

### 2.7.2.9. Auftragsrecht/Mandat

#### BGer 4A\_275/2019: Krankheit der Auftraggeberin als wichtiger Grund des Widerrufs?

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_275/2019 vom 29. August 2019, A. gegen Verein B., Unterrichtsvertrag, Widerruf, Unzeit, Vorliegen wichtiger Gründe, allgemeine Geschäftsbedingungen.



BENJAMIN CAMAVDIC\*

Das Bundesgericht sieht in der Krankheit des Auftraggebers keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR und hält fest, «dass eine Auftragskündigung aus einem der Risikosphäre der zurücktretenden Partei zuzuschreibenden Grund nie ein *«juste motif/motif sérieux»* darstellen» könne. Vielmehr sei hierfür gefordert, «dass die nicht zurücktretende Partei der anderen Partei einen Anlass für deren Rücktritt» setze. Diese Urteilsbesprechung soll aufzeigen, dass diese Sichtweise zumindest fragwürdig ist. Hinzu kommt, dass die Gerichte die konkrete Klausel angesichts ihrer AGB-Qualität hätten hinterfragen können: Die vom Bundesgericht offengelassene Konsumentenstellung der Studentin müsste man mit Blick auf Art. 8 UWG bejahen. Aber auch ohne diesen Schutz hätte die Ungewöhnlichkeitsregel adäquate Lösungen offeriert.

#### I. Sachverhalt

Eine Studentin (Beklagte, Beschwerdeführerin) schloss mit einer Hotelfachschule (Klägerin, Beschwerdegegnerin) einen Schulvertrag mit einer Dauer von sechs Semestern zum Preis von CHF 50'004 ab. Ziff. 4 der AGB («Vorzeitiger Schulaustritt und vorübergehender Unterrichtsausfall») lautete wie folgt:

«Kann der Student die Schule – unabhängig von seinem Verschulden – nicht beenden (z. B. wegen Krankheit, Unfall, zu vielen Absenzen, ungenügenden Schulleistungen, disziplinarischem Ausschluss, Militärdienst, aus persönlichen Gründen, vollumfänglicher Unterrichtsausfall usw.), so verfällt das gesamte Schulgeld (1.–6. Semester) unter Abzug nicht bezogener Verpflegungsanteile.»

Die Studentin musste nach drei Semestern die Ausbildung aufgrund gesundheitlicher Probleme abbrechen. Die Hotelfachschule klagte in der Folge erfolgreich vor Bezirks- und Obergericht Zürich auf Bezahlung des restlichen Schulgeldes in Höhe von CHF 22'172.<sup>1</sup> Mit Beschwerde in Zivilsachen gelangte die Studentin ans Bundesgericht.

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Die Studentin machte aufgrund des für die Beschwerde zu tiefen Streitwerts zwei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG geltend: «So sei einerseits durch das Bundesgericht zu klären, ob eine Kündigung eines Auftrags aus gesundheitlichen (unverschuldeten) Gründen eine Beendigung zur Unzeit im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR darstellen könne. Andererseits stelle sich die ihrer Ansicht nach ebenfalls umstrittene Rechtsfrage, ob Art. 8 UWG auf einen Schul- bzw. Unterrichtsvertrag anwendbar sei» (E. 1.1).

Das Bundesgericht hielt fest, dass es die Voraussetzungen einer Entschädigungspflicht nach Art. 404 Abs. 2 OR in diversen Urteilen bereits festgestellt habe, spezifisch auch für den vorliegend zu beurteilenden Unterrichtsvertrag: «Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt die Annahme eines unzeitigen Widerrufs durch die Studentin voraus, dass die Beauftragte – wie bei jedem anderen Auftragsverhältnis – dazu keinen begründeten Anlass gegeben hat und die Vertragsauflösung für die Beauftragte hinsichtlich des Zeitpunkts und der von ihr getroffenen Dispositionen nachteilig ist [...]» (E. 1.3.1).

Das Bundesgericht fährt fort: «Bereits aus dem ersten Satz der allgemeinen Erwägung geht hervor, dass ein begründeter Anlass (*«juste motif»*) [...] nicht bereits gegeben ist, wenn die zurücktretende Partei kein Verschulden an ihrem Kündigungsgrund trifft, sondern erst, wenn sie den Vertrag aus einem Grund kündigt, welche[r] der anderen Partei vorzuwerfen ist, insbesondere wenn deren Verhalten das Vertrauensverhältnis zerrüttet. Zwar wurde im soeben zitierten Entscheid die Subsumtion, ob *«motifs sérieux»* existierten, dem oberen kantonalen Gericht überlassen [...]; die weiteren in diesem Urteil zitierten Entscheide bestätigen aber allesamt, dass eine Auftragskündigung aus einem der Risikosphäre der zurücktretenden Partei zuzuschreibenden Grund nie ein *«juste motif/motif sérieux»* darstellen kann. Vielmehr ist hierfür gefordert, dass die nicht zurücktretende Partei der anderen Partei einen Anlass für deren Rücktritt setzt [...]» (E. 1.3.2).

\* BENJAMIN CAMAVDIC, B.A. HSG in Rechtswissenschaften, Universität St. Gallen. Ich danke Herrn Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M. für seine Anregungen.

<sup>1</sup> BezGer Zürich, FV170177, 28.9.2018; OGer ZH, NP180028-O/U, 2.5.2019.

Das Bundesgericht verneinte schliesslich, dass die Frage zur Anwendbarkeit des Art. 8 UWG auf Ausbildungsverträge von grundsätzlicher Bedeutung sei (E. 1.4).

### III. Anmerkungen

#### A. Krankheit als wichtiger Grund?

Im Verfahren stellte sich die Frage, ob die Krankheit der Studentin denn einen wichtigen Widerrufsgrund zur Relativierung der Unzeit i.S.v. Art. 404 Abs. 2 OR darstellt. Dies wurde aus den soeben zitierten Gründen in E. 1.3.2 verneint. Es gibt jedoch gewichtige Gründe, die gegen diese Auffassung sprechen.

So hielt schon GAUTSCHI fest, was folgt: «Nicht nur der wichtige, sondern jeder sachlich vertretbare Widerrufsgrund beseitigt die Schadenersatzfolge.»<sup>2</sup> GAUTSCHIS Meinung deckt sich mit dem verallgemeinerten Konzept der Kündigung aus wichtigem Grund in anderen Vertrags- und insbesondere Dauerschuldverhältnissen, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Im Mietrecht sind gesundheitliche Beeinträchtigungen, welche eine Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen,<sup>3</sup> als wichtige Gründe i.S.v. Art. 266g OR durchaus anerkannt.<sup>4</sup> Diesbezüglich hielt das Bundesgericht fest: «Als wichtige Gründe im Sinn dieser Bestimmung gelten nur ausserordentlich schwerwiegende Umstände, die bei Vertragsabschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind. Diese Umstände müssen derart schwerwiegend sein, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses nur schon bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin objektiv unzumutbar ist [...]»<sup>5</sup>

Sodann hielt der «Uriella»-Entscheid<sup>6</sup> fest, dass «[...] bei der vorzeitigen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund der Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB im Vordergrund»<sup>7</sup> steht. Ein wichtiger Grund kann sich allein schon dadurch ergeben,

dass «[...] das Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten».<sup>8</sup>

Einzuräumen bleibt, dass der wichtige Grund gemäss Art. 266g OR nicht zwingend bedeutet, dass die vorzeitige Kündigung ohne finanzielle Folgen bleibt – es kommt zu einem Ermessensentscheid unter Berücksichtigung *der ganzen Umstände*.<sup>9</sup> Diese Sichtweise haben schon andere Autoren auch für Art. 404 OR vertreten.<sup>10</sup>

In eine ähnliche Richtung gehen die Überlegungen FELLMANN'S. In Bezug auf Art. 404 Abs. 2 OR wird auch diskutiert, ob es sich um eine Art der Kausal-<sup>11</sup> oder aber der Verschuldenshaftung<sup>12</sup> handelt. Nach FELLMANN, welcher in Abs. 2 eine Verschuldenshaftung sieht, ist das Verschulden objektiv zu bestimmen.<sup>13</sup> Dabei ist ein gewisses Verschulden immer anzunehmen. Lediglich bei Urteilsunfähigkeit fällt keinerlei Verschulden zur Last.<sup>14</sup> Dem Richter kommt bei beiden Ansichten betreffend die Bemessung der Schadenersatzpflicht ein Ermessensspielraum zu.<sup>15</sup>

FELLMANN bezeichnet auch Umstände in der Person als wichtige Gründe und nennt dabei, wenn auch in der Person des Beauftragten, explizit die Krankheit.<sup>16</sup> Aufgrund der Dualität des Art. 404 Abs. 2 OR, welcher Widerruf wie auch Kündigung bei Unzeit mit Schadenersatz belegt, ist es m.E. ebenso angebracht, Krankheit als wichtigen Grund beim Auftraggeber anzuerkennen.

Die Erkrankung der Beschwerdeführerin erfüllt die soeben im Mietrecht sowie im Uriella-Entscheid erwähnten bundesgerichtlichen Anforderungen und ist, der Argumentation FELLMANN'S betreffend die Verschuldenshaftung folgend, unverschuldet. Die analoge Betrachtung einer Krankheit als wichtiger Grund im Auftragsrecht erscheint als angebracht. Dies insbesondere, weil ein Auftrag nicht we-

<sup>2</sup> GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1971, Art. 404 OR N 17c.

<sup>3</sup> PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266–268b OR, 4. A., Zürich 1995 (zit. ZK-HIGI), Art. 266g OR N 29.

<sup>4</sup> ZK-HIGI (FN 3), Art. 266g OR N 48; OFK-PERMAN, Art. 266g OR N 4, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK – Orell Füßli Kommentar, 3. A., Zürich 2016; vgl. auch BGer, 4C.375/2000, 31.8.2001, E. 3a.

<sup>5</sup> BGer, 4C.375/2000, 31.8.2001, E. 3a.

<sup>6</sup> BGE 128 III 428.

<sup>7</sup> BGE 128 III 428 E. 3c.

<sup>8</sup> Ebd.

<sup>9</sup> Pra 90, Nr. 177, E. 4.

<sup>10</sup> PETER GAUCH, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 464 ff., recht 1992, 7 ff., 12 f.

<sup>11</sup> Für eine Kausalhaftung bspw. GAUCH (FN 10), 12 m.w.H.

<sup>12</sup> Für eine Verschuldenshaftung bspw. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), Art. 404 OR N 52, N 81; CHK-GEHRER-CORDEY/GIGER, Art. 404 OR N 14 m.w.H., in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016.

<sup>13</sup> BK-FELLMANN (FN 12), Art. 404 OR N 52, N 82.

<sup>14</sup> BK-FELLMANN (FN 12), Art. 404 OR N 83; a.M. GAUCH (FN 10), 12 m.w.H.

<sup>15</sup> GAUCH (FN 10), 13; BK-FELLMANN (FN 12), Art. 404 OR N 82.

<sup>16</sup> BK-FELLMANN (FN 12), Art. 404 OR N 85.

gen leichter Krankheit, sondern, wie vorliegend geschehen, aus Gründen schwerer Erkrankung widerrufen wird. Der Beschwerdeführerin wurde ärztlich vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert.<sup>17</sup>

## B. Der kritische Blick auf die AGB-Klausel

### 1. Regelt die Klausel wirklich nur die Kündigung zur Unzeit?

Vertragsziffer 4 der AGB schränkt das jederzeitige und zwingende Widerrufs- und Kündigungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR dadurch ein, dass die Beschwerdeführerin in jedem Fall und unabhängig von wichtigen Gründen das gesamte Schulgeld zu bezahlen habe. Die Klausel macht keine Ausnahme für den Fall, dass ein wichtiger Grund im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegt. Zu diesem Resultat gelangt man durch Auslegung der Klausel: Ob diese eine Ausnahme bei Vorliegen eines wichtigen Grundes macht und nichts geschuldet ist, wenn die Studentin einen wichtigen Grund vorweisen kann, bleibt unklar. Die kundenfreundlichste Auslegung besteht darin, eine solche Ausnahme zu verneinen. Diese scheinbare kundenfeindlichste Auslegung führt zur Nichtigkeit wegen Verstosses gegen den gemäss Bundesgericht zwingend anwendbaren Art. 404 OR, was für die Studentin wiederum vorteilhaft wäre.<sup>18</sup>

### 2. Anwendbarkeit des Art. 8 UWG?

Der Konsumentenbegriff wird oft negativ definiert, wonach Verträge betreffend die berufliche Tätigkeit vom Konsumentenbegriff und somit auch von der Anwendung des Art. 8 UWG ausgenommen seien.<sup>19</sup> Dem kann jedoch nicht pauschal gefolgt werden. Vielmehr ist eine genaue und differenzierte Betrachtung des eigentlichen Ziels und Zwecks eines Vertrages angebracht. Dieser Gedanke wird sogleich mithilfe des deutschen Rechts und der europäischen Rechtsprechung erläutert.

Da man sich beim Erlass des Art. 8 UWG bewusst an die RL 93/13/EWG<sup>20</sup> anlehnte, sind diese und die Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung zu berücksichtigen.<sup>21</sup> THOUVENIN erweitert dies etwas und nennt auch die

Umsetzung der RL 93/13/EWG in den EU-Mitgliedstaaten als Auslegungshilfe.<sup>22</sup>

Der EuGH kam dabei zum Ergebnis, dass die RL 93/13/EWG grundsätzlich auf eine Bildungseinrichtung anwendbar sein kann.<sup>23</sup> Darüber hinaus differenziert der BGH zwischen Handlungen, welche die Existenz begründen, und Handlungen, welche lediglich eine Entscheidung betreffend Existenzgründung darstellen. Solange sich Handlungen einzig auf die Entscheidungsfindung betreffend die Existenzgründung beziehen, sind diese noch dem privaten Bereich zuzuordnen.<sup>24</sup>

Meines Erachtens ist die Ausbildung der Beschwerdeführerin als Entscheidungsfindung zu definieren. Selbst bei vollständigem Abschluss der Ausbildung ist es noch nicht gewiss, dass auch wirklich ein neuer beruflicher Weg eingeschlagen wird. Vielmehr soll die Ausbildung die spätere Entscheidung, ob die Beschwerdeführerin überhaupt als dipl. Hôtelière/Restauratrice HF 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»,<sup>25</sup> überzeugt nicht. Nicht jede Aus- und Weiterbildung wird aufgrund von Einkommensinteressen in Angriff genommen. Für den Fall, dass jemand eine Weiterbildung in seinem bisherigen Tätigkeitsgebiet absolviert, ist m.E. klar von einem beruflichen Fortkommen zu sprechen und die Weiterbildung der beruflichen Sphäre zuzuordnen. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich jedoch um eine Quereinsteigerin, weshalb, der Rechtsprechung des BGH folgend, von einer Entscheidung betreffend Existenzgründung auszugehen ist. Die Beschwerdeführerin ist somit als Konsumentin zu qualifizieren, was auch die Anwendbarkeit des Art. 8 UWG eröffnet.

### 3. Die Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen

Subsumiert man die Beschwerdeführerin unter dem Konsumentenbegriff, drängt sich die Beurteilung der Klausel nach Art. 8 UWG auf.<sup>26</sup> Das Missverhältnis wird dabei in drei

<sup>17</sup> BezGer Zürich, FV170177, 28.9.2018, E. IV.3.2.

<sup>18</sup> ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich, AJP 2014, 203 ff., 206 f.

<sup>19</sup> OGer ZH, NP180028-O/U, 2.5.2019, E. 3.3.2a m.w.H.; vgl. zum Konsumentenbegriff THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, 19 ff., 25 f. m.w.H.

<sup>20</sup> Dokument 31993L0013, Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (zit. RL 93/13/EWG).

<sup>21</sup> ALFRED KOLLER, OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 23.57 m.w.H.

<sup>22</sup> BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 9, vgl. auch N 26, in: Reto M. Hilty/ Reto Arpagaus (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basler Kommentar, Basel 2013 (zit. BSK UWG-Verfasser); vgl. auch ANDREAS SCHIRRMACHER, Die Sachmängelgewährleistung in der Vertragsgestaltung insbesondere durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich, Zürich 2018, 43 ff.

<sup>23</sup> EuGH, C-147/16, 17.5.2018, in: EuZW 2018, 545 ff., 548.

<sup>24</sup> BGH, III ZR 295/06, 15.11.2007, N 7.

<sup>25</sup> OGer ZH, NP180028-O/U, 2.5.2019, E. 3.3.2a.

<sup>26</sup> Vgl. zu den Tatbestandselementen und Art. 8 UWG generell auch FLORENT THOUVENIN, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines struk-

Schritten geprüft, nämlich ob ein Ungleichgewicht vorliegt, ob eine Kompensation vorhanden ist sowie anhand einer «wertenden Betrachtung nach dem Massstab von Treu und Glauben».<sup>27</sup> Bei der Beurteilung des Missverhältnisses ist ein Referenzsystem, namentlich Normen des Obligationenrechts, hinzuzuziehen.<sup>28</sup>

Ein solches Missverhältnis ist dann zum Nachteil von Konsumenten, wenn deren Schlechterstellung durch die AGB aufgrund eines nicht kompensierten Missverhältnisses zu bejahen ist.<sup>29</sup> Im vorliegenden Fall wird der Beschwerdeführerin faktisch das weder wegbedingbare noch einschränkbare<sup>30</sup> sowie jederzeitige und zwingende<sup>31</sup> Widerrufsrecht betreffend den Unterrichtsvertrag genommen, wodurch eine Abweichung vom Referenzsystem (Art. 404 Abs. 1 OR) gegeben ist. Eine Kompensation ist in den AGB nicht ersichtlich, weshalb für die Beschwerdeführerin ein Nachteil aus den AGB resultiert.

Unlautere Klauseln nach Art. 8 UWG sind nichtig und führen somit zur Teilnichtigkeit der AGB.<sup>32</sup> Überdies wird das volle Schulgeld selbst in Fällen, in welchen der Widerruf zur Unzeit aufgrund eines wichtigen Grundes erfolgt, gefordert. Nach bundesgerichtlicher Praxis entfiel aber bei einem Widerruf des Auftrags aufgrund eines wichtigen Grundes der Schadenersatzanspruch.<sup>33</sup>

Doch selbst wenn man die Konsumentenstellung verneint und somit die Anwendung des Art. 8 UWG nicht offensteht, kann eine verdeckte Inhaltskontrolle basierend auf Art. 19 und Art. 20 OR vollzogen werden. Danach ist ein Vertrag, oder eben auch AGB, widerrechtlich, «wenn sein Inhalt einer zwingenden objektiven, privat- oder öffentlich-rechtlichen Norm des [...] schweizerischen [...] Rechts

widerspricht».<sup>34</sup> Die Klausel ist subjektiv und objektiv ungewöhnlich, untergräbt die Ziff. 4 doch das zwingende jederzeitige Widerrufsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR und beeinträchtigt damit die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin enorm.<sup>35</sup>

In Bezug auf solche bedingungslosen Zahlungen führten RUSCH und HOCHSTRASSER aus, dass diese dem Bereicherungsverbot, der Vorteilsanrechnung und der Schadenminderungspflicht in Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR widersprechen.<sup>36</sup> Sie kamen zum Schluss, dass eine «derartige Klausel [...] folglich auch nach der Ungewöhnlichkeitsregel überraschend, nachteilig und deshalb ohne speziellen Hinweis unbeachtlich» wäre.<sup>37</sup>

Eine geltungserhaltende Reduktion, wie sie auch schon bei einem anderen strittigen Unterrichtsvertrag in BGer 4A\_141/2011 betrieben wurde,<sup>38</sup> ist abzulehnen.<sup>39</sup> Somit durfte Ziff. 4 sowohl nach lauterkeitsrechtlicher wie auch obligationenrechtlicher Prüfung niemals Geltung erlangt haben.

#### IV. Schlussbetrachtung

An dieser Stelle wird auf eine ausführliche Zusammenfassung verzichtet. Es wurde jedoch aufgezeigt, dass die Gerichte Krankheit als wichtigen Grund auch auf Seiten des Auftraggebers akzeptieren sollten. Des Weiteren konnte festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin als Konsumentin zu qualifizieren gewesen wäre, wodurch die Ziff. 4 der AGB einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle nach Art. 8 UWG nicht standgehalten hätte. Doch selbst bei Verneinen der Konsumentenstellung bleibt noch die obligationenrechtliche Kontrolle, nach welcher die Vertragsziffer 4 ebenfalls für nichtig erklärt werden müsste.

turlosen Tatbestandes, Jusletter vom 29.10.2012, N 22 ff.

<sup>27</sup> BSK UWG-THOUVENIN (FN 22), Art. 8 N 116: Die «wertende Betrachtung nach dem Massstab von Treu und Glauben» erfolgt gesamthaft, da es sich, wie kurz davor erwähnt, um einen allumfassenden Massstab handelt.

<sup>28</sup> THOUVENIN (FN 26), N 44 f.

<sup>29</sup> BSK UWG-THOUVENIN (FN 22), Art. 8 N 124 m.w.H.

<sup>30</sup> THOMAS PROBST, Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB, Jusletter vom 24.4.2017, N 62 m. Verw. auf BGE 115 II 464 E. 2a in Fn 174; konkret für den Unterrichtsvertrag BGer, 4A\_141/2011, 6.7.2011, E. 2.2 m.w.H.

<sup>31</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser); ARNOLD F. RUSCH, Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, 170 ff., 171 m.w.H.; PROBST (FN 30), N 62.

<sup>32</sup> Vgl. auch BSK UWG-THOUVENIN (FN 22), Art. 8 N 144.

<sup>33</sup> BK-FELLMANN (FN 12), Art. 404 OR N 91 m. Verw. auf BGE 109 II 469 und BGE 104 II 320; a.M. GAUCH (FN 10), in Fn 30: «Weit über das Ziel hinaus schießt aber die Ansicht, dass jeder wichtige Grund, ja sogar jeder vertretbare Auflösungsgrund die Schadenersatzfolge ohne weiteres beseitigt [...]»

<sup>34</sup> BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (FN 31), Art. 19/20 N 15 m.w.H.

<sup>35</sup> Vgl. auch ANSGAR SCHOTT, Missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle, Der Schweizer Treuhänder 2012, 78 ff., 78, Fn 6 m. Verw. auf BGE 135 III 225 E. 1.3 sowie BGE 135 III 1 E. 2.1, je m.w.H.; vgl. auch BGE 138 III 411 E. 3.1: «Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren [...]»

<sup>36</sup> ARNOLD F. RUSCH/MICHAEL HOCHSTRASSER, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter vom 22.10.2007, N 54 m.w.H.

<sup>37</sup> Ebd.

<sup>38</sup> BGer, 4A\_141/2011, 6.7.2011, E. 2.4.

<sup>39</sup> ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Fällt das zwingende Kündigungsrecht beim Auftrag?, AJP 2017, 26 ff., 32; ARNOLD F. RUSCH, Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsmann, Jusletter vom 28.3.2011, N 17 m. Verw. auf BGer, 4A\_404/2008, 18.12.2008, E. 5.6.3.2.1 in Fn 12, welcher die geltungserhaltende Reduktion ablehnt; vgl. auch BSK UWG-THOUVENIN (FN 22), Art. 8 N 146 m.w.H.

Im vorliegenden Fall ist die Vertragsziffer 4 zwar als nichtig zu qualifizieren und die Krankheit hätte als wichtiger Grund gelten müssen. Letztlich sieht die Lehre allerdings, unabhängig davon, ob man in Art. 404 Abs. 2 OR eine Kausal- oder Verschuldenshaftung sieht, ein gewisses Minimum an Schadenersatz vor. Die Hotelschule behauptet einen Schaden in Höhe von CHF 22'172. Den beiden Lehrmeinungen betreffend die Kausal- oder Verschuldenshaftung nach Art. 404 Abs. 2 OR ist gemeinsam, dass der Richter die Bemessung der Schadenersatzpflicht nach eigenem Ermessen vornimmt. Der Beschwerdeführerin wurde die Zahlung des gesamten Schadens auferlegt, was unter den erwähnten Gesichtspunkten fraglich erscheint. Eine ausführliche Diskussion der vorgenommenen Schadensbemessung ist jedoch nicht angebracht, handelt es sich gemäss den beiden Lehrmeinungen um Ermessensentscheide des Gerichts.