumentin im Sinne von Art. 8 UWG erfahre. Dementsprechend äusserte sich das Bundesgericht nicht zum Konsumentenbegriff des Art. 8 UWG. Das Obergericht des Kantons Zürich, dessen Urteil vom 2. Mai 2019 (NP180028-O/U) diesem bundesgerichtlichen Entscheid zugrunde lag, ging gestützt auf die Lehre davon aus, grundsätzlich sei ein Konsument eine natürliche Person, die zu privaten - und nicht zu beruflichen und gewerblichen - Zwecken handle. Das Bundesgericht habe im Zusammenhang mit dem Konsumkreditgesetz (KKG, SR 221.214.1) entschieden, dass eine Person, die einen Kredit zur Finanzierung eines Studiums aufnehme, kein Konsument im Sinn von Art. 3 KKG sei, weil der Zweck des Kreditvertrages der beruflichen und gewerblichen Tätigkeit

zuzurechnen sei (BGE 139 III 201, E. 2.5 mit zahlreichen Hinweisen). In der Literatur werde denn auch ausdrücklich festgehalten, dass trotz Fehlens einer allgemeinen Konsumentendefinition das KKG mit dem UWG in einem funktionalen Zusammenhang stehe, weshalb der Konsumentenbegriff des UWG mit dem in Art. 3 KKG verwendeten Konsumentenbegriff vergleichbar sei. Aus diesen Gründen falle die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG bereits deshalb ausser Betracht, weil die Beklagte gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 3 KKG nicht als Konsumentin im Sinn von Art. 3 KKG und folglich auch nicht als Konsumentin im Sinn von Art. 8 UWG gelten könne.

### **E. 7.3**

Benjamin Camavdic argumentiert demgegenüber, die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes seien bei der Auslegung von Art. 8 UWG zu berücksichtigen, da man sich bei dessen Erlass bewusst an die RL 93/13/EWG angelehnt habe. Thouvenin erweitere dies etwas und nenne auch die Umsetzung der RL 93/13/EWG in den EU-Mitgliedstaaten als Auslegungshilfe. Der europäische Gerichtshof sei dabei zum Ergebnis gekommen, dass die RL 93/13/EWG grundsätzlich auch auf eine Bildungseinrichtung anwendbar sein könne. Darüber hinaus differenziere der Deutsche Bundesgerichtshof (BGH) zwischen Handlungen, welche die Existenz begründen, und Handlungen, welche lediglich eine Entscheidung betreffend Existenzgründung darstellten. Solange sich Handlungen einzig auf die Entscheidungsfindung betreffend die Existenzgründung bezögen, seien diese noch dem privaten Bereich zuzuordnen. Seines Erachtens sei die Ausbildung der Beschwerdeführerin als Entscheidungsfindung zu definieren. Die Ausbildung solle die spätere Entscheidung, ob die Beschwerdeführerin überhaupt in dieser Branche arbeiten möchte, ermöglichen. Das Argument des Obergerichts, wonach der Vertrag abgeschlossen worden sei, «um ihr berufliches Fortkommen zu verbessern und allenfalls ein höheres Einkommen zu erzielen» überzeuge nicht. Nicht jede Aus- und Weiterbildung werde aufgrund von Einkommensinteressen in Angriff genommen. Für den Fall, dass jemand eine Weiterbildung in seinem bisherigen Tätigkeitsgebiet absolviere, sei seines Erachtens klar von einem beruflichen Fortkommen zu sprechen und die Weiterbildung der beruflichen Sphäre zuzuordnen. Bei der Beschwerdeführerin handle es sich jedoch um eine Quereinsteigerin, weshalb, der Rechtsprechung des BGH folgend, von einer Entscheidung betreffend Existenzgründung auszugehen sei. Die Beschwerdeführerin sei somit als Konsumentin zu qualifizieren, was auch die Anwendbarkeit des Art.

### **E. 7.4**

Die Ausführungen von Benjamin Camavdic überzeugen nicht. Vorab relativiert Florent Thouvenin seine vorangegangenen Ausführungen selbst und erklärt, die Bestimmungen der RL 93/13/EWG und die Rechtsprechung des EuGH könnten nicht unbesehen auf das Schweizer Recht übertragen werden (a.a.O., N 76). Weiter lässt sich aus dem Umstand, dass die RL 93/13/EWG grundsätzlich auf eine Bildungseinrichtung anwendbar sein kann, kaum etwas für den Konsumentenbegriff nach Art. 8 UWG ableiten. Weiter kann die Differenzierung zwischen Handlungen, welche die Existenz begründen, und Handlungen, welche lediglich eine Entscheidung betreffend Existenzgründung darstellten, nicht einfach auf einen Schulvertrag übertragen werden. Die Sachlage war bei dem vom BGH entschiedenen Fall eine wesentlich andere (Urteil III ZR 295/06 vom 15. November 2007). Dort ging es um den Widerruf eines Haustürgeschäftes, bei dem eine Abgrenzung von

Unternehmer- und Verbraucherhandeln vorzunehmen war. Ein Steuerberater hatte sein Honorar für einen Bericht, der die steuerliche Situation der Auftraggeberin, die sich als Mitinhaberin eines Fitness-Studios selbständig machen wollte, «beleuchten» und der insbesondere der Erlangung von Fördermitteln dienen sollte, eingeklagt. Hier wurde der Auftrag (noch) nicht dem unternehmerischen, sondern dem privaten Bereich zugeordnet, weil die getroffene Massnahme, d.h. der Auftrag, noch nicht Bestandteil der Existenzgründung selbst gewesen war, sondern sich im Vorfeld einer solchen bewegte. Folglich akzeptierte das Gericht einen wirksamen Widerruf des Auftrags durch die Beklagte. Demgegenüber hat das Bundesgericht in BGE 139 III 201 entschieden, dass eine Kreditaufnahme zur Finanzierung eines Studiums der beruflichen und gewerblichen Tätigkeit zuzurechnen sei. Umso mehr muss dies für den Abschluss eines Vertrages für einen Maturalehrgang gelten. Mit einer Matura wird eine höhere Ausbildung angestrebt, um das berufliche Fortkommen zu verbessern. Nach der schweizerischen Lehre und Praxis steht der Abschluss des vorliegenden Schulvertrages somit im Zusammenhang mit beruflichen und gewerblichen Zwecken. Damit sind die Annahme eines Konsumentenvertrages und damit eine Lauterkeitsprüfung nach Art.

#### **E. 8**

Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines Konsumentenvertrages gestützt auf die Urteilsbesprechung von Benjamin Camavdic stillschweigend bejaht. Die Beschwerdeführerin rügt zu Recht, dass die Vorinstanz keine Prüfung vorgenommen hat, ob ihre AGB tatsächlich ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten zum Nachteil des Beschwerdegegners begründen. Nach den obenstehenden Erwägungen erübrigt sich eine solche Prüfung, da nicht von einem Konsumentenvertrag auszugehen ist. Anzuführen bleibt, dass Benjamin Camavdic das Missverhältnis gerade deshalb bejaht, weil der Verfall des gesamten Schulgeldes faktisch das jederzeitige und zwingende Widerrufsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR beeinträchtigt. Es wurde indessen bereits aufgezeigt, dass es zulässig ist, für den Fall eines Widerrufs zur Unzeit im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR eine Konventionalstrafe vorzusehen. Letztlich beruht damit die Argumentation von Benjamin Camavdic bloss auf seiner Ausgangsthese, dass ein Widerruf des Auftrags aufgrund eines wichtigen Grundes keinen Schadensersatzanspruch begründen soll. Wie die reichhaltige Rechtsprechung im Übrigen zeigt, sind Klauseln, wie die vorliegend zu beurteilende, in Ausbildungsverträgen keineswegs ungewöhnlich.

#### **E. 9**

Schliesslich steht noch eine Unverbindlichkeit nach Art. 19 und 20 OR im Raum. Im Urteil des Bundesgerichts 4A\_141/2011 vom 6. Juli 2011 war über eine Beschwerde gegen einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern vom 10. Dezember 2010 zu befinden. Dieses war als Vorinstanz zum Schluss gekommen, die von den Parteien getroffene Abrede, wonach das bezahlte Schulgeld bei einseitiger Vertragsbeendigung durch den Schüler nach Kursbeginn nicht zurückerstattet werde, sei wirksam. Das Luzerner Obergericht begründete dies damit, dass sich beide Seiten mit dem Vertragsabschluss auf eine bestimmte Dauer eingerichtet hätten, was auf jeden Fall dem zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR entgegenstehe. Das Bundesgericht liess offen, ob diese Begründung willkürlich ist, da das vorinstanzliche Ergebnis auch bundesrechtskonform begründet werden konnte. So führt es aus, bei einem Unterrichtsvertrag sei der Widerruf in der Regel unzeitig, wenn er mitten im Semester erfolge. Gemäss seiner Rechtsprechung sei es sodann zulässig, für den Fall eines

Widerrufs zur Unzeit im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR eine Konventionalstrafe vorzusehen. Nebst einer positiven Leistung könne als Konventionalstrafe auch ein Rechtsverlust vereinbart werden. Damit hat das Bundesgericht eine Abrede, wie die vorliegend zu beurteilende, ausdrücklich als bundesrechtskonform bezeichnet. Damit scheidet eine Nichtigkeit nach Art. 19 und 20 OR aus. Der Wirksamkeit des vom Beschwerdegegner unterzeichneten Schulvertrages und seiner AGB steht somit nichts entgegen. Für die volle Schulgebühr von CHF 34'560.00, die bei einer Kündigung zur Unzeit geschuldet bleibt, liegt damit eine Schuldanerkennung vor.

#### **E. 10**

Die Beschwerdeführerin verlangt weiter Rechtsöffnung für drei Mahngebühren von je CHF 25.00 für die Mahnungen der Einschreibgebühr sowie der ersten und der zweiten Rate (Gesuchsbeilagen 5 - 7). Sie kann sich dafür auf Ziffer V./4 der AGB stützen. Die Mahnungen datieren zwar vom gleichen Tag. Wieso die Beschwerdeführerin nicht jede der drei Rechnungen einzeln hätte mahnen dürfen, ist weder ersichtlich noch dargetan. Für die Mahngebühren von total CHF 75.00 ist ebenfalls provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

#### **E. 11**

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin Verzugszinsen zu 5 % seit dem 25. Oktober 2020 auf dem Gesamtbetrag von CHF 34'635.00 geltend. Nach Ziffer IV. und V./5 wird die volle Schulgebühr fällig, wenn sich der Vertragspartner mit mindestens zwei Raten im Verzug befindet. Wie soeben aufgezeigt, wurde der Beschwerdegegner per 25. Oktober 2020 für den Gesamtbetrag von CHF 34'635.00 in Verzug gesetzt (Gesuchsbeilage 8).

#### **E. 12**

Bei dieser Sachlage ist die Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Der Beschwerdeführerin ist die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von CHF 400.00 sowie diejenigen des Verfahrens vor Obergericht von CHF 750.00 dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Dieser hat der Beschwerdeführerin zudem für beide Instanzen eine Parteientschädigung auszurichten. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Kostennote, die sie beim Obergericht eingereicht hat, lediglich den Aufwand für das Beschwerdeverfahren aufgeführt. Der Aufwand und die Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist deshalb nach pflichtgemäsem Ermessen zu schätzen. Die eingereichte Beschwerde geht auf das angefochtene Urteil ein und zeigt auch auf, inwiefern dieses als fehlerhaft erachtet wird. Dies ändert indessen nichts daran, dass die Beschwerde in vielen Teilen mit dem eingereichten Rechtsöffnungsgesuch identisch ist. Der für das Beschwerdeverfahren neu erforderliche Aufwand war daher doch recht begrenzt. Trotzdem beläuft sich die Honorarnote der Beschwerdeführerin auf CHF 4'515.50 (inkl. Auslagen und MwSt.). Aufschlussreich ist stets ein Vergleich mit der Kostennote des Gegenanwalts. Der Beschwerdegegner hat bei der Vorinstanz eine Honorarnote von CHF 1'627.10 (inkl. Auslagen und MwSt.) geltend gemacht, vor Obergericht eine solche von CHF 1'833.80 (inkl. Auslagen und MwSt.). Der Vorderrichter hat bereits den bei ihm geltend gemachten Betrag als eher hoch bezeichnet. Dem ist beizustimmen. Der für das Rechtsmittelverfahren erforderliche Aufwand ist in der Regel geringer. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, für die Beschwerdeführerin eine einheitliche Parteientschädigung für beide Instanzen festzusetzen und diese pauschal auf total CHF 3'500.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bemessen.

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