

# ZH\_OBERGERICHT NP160042 vom 25. April 2017

ZH Obergericht, 2017-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP160042](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP160042)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP160042 du 25 avril 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT NP160042 del 25 aprile 2017

## Erwägungen

### E. 1.1

Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ist Inhaberin der Ein- zelfirma C.\_\_\_\_\_ Beauty A.\_\_\_\_\_ und betreibt u.a. in Zürich-... ein Kosmetikstu- dio. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) war seit 2009 Kundin bei der Beklagten. Zwischen 2009 und 2013 schlossen die Parteien insgesamt sechs Verträge betreffend kosmetische Behandlungen. Von Interesse sind vorlie- gend ein Vertrag vom 30. September 2011 betreffend ein Figurbehandlungspro- gramm für die Jahre 2015 und 2016 für CHF 9'000.- (act. 5/9; von der Vorinstanz als Körperbehandlungsvertrag bezeichnet) sowie ein Vertrag vom 17. Dezember 2013 betreffend "Gesichtsbehandlung und MCS 2x pro Monat" für die Jahre 2014- 2016 für CHF 5'180.- (act. 5/11). Die Klägerin bezahlte die in den Verträgen ge- nannten Behandlungskosten jeweils im Voraus. Für die sechs Verträge bezahlte sie der Beklagten insgesamt CHF 41'580.-. Der zuletzt erwähnte Gesichtsbehandlungsvertrag wurde für die Beklagte von deren Angestellten D.\_\_\_\_\_ abgeschlossen. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu Differenzen. In diesem Zusammenhang schaltete die Klägerin im Frühling 2015 auch ihre Rechtsschutzversicherung ein.

- 4 - Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe mit Schreiben vom 15. Juni 2015 die Erbringung weiterer Leistungen nachweislich verweigert. Sie fordert die Rückzahlung der nicht mehr beziehbaren, aber bereits bezahlten Leistungen aus beiden Verträgen pro rata für die Zeit vom 15. Juni 2015 bis zum 31. Dezember 2016. Die Beklagte bestreitet die Forderung.

### E. 1.2

Am 27. November 2015 gelangte die Klägerin unter Einreichung von Kla- gebewilligung und Klageschrift ans Einzelgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (act. 1 und 2). Nebst der Forderung auf Rückerstattung der nicht mehr beziehba- ren Leistungen in der Höhe von CHF 9'599.45 zuzüglich Zins verlangte sie auch, dass die Beklagte unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB zum Rückzug der gegen die Klägerin angehobenen Betreibungen zu verpflichten sei. Nach Eingang des einverlangten Prozesskostenvorschusses und der Stellungnahme der Beklag- ten fand am 14. März 2016 die Hauptverhandlung statt. Mit Urteil vom 29. August 2016 hiess das Einzelgericht die Klage mit Bezug auf die Rückerstattungsforderung im Wesentlichen gut (mit einer minimalen Kor- rektur beim Zinsenlauf). Mit Bezug auf die Verpflichtung zum Rückzug der Betrei- bungen unter Strafandrohung wies es die Klage ab (act. 20).

### E. 1.3

Während die Klägerin das Urteil akzeptierte, führte die Beklagte dagegen innert Frist mit Eingabe vom 21. November 2016 Berufung (act. 23). Die vor- instanzlichen Akten wurden

beigezogen. Der Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren in der Höhe von CHF 1'700.– wurde auf erste Aufforderung hin geleistet (act. 29).

## **E. 2**

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, was voraussetzt, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen

- 5 - Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (DIKE ZPO-HUNGERBÜHLER/BUCHER, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 311 N 42). Sind die Anforderungen an die Begründung erfüllt, überprüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Dabei kann sich die Berufungsinstanz abgesehen von offensichtlichen Mängeln aber darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A\_635/2015, Urteil vom 21. Juni 2015 E. 5, m.H. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 5A\_141/2014 vom 28. April 2014 E. 2.4; BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4 m.w.H.; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A., Zürich 2015, Art. 310 N 5 f.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, a.a.O., Art. 310 N 6).

## **E. 3**

Die Beklagte beantragt mit ihrer Berufung ausdrücklich die vollumfängliche Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Abweisung der Klage. Der Begründung ihres Rechtsmittels ist hingegen zu entnehmen, dass sie sich lediglich gegen das vorinstanzliche Urteil wendet, soweit sie darin zur Rückerstattung der Geldleistungen an die Klägerin verpflichtet wird. Betreffend die Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens (Verpflichtung zum Rückzug der Betreibungen unter Strafandrohung) wäre sie auch gar nicht beschwert. Es erübrigt sich daher, darauf wie auch auf die weiteren, inhaltlich nicht beanstandeten Punkte im Berufungsverfahren näher einzugehen.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz ist in ihrem Urteil davon ausgegangen, dass es sich bei den interessierenden Behandlungsverträgen um entgeltliche Auftragsverhältnisse und damit um vollkommen zweiseitige Verträge handelt (act. 20 S. 19 f.). Dies wird zu

- 6 - recht von keiner Partei in Frage gestellt. Mit Bezug auf den Figurbehandlungsvertrag vom 30. September 2011 (im angefochtenen Urteil als Körperbehandlungsvertrag bezeichnet) hat die Vorinstanz ausgeführt, es sei belegt, dass die Beklagte spätestens am

15. Juni 2015 ausdrücklich ihre vertragliche Leistung verweigert habe, was als Leistungsstörung und antizipierte Vertragsverletzung zu qualifizieren sei. In analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR sei die Klägerin daher berechtigt gewesen, die Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR auszuüben, was sie mit Schreiben ihrer Rechtsschutzversicherung vom 8. Juni 2015 auch getan und mit Schreiben vom 19. Juni 2015 bestätigt habe (act. 20 S. 23-27). Sollte die Klägerin den Körperbehandlungsvertrag am 5. Juni 2015 mündlich gekündigt haben, würde dies zum gleichen Resultat - Aktualisierung der (Rück-)Abwicklungspflichten und Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche - führen, da in casu sachlich gerechtfertigte Gründe für die Vertragsauflösung vorlägen und die Kündigung auch nicht zur Unzeit erfolgt sei. Im Ergebnis stehe der Klägerin somit ein Anspruch auf Rückzahlung des pro rata bereits Bezahlten in der Höhe von Fr. 6'397.50 zu (act. 20 S. 27-29). Mit Bezug auf den Gesichtsbehandlungsvertrag vom 17. Dezember 2013 hat die Vorinstanz erwogen, die schriftliche Mitteilung der Beklagten vom 15. Juni 2015 würde einer Leistungsstörung bzw. Verweigerung der Leistung gleichkommen, wenn der Vertrag nicht bereits vorher von der Klägerin gekündigt worden wäre. Letzteres sei mit Schreiben der Rechtsschutzversicherung vom 8. Juni 2015 geschehen, worin der Beklagten mitgeteilt worden sei, dass die Klägerin den Vertrag so rasch als möglich auflösen wolle und der Klägerin die Vertragsfortsetzung nicht mehr zuzumuten sei, weil das Vertrauen zur Beklagten gestört sei und die Behandlungen u.a. an sensiblen Stellen wie im Gesicht ausgeführt würden. Der Umstand, ob die Kündigung am 8. Juni 2015 oder, wie von der Beklagten behauptet, am 5. Juni 2015 erfolgt sei, würde an der Rechtsfolge, der Rückabwicklung des Vertrages nichts ändern, weshalb es nicht erforderlich sei, über die behauptete mündliche Kündigung des Gesichtsbehandlungsvertrages am 5. Juni 2015 Beweis zu erheben. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Körperbehandlungsvertrag ausgeführt, seien die Rechtsfolgen bei einer Leistungsverweigerung der Beklagten und bei einer Kündigung des Vertrages durch die Klägerin die glei-

- 7 - chen. Im Ergebnis bestehe auch beim Gesichtsbehandlungsvertrag ein Rückforderungsanspruch zugunsten der Klägerin in der Höhe von Fr. 2'661.95 gegenüber der Beklagten, welcher sich entweder aus der Argumentation der Klägerin (Leistungsstörung) oder der Beklagten (Kündigung) herleite (act. 20 S. 31-33).

#### **E. 4.2**

Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, mit ihrem Urteil Art. 58 ZPO verletzt, den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, Art. 107 OR verletzt und in Verletzung von Art. 8 ZGB kein Beweisverfahren über den strittigen Inhalt des Körperbehandlungsvertrags vom 30. September 2011 durchgeführt zu haben (act. 23 S. 3, 7, 10 ff.).

#### **E. 5.1**

Art. 58 OR regelt in seinem Absatz 1 die Dispositionsmaxime. Diese besagt, dass das Gericht an die Parteianträge gebunden ist und einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als diese verlangt, aber auch nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. Die Beklagte macht dazu geltend, die Vorinstanz habe ihr Urteil gestützt auf angebliche Tatsachenbehauptungen gefällt, die von der Klägerin gar nie aufgestellt resp. sogar bestritten worden seien (act. 23 S. 7, 10 ff.). Damit spricht die Beklagte nicht die Dispositionsmaxime an, sondern die in Art. 55 ZPO geregelte Verhandlungsmaxime, wonach es Sache der Parteien ist, dem Gericht das Tatsächliche ihres Rechtsstreites

beizubringen. Die unrichtige Berufung auf Art. 58 ZPO schadet der Beklagten jedoch nicht. Mit Bezug auf den Gesichtsbehandlungsvertrag rügt die Beklagte, die Klägerin habe sowohl in der Klagebegründung als auch anlässlich der Hauptverhandlung ausdrücklich bestritten, die Verträge resp. den Gesichtsbehandlungsvertrag gekündigt zu haben. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Berufungsbe- klagte mit Schreiben ihrer Rechtsschutzversicherung vom 8. Juni 2015 den Ge- sichtsbehandlungsvertrag gekündigt hätte, sei daher nicht zulässig (act. 23 S. 10). Unstreitig ist vorliegend, dass das vorinstanzliche Verfahren der Verhand- lungsmaxime unterstand; die in Art. 247 Abs. 1 ZPO für das vereinfachte Verfah- ren vorgesehene verstärkte gerichtliche Fragepflicht blieb wegen der anwaltlichen

- 8 - Vertretung beider Parteien ohne Bedeutung (BSK ZPO-MAZAN, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 247 N 19). Gilt die Verhandlungsmaxime und wurde eine Tatsache in den Prozess eingebracht, so ist es gleichgültig, welche Partei sie vorgetragen hat. Eine Ausnahme gilt nur für Tatsachen, welche der Prozessgegner vorbringt, die aber von derjenigen Partei bestritten werden, welche dafür die Behauptungslast trägt. In diesem Fall gilt die Tatsache als nicht behauptet und ist nicht zu berück- sichtigen (GULDENER, Beweis und Beweiswürdigung, Zürich 1955, S. 21; BRÖNNI- MANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilpro- zessrecht, Bern 1989, S. 37 f.; WALTER, in: Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 183; MEIER, Die Be- hauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereini- gten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivil- prozessordnung, Basel 2015, S. 64). Zu behaupten sind Tatsachen, keine Rechtsbegriffe und auch keine Rechts- folgen. Denn Rechtsanwendung ist Sache des Gerichts (Art. 57 ZPO). Dass die Kündigung des Gesichtsbehandlungsvertrages spätestens am 8. Juni 2015 aus- gesprochen worden sei, hat die Vorinstanz daraus geschlossen, dass die Klägerin der Beklagten mit Schreiben ihrer Rechtsschutzversicherung vom 8. Juni 2015 mitteilte, sie wolle den Vertrag so rasch als möglich auflösen und der Klägerin sei die Vertragsfortsetzung nicht mehr zuzumuten (act. 20 S. 32). Diese Tatsachen- behauptungen hat zwar nicht die Klägerin, wohl aber die Beklagte vorgetragen und dazu auch auf das im Übrigen von beiden Parteien als Beweismittel einge- reichte Schreiben der Rechtsschutzversicherung verwiesen (act. 16 S. 7). Vor Vorinstanz hat die Klägerin den von der Beklagten vorgetragenen Inhalt des Schreibens der Rechtsschutzversicherung nicht in Abrede gestellt (Prot. I S. 6 ff.). Dass die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren erklärt hat, es sei falsch, dass sie den Gesichtsbehandlungsvertrag gekündigt habe, ist daher als Äusserung einer Rechtsauffassung nicht massgebend, weil sie das massgebende Schreiben nicht bestritten hat. Ohnehin ist möglich, dass sie sich mit dieser Äusserung lediglich auf die von der Beklagten behauptete mündliche Kündigung am 5. Juni 2015 be- zogen hat. Darauf deuten zumindest ihre Ausführungen in der Replik hin (Prot. I S. 6).

- 9 -

## **E. 5.2**

Eine andere Frage ist, ob daraus auf eine Kündigung des Gesichtsbehand- lungsvertrags geschlossen werden darf. Bei einer Kündigung handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das durch ein einseitiges Rechtsgeschäft ausgeübt wird. Mit Rücksicht auf die Auswirkungen für den Vertragspartner - die Rechtslage wird einseitig umgestaltet - ist entscheidend, ob der Empfänger die Erklärung nach den damaligen Umständen als Beendigung des Vertragsverhältnisses ex nunc verste- hen durfte und musste (BGer, 4C.308/2004; E. 3.2,

4A\_556/2012, E. 4.2 u. 4.4). Nachträgliche Parteierklärungen über den Sinn einer Willenserklärung sind bei deren Auslegung nach dem Vertrauensprinzip unbeachtlich (BGE 133 III 61, E. 2.2.2.2; 4A\_556/2012, E. 4.4). Entscheidend ist, wie die Beklagte das Schreiben der Rechtsschutzversicherung vom 8. Juni 2015, die Klägerin wolle den Vertrag so rasch als möglich auflösen und der Klägerin sei die Vertragsfortsetzung nicht mehr zuzumuten, verstand resp. verstehen durfte und musste. Die Beklagte bringt dazu vor, im Schreiben der Rechtsschutzversicherung werde weder im Be- treff noch im Text erwähnt, dass mit diesem Schreiben die Kündigung des Ge- sichtsbehandlungsvertrages ausgesprochen werden solle, es werde lediglich er- wähnt, dass der Klägerin die Vertragsfortsetzung nicht zugemutet werden könne. Mit dieser Feststellung allein sei noch keine Kündigung ausgesprochen. An die Feststellung reihe sich ein Vergleichsvorschlag. Es werde vorgeschlagen, dass die Klägerin auf jegliche Behandlung bei der Beklagten verzichte, und ein Vor- schlag sei nicht gleichzusetzen mit einer tatsächlich ausgesprochenen Kündigung (act. 23 S. 11). Die Kündigung bedarf inhaltlich keiner besonderen Form. Die Erklärung muss auch nicht als Kündigung bezeichnet werden. Mit den Erklärungen im Schreiben vom 8. Juni 2015, sie wolle den Vertrag so rasch als möglich auflösen, der Klägerin sei die Vertragsfortsetzung nicht mehr zuzumuten, konnte die Be- klagte ohne weiteres erkennen, dass die Klägerin den Gesichtsbehandlungsver- trag aufheben wollte, auch wenn einzuräumen ist, dass der Beendigungswille noch klarer hätte ausgedrückt werden können. Die Beklagte verstand das Schrei- ben auch als Kündigung resp. Erklärung der Klägerin, den Vertrag zu beenden. In ihrem Antwortschreiben vom 15. Juni 2017 hielt sie nämlich ausdrücklich Folgen- des fest: "Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 8. Juni 2015 und nehme zur

- 10 - Kenntnis; dass Frau B.\_\_\_\_\_ durch Sie Ihr Vertrag mit uns vom 30. 09.2011 und 17.12.2013 mit Frau D.\_\_\_\_\_ kündigt" (act. 5/16). Auf diese Äusserungen hat die Klägerin vor Vorinstanz bereits in ihrer Klagebegründung hingewiesen (act. 1 S. 6), und beide Parteien haben auch das entsprechende Schreiben ins Recht ge- legt (act. 5/16 = act. 10/2). Bei dieser Sachlage ist, wie die Vorinstanz im Ergebnis richtig erkannt hat, von einer Kündigung resp. einem Widerruf (s. Art. 404 OR) des Gesichtsbehandlungsvertrages durch die Klägerin auszugehen. Ausgehend von der Kündigung bzw. dem Widerruf hat die Vorinstanz einen Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung ihres pro rata bereits Bezahlten bejaht. Sie ist davon ausgegangen, dass die Klägerin die "Rückabwicklung" erst per 15. Juni 2015 beantrage und hat mit Blick auf die dreijährige Vertragsdauer den Rückerstattungsanspruch mit Fr. 2'661.95 errechnet (act. 20 S. 33 i.V. mit S. 28 f.). Kündigung und Widerruf führen zu einer Vertragsbeendigung ex nunc. Zukünftige Leistungspflichten erlöschen, und das für die Zukunft bereits Geleiste- te kann zurückgefordert werden. Erfolgt der Widerruf oder die Kündigung zur Un- zeit, ist der zurücktretende Teil zum Ersatz des dem anderen verursachten Scha- dens verpflichtet (Art. 404 Abs. 2 OR). Die Bestimmung stellt kein Verbot unzeiti- ger Vertragsauflösung dar. Widerruf und Kündigung sind auch zur Unzeit wirk- sam. Die Beklagte hat vor Vorinstanz weder Schadenersatz verlangt (auch nicht verrechnungsweise) noch eine Vertragsauflösung zur Unzeit behauptet. Es erüb- rigt sich daher, näher auf Art. 404 Abs. 2 OR und den von der Vorinstanz bejahten wichtigen Grund der Klägerin für die Vertragsauflösung einzugehen.

### **E. 5.3**

Seitens der Parteien ist anerkannt und durch die eingereichten Urkunden belegt, dass vom Gesichtsbehandlungsvertrag vom 17. Dezember 2013 zwei Versionen existieren. Beide Vertragsexemplare legen eine dreijährige Laufzeit fest, nennen den selben Preis (Fr. 5'180.–) und enthalten die Bezeichnung Ge- sichtsbehandlung und MCS 2x pro Monat, wobei das Exemplar der Beklagten, nicht jedoch das dasjenige der Klägerin, mit dem Zusatz je 48x versehen ist. Wie es zu den unterschiedlichen Versionen des Gesichtsbehandlungsvertrages kam, wird von den Parteien unterschiedlich geschildert, ist aber vorliegend ohne Be- lang. Hat die Beklagte eine Irrtumsanfechtung innert Frist gegenüber der Klägerin

- 11 - unterlassen, muss sie den von ihrer Angestellten D.\_\_\_\_\_ mit der Klägerin abge- schlossenen Vertrag gegen sich gelten lassen (Art. 32 OR). Massgebend ist des- halb der Gesichtsbehandlungsvertrag ohne den Zusatz je 48x. Dies hat die Vor- instanz richtig erkannt, und dies wird auch von der Beklagten nicht in Frage ge- stellt. Die Beklagte wendet ein, wenn sie den von ihrer Angestellten D.\_\_\_\_\_ ab- geschlossenen Vertrag gegen sich gelten lassen müsse, sei zu beachten, dass im Vertragsexemplar der Klägerin lediglich von einer Gesichtsbehandlung (nicht im Plural) und MCS 2x pro Monat die Rede sei. Bei einer Laufzeit von drei Jahren habe die Klägerin lediglich Anspruch auf 73 Behandlungen, nämlich 1 Gesichts- behandlung und 72 MCS-Behandlungen, was auch den auf dem Vertrag stehen- den Betrag von CHF 5'180.– (1x CHF 130.– und 72 x CHF 70.–) erkläre; die Diffe- renz von CHF 10.– sei einem Rechnungsfehler geschuldet. Es sei unbestritten geblieben, dass die Klägerin per 15. Juni 2015 bereits 50 Gesichtsbehandlungen bezogen habe. Da sie viel mehr Behandlungen bezogen habe, als ihr nach dem Vertrag überhaupt zustehe, entfalle auch ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin (act. 23 S. 19). Dass die Klägerin bei einer Laufzeit von drei Jahren aus diesem Vertrag le- diglich Anspruch auf 73 Behandlungen habe, nämlich auf 1 Gesichtsbehandlung und 72 MCS-Behandlungen, behauptet die Beklagte in der Berufung zum ersten Mal. Noch in ihrer Klageantwort bzw. Stellungnahme (act. 16 S. 8) hat sie explizit erklärt, dass die Klägerin gemäss diesem Vertrag Anspruch auf je zwei Gesichts- behandlungen und zwei MCS-Behandlungen pro Monat für die Behandlungsdauer von Januar 2014 bis Dezember 2016 hätte, insgesamt auf 144 Behandlungen (36 Monate à 4 Behandlungen). Dieses vor Vorinstanz vertretene Vertragsver- ständnis erweist sich als zutreffend. Es macht keinerlei Sinn, für einen dreijähri- gen Vertrag in einem Kosmetikstudio nur gerade eine einzige Gesichtsbehand- lung zu vereinbaren. Von solchem ist die Beklagte auch vorprozessual nie ausge- gangen, wie ihre bei den Akten liegende Korrespondenz zeigt. In ihrem Schreiben an ihre Angestellte D.\_\_\_\_\_ hat sie unter Bezugnahme auf den Vertrag vom 17. Dezember 2013 ausgeführt, die Klägerin habe bis Ende des Jahres 2016

- 12 - (4x pro Woche) 78 Gesichts- und 78 Körperbehandlungen - insgesamt 156 Be- handlungen - mit ihr schriftlich abgeschlossen. Für C.\_\_\_\_\_ Beauty habe D.\_\_\_\_\_ etwas anderes geschrieben. Gemäss dem Vertrag der Beklagten habe D.\_\_\_\_\_ der Klägerin 96 Gesichts- und Körperbehandlungen verkauft (je 48) (act. 5/13). Die total 156 Behandlungen bzw. je 78 Gesichts- und Körperbehandlungen, wel- che die Beklagte erwähnt, stimmen zwar auch nicht genau mit dem Vertragstext überein, sie dürften einem Rechnungsfehler geschuldet sein. Das Schreiben zeigt aber deutlich, dass auch aus Sicht der Beklagten vertraglich jeweils gleich viele Gesichtsbehandlungen wie MCS-Behandlungen vereinbart waren. Dies wird wie- derum durch den Zusatz je 48x auf dem abgeänderten Vertragsexemplar bestä- tigt.

#### **E. 5.4**

Die Klägerin hat bis zum 15. Juni 2015 50 Gesichtsbehandlungen bezogen. Vor Vorinstanz hat sie das nicht nur nicht bestritten, sondern ausdrücklich selber vorgetragen (act. 1 S. 9). Hatte sie aber Anspruch auf insgesamt 144 Behandlungen und bezog nur deren 50, hat sie zufolge Widerrufs des Auftrags einen Rück- erstattungsanspruch, da sie ihre Leistung bereits vollständig im voraus erbracht hat. Von einem mit dem Widerruf des Auftrags einhergehenden Verzicht auf alle weiteren Behandlungen (und damit auch einem Verzicht auf die Rückzahlung des Geleisteten, so wohl die sinngemäss Argumentation der Beklagten vor Vor- instanz), kann im Übrigen keine Rede sein.

#### **E. 5.5**

Zu beachten ist zudem Folgendes. Wäre aus prozessualen oder materiellen Gründen nicht von einem Widerruf (Kündigung) des Gesichtsbehandlungsvertrags auszugehen, würde sich der Rückerstattungsanspruch der Klägerin aus Art. 107 ff. OR ergeben. In ihrem Schreiben vom 15. Juni 2015 hat die Beklagte ausdrücklich festgehalten, für diese Unstimmigkeiten (gemeint: im Zusammen- hang mit den unterschiedlichen Versionen des Gesichtsbehandlungsvertrags vom 17. Dezember 2013) habe sie schon eine Rechtsvertretung engagiert, und da es sich offenbar um Betrug handle, könne daraus noch ein strafrechtlicher Prozess werden. Bis sich die Sache rechtlich geklärt habe, müsse sie alle weiteren Be- handlungen leider stoppen (act. 5/16). Bereits die Vorinstanz hat darin zu recht eine Verweigerung der Leistung bzw. eine antizipierte Vertragsverletzung erkannt.

- 13 - Die Beklagte hält dem entgegen, wenn die Klägerin im Schreiben vom 8. Juni 2015 ausführe, dass ihr die Vertragsfortsetzung nicht zugemutet werden könne, könne in ihrem Schreiben vom 15. Juni 2015 keine antizipierte Vertragsverletzung begründet sein (act. 23 S. 13). Die Beklagte übersieht dabei aber, dass die Vor- instanz die antizipierte Vertragsverletzung und deren Rechtsfolgen ihrem Urteil im Sinne einer Eventualbegründung zur Kündigung zugrunde gelegt hat. Das ist selbstredend zulässig und führt nicht dazu, dass das Schreiben der Beklagten anders zu verstehen wäre. Wird die Leistung, die grundsätzlich noch möglich wäre, nicht erbracht, ist dies unter den Sondertatbestand des Verzugs zu subsumieren. Ist die Leistung im Zeitpunkt der Verweigerung noch nicht fällig, berechtigt dies den Gläubiger, in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR und Art. 107 Abs. 2 OR die dort vor- gesehenen Wahlrechte auszuüben. Die Beklagte rügt, die Klägerin sei nicht nach Art. 107 OR vorgegangen und behaupte dies auch im Prozess nicht. Vielmehr mache sie, ohne dies allerdings zu begründen und zu substantiieren, eine Scha- denersatzforderung nach Art. 97 OR infolge angeblichen Vertragsbruchs geltend. Richtig ist, dass die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren die Leistungs- verweigerung der Beklagten fälschlicherweise unter die Rechtsnorm von Art. 97 OR anstatt unter Art. 107 OR subsumiert hat. Dies ist aber irrelevant (Art. 57 ZPO). In ihrer Rechtsschrift hat die Klägerin die Leistungsverweigerung der Beklagten beschrieben und auf die Korrespondenz der Rechtsschutzversiche- rung mit der Beklagten hingewiesen. Sie hat auch erwähnt, dass ihre Rechtsver- treterin mit Schreiben vom 15. Juli 2015 gegenüber der Beklagten diejenigen For- derungen für die nicht mehr beziehbaren und bereits bezahlten Leistungen gel- tend gemacht habe, welche sie auch im gerichtlichen Verfahren erhebt (act. 1 S. 6-8). Zur Forderung selbst hat sie ausgeführt, da sie ihre Leistung bis Ende 2016 schon vollumfänglich vorgeleistet habe, müsse ihre Leistung, für welche keine Gegenleistung mehr erbracht werde, zurückerstattet werden. Der durch die Nichterfüllung entstandene Schaden bestehe also im verbleibenden "Verkaufs- preis" der noch aktuellen

Verträge pro rata temporis (act. 1 S. 10).

- 14 - Im Vertragsrecht wird zwischen dem positiven und dem negativen Interesse unterschieden. Ersteres wird auch Erfüllungsinteresse, letzteres Vertrauensschaden genannt. Verzichtet der Gläubiger im Verzugsfall auf die ihm zustehende Primärleistung, kann er entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung, also das positive Interesse, verlangen oder aber vom Vertrag zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR). Diesfalls kann er die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern (Art. 109 Abs. 1 OR) und bei gegebenen Voraussetzungen zusätzlich das negative Interesse fordern (Art. 109 Abs. 2 OR). Im Zusammenhang mit ihrer Forderung infolge der Leistungsverweigerung der Beklagten spricht die Klägerin zwar vom "durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden", also vom Erfüllungsinteresse, macht aber in Wirklichkeit Ansprüche aus Rücktritt i.S. von Art. 109 Abs. 1 OR geltend, berechnet ab dem Tag der Leistungsverweigerung. Sie verlangt nämlich ihre eigene, im Voraus erbrachte Leistung für die Zeit ab dem 15. Juni 2015 bis zum 31. Dezember 2016 zurück, und fordert gerade nicht den Wert der Leistung, auf die sie verzichtet. Das wären diejenigen Aufwendungen gewesen, welche sie für den Erwerb der nicht mehr beziehbaren Kosmetikdienstleistungen anderswo hätte ausgeben müssen, d.h. die Kosten für 74 Gesichts- und MCS-Behandlungen in einem anderen Kosmetikstudio. Indem sie mit Schreiben vom 15. Juli 2015 und unter Bezugnahme auf die Leistungsverweigerung ihr Geleistetes von der Beklagten zurückgefordert hat, hat sie deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie vom Vertrag zurücktritt. Gemäss Art. 107 Abs. 2 OR muss die Verzichtserklärung unverzüglich erfolgen, da der Schuldner über das Schicksal seiner eigenen Leistungspflicht Gewissheit haben muss und zudem bei längerem Zuwarten möglichen Spekulationen des Gläubigers ausgesetzt wäre. Solches kann vorliegend ausgeschlossen werden. Da die Beklagte ihre Leistung verweigerte, erforderten die konkreten Umstände kein sofortiges Handeln der Klägerin. Massgebender Zeitpunkt für die Rückabwicklung ist nicht der Moment der Rücktrittserklärung, sondern der Zeitpunkt, an dem der Vertragsschuldner mit der Erfüllung der Dauerschuld aufgehört hat (SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg 1988, Rz. 818).

- 15 - Die Klägerin ist nach Art. 107 OR vorgegangen und hat auch die tatsächlichen Grundlagen, aus denen sich ihr Anspruch aus Art. 109 Abs. 1 OR ergibt, im erstinstanzlichen Verfahren dargelegt. Der Rückforderungsanspruch der Klägerin mit Bezug auf den Gesichtsbehandlungsvertrag lässt sich daher auch auf Art. 107 Abs. 2 i.V. mit Art. 109 Abs. 1 OR abstützen. Ob die Klägerin den Rücktritt bereits mit einem oder beiden Schreiben ihrer Rechtsschutzversicherung vom 8. und 19. Juni 2015 erklärt hat und ob sie dies, d.h. einen Rücktritt mit diesen Schreiben vor Vorinstanz rechtsgenügend behauptet hat, kann somit dahingestellt bleiben.

### **E. 5.6**

Mit Bezug auf den Körperbehandlungsvertrag ist die Vorinstanz ebenfalls davon ausgegangen, dass der Klägerin sowohl bei Vorliegen einer Leistungsstörung als auch bei Annahme einer mündlichen Kündigung am 5. Juni 2015 ein Rückerstattungsanspruch des Geleisteten pro rata temporis zustehe (act. 20 S. 23-29). Die Beklagte beanstandet nicht, dass die Vorinstanz den Rückerstattungsanspruch auf der Grundlage einer angenommenen Kündigung am 5. Juni 2015 durch die Klägerin beurteilt hat. Anders als im Zusammenhang mit dem Gesichtsbehandlungsvertrag rügt sie auch keine Verletzung der Verhandlungsmaxime. Darauf ist an sich nicht weiter einzugehen. Festzuhalten ist

immerhin, dass die entsprechende Behauptung, die Klägerin habe den Vertrag am 5. Juni 2015 mündlich gekündigt, von der Beklagten vorgetragen worden ist. Aus der Kündigung (bzw. dem Widerruf, Art. 404 OR) leitet die Beklagte bezüglich des Körperbehandlungsvertrags Rechte ab (s. act. 16 S.10). Dass die Klägerin die mündliche Kündigung bestritten hat, ist deshalb insoweit irrelevant (s. Ziff. 5.1 vorstehend).

#### **E. 5.7**

Die Leistungsstörung hinsichtlich des Körperbehandlungsvertrages hat die Vorinstanz bejaht, weil die Beklagte der Klägerin weitere Körpermassagen ohne Bezahlung verweigert habe, obschon die Klägerin ihrerseits den gesamten Abonnementsbetrag bereits bezahlt und Massagen zugute gehabt hätte (act. 20 S. 23- 25). Die Beklagte bringt vor, sie habe ausdrücklich bestritten, dass die Klägerin mit dem Vertrag vom 30. September 2011 ein Behandlungsprogramm à discretion

- 16 - erworben habe. Bei den in den Verträgen genannten Zahlungen handle es sich nicht um einen Pauschalpreis, sondern um die Anzahlung für Leistungen kosmetischer Natur, wobei zwischen den Parteien vereinbart gewesen sei, die tatsächlich von der Klägerin bezogene Anzahl der Sitzungen nach Abschluss der Behandlungsdauer per 31. Dezember 2016 gestützt auf die Preise von 2011 abzurechnen. Sie habe auch die entsprechenden Beweismittel offeriert (act. 23 S. 17, mit Verweis auf act. 16 S. 17). Bei den Leistungen kosmetischer Natur handle es sich um Körper-Wickel und Körper-Entschlackungspackungen (ASW, WBT, OSSS, SCW, CSP, Moringa, ALB, Kaviar) sowie um die Anwendung diverser Gewebemassage-Geräte (W-Cellu, LDIR, MTS). Davon zu unterscheiden seien die Massage Treatments (MT). Dass solche Massage-Treatments unter den Behandlungsvertrag fallen würden, ergebe sich aus dem Vertrag klarerweise nicht. Indem die Vorinstanz über den strittigen Inhalt des Körperbehandlungsvertrags kein Beweisverfahren durchgeführt habe, habe sie Art. 8 ZGB verletzt (act. 23 S. 15-18). Die Beklagte legt nicht dar, wo sie sich im vorinstanzlichen Verfahren zu den verschiedenen Körperbehandlungsarten und den ihrer Ansicht nach davon zu unterscheidenden Massagen (MT) geäußert hat. Ihre Ausführungen dürften neu sein. Sie zeigt auch nicht auf, dass und wo sie hinsichtlich der vom Vertrag umfassten bzw. nicht umfassten unterschiedlichen Körperbehandlungen form- und fristgerecht entsprechende Beweismittel angeboten hätte. Dies ist auch nicht ersichtlich. Ihre vor Vorinstanz genannten Beweisofferten, welche sie in der Berufung wiedergibt, haben sich auf ihre Behauptung bezogen, bei der im Vertrag genannten Zahlung von CHF 9'000.– handle es sich nicht um einen Pauschalpreis, sondern um eine blosser Anzahlung, und es sei zwischen den Parteien vereinbart gewesen, dass die tatsächlich bezogene Anzahl der Sitzungen gestützt auf die Preise von 2011 nach Vertragsablauf abgerechnet würden (act. 16 S. 9 f.). Zu den Massagen hat die Beklagte vor Vorinstanz ausgeführt, im Vertrag vom 30. September 2011 seien keine Massagen namentlich erwähnt. Die Beklagte habe Massagen bis März 2015 gar nicht im Angebot gehabt. Als sie dann im Angebot gewesen seien, habe man der Klägerin ab und zu, im Sinne von Goodwill auch solche Massagen verabreicht, aber immer mit der Absicht, ihr diese

- 17 - dann auch später zu verrechnen. Als die Klägerin Anwälte eingeschaltet habe, habe sich die Beklagte gesagt, dass sie sich strikt an diese Verträge halten würde (Prot. I S. 10). Bereits die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, die Behandlungsprotokolle würden zeigen, dass die Klägerin spätestens ab Januar 2014 Massagen erhalten habe, weshalb die Behauptung der Beklagten, Massagen habe es in Zürich erst seit März 2015 gegeben, durch

ihre eigenen Behandlungsprotokolle widerlegt sei. Massage Treatments (MT) sind sogar schon in den Behandlungsprotokollen 2013 dokumentiert (act. 5/17.2). Die Schlussfolgerung, die Klägerin habe ohne gegenteiligen Hinweis der Beklagten davon ausgehen dürfen, dass die Massagen ebenfalls unter den fraglichen Körperbehandlungsvertrag fallen, ist damit auch ohne Beweisverfahren zulässig. Was die Behauptung der Beklagten anbelangt, bei dem im Vertrag vom 30. September 2011 genannten Betrag von CHF 9'000.– handle es sich lediglich um eine Anzahlung, und zwischen den Parteien sei vereinbart gewesen, die tatsächliche bezogene Anzahl der Sitzungen gestützt auf die Preise von 2011 per 31. Dezember 2016 abzurechnen, so war und ist darüber ebenfalls kein Beweisverfahren durchzuführen. Aus Art. 8 ZGB und nunmehr Art. 152 ZPO ergibt sich der Anspruch der beweisbelasteten Partei, zur Beweisführung zugelassen zu werden. Dies gilt jedoch nur hinsichtlich tauglicher Beweismittel. Der von der Beklagten behauptete Vertragsinhalt ergibt sich aus dem Körperbehandlungsvertrag vom 30. September 2011 klarerweise nicht: Zwar sieht Ziff. 1 des Vertrags vor, C. \_\_\_\_\_ Beauty übernehme den Auftrag, mit dem Kunden eine Figurbehandlung mit einer bestimmten Anzahl Sitzungen durchzuführen. Eine Anzahl der Behandlungen wird jedoch - im Gegensatz zu den anderen Verträgen - gerade nicht festgeschrieben. Der Preis von CHF 9'000.– ist in eine Anzahlung von CHF 9'000.– mit Fälligkeitsdatum bis 21. Dezember 2011 und einen Restbetrag von CHF 0.– aufgeteilt und wird ausdrücklich unter Total CHF, ink. MWST aufgeführt. Ein Vorbehalt hinsichtlich einer späteren Abrechnung findet sich nicht. Ziff. 6 des Vertrags behält zudem für weitere Abmachungen ausdrücklich die Schriftform vor. Die Beklagte behauptet zu recht nicht, dass in den von ihr zum Beweis angerufenen Urkunden eine schriftliche Abmachung getroffen worden sei, welche den von ihr behaupteten Vertragsinhalt beweisen würde. Bei den von ihr angerufenen Ur-

- 18 - kunden handelt es sich um die übrigen vier Figurbehandlungsverträge, die lediglich eigene Vertragsbestimmungen, aber keine Abmachungen hinsichtlich des hier interessierenden Vertrags enthalten. Die angebotene Parteibefragung ist in Anbetracht der vertraglich vorbehaltenen Schriftlichkeit für zusätzliche Abmachungen zum Beweis ebenfalls untauglich. Weitere Beweise hat die Beklagte nicht offeriert. Eine Verletzung des Rechts auf Beweis ist daher nicht zu sehen, und es kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass der Körperbehandlungsvertrag die Anzahl der Behandlungen nicht festschreibt, und die Klägerin ihre Leistung - die Bezahlung von CHF 9'000.– - vollumfänglich im Voraus erbracht hat. Indem die Beklagte mit Schreiben vom 15. Juni 2015 weitere Massagen nur noch gegen Bezahlung anbot, obschon die Massagen unter den Körperbehandlungsvertrag fielen, verweigerte sie ihre vertraglich geschuldeten Leistungen, was die Klägerin berechnigte, nach den Regeln des Schuldnerverzugs vorzugehen (s. Ziff. 5.5 vorstehend).

#### **E. 5.8**

Die Beklagte ist auch hier der Ansicht, dass die Klägerin nicht nach Art. 107 OR vorgegangen sei und vor Vorinstanz auch nicht behauptete, dies getan zu haben. Dies trifft indessen nicht zu, wie bereits mit Bezug auf den Gesichtsbehandlungsvertrag dargelegt worden ist. Der Rücktritt ist spätestens mit dem Schreiben der Klägerin vom 15. Juli 2015 erklärt worden, denn die Klägerin hat unter Bezugnahme auf die Leistungsverweigerung ihr Geleistetes von der Beklagten zurückgefordert und dadurch dieser erkennbar zu verstehen gegeben, dass sie vom Vertrag zurücktritt. Die tatsächlichen Grundlagen für ihre Rückforderung pro rata temporis in der Höhe von CHF 6'937.50 hat die Klägerin im

vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen. Es braucht daher nicht erörtert zu werden, ob die Schreiben der Rechtsschutzversicherung vom 8. und oder 19. Juni 2015 als Rücktrittserklärung i.S. von Art. 107 Abs. 2 OR zu verstehen sind und ob die Klägerin einen zu diesem Zeitpunkt erfolgten Vertragsrücktritt im Prozess rechtsgenügend behauptet hat.

#### **E. 5.9**

War die Anzahl der Behandlungen vertraglich nicht beschränkt und hat die Klägerin keine Anzahlung geleistet, sondern den gesamten Preis im Voraus bezahlt, trifft es entgegen der Beklagten nicht zu, dass die Anzahlung der Klägerin

- 19 - durch die Anzahl der von ihr bezogenen Leistungen längstens aufgebraucht worden sei. Vielmehr steht ihr auch mit Bezug auf den Körperbehandlungsvertrag ein Rückzahlungsanspruch zu.

#### **E. 6**

Damit ist die Berufung abzuweisen, und das vorinstanzliche Urteil, soweit angefochten, zu bestätigen.

#### **E. 7**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'700.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V. mit § 4 Abs. 1 GebV OG) und aus dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind für das Rechtsmittelverfahren keine zuzusprechen: Der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 29. August 2016 wird, soweit angefochten, bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'700.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 23, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

- 20 - Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) 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. 9'599.45. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. K. Würsch versandt am:

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