

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP210021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichterin
lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 9. Dezember 2021

in Sachen

A._____,
Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B._____,
Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher Y._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Horgen vom 19. Februar 2021; Proz. FV200024**

Rechtsbegehren:

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 25'467.25 zu bezahlen zuzüglich Zins von 5 % auf CHF 18'881.25 seit 9. Oktober 2017 sowie Zins von 5 % auf CHF 6'586.– seit 21. August 2020;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten;

(...)

Es sei das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Einzelgerichts:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Entscheidgebühr gemäss der vorstehenden Ziffer wird der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird weiter verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (inkl. MWSt.) zu bezahlen, zahlbar an Fürsprecher Y. _____.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

Der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 22):

- "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 19. Februar 2021 (Geschäfts-Nr.

FV200024-F/UB/PK) aufzuheben und es sei der Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Klägerin und Berufungsklägerin CHF 25'467.25 zu bezahlen zuzüglich Zins von 5% auf CHF 18'881.25 seit 9. Oktober 2017 sowie Zins von 5% auf CHF 6'586.00 seit 21. August 2020;

2. *eventualiter* sei das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Februar 2021 (Geschäfts-Nr. FV200024-F/UB/PK) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügliche Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten und Berufungsbeklagten."

Des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 31):

- "1. Es sei die Beschwerde vom 24. März 2021 vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Februar 2021 (Geschäfts-Nr. FV200024-F/UB/PK) zu bestätigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) machte mit ihrer Klage vor Vorinstanz Ansprüche aus einem zwischen den Parteien geschlossenen "Fitnessvertrag" geltend, nachdem sie von diesem zurückgetreten war. Die Vorinstanz wies ihre Klage mit Urteil vom 19. Februar 2021 vollumfänglich ab (act. 25). Die Gerichtskosten wurden der Klägerin auferlegt und sie wurde verpflichtet, dem Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagter) eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.– (inkl. MWSt.) zu leisten, zahlbar an den Vertreter des Beklagten. Ein Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege war von der Vorinstanz im gleichen Entscheid mit Verfügung abgeschrieben (betreffend die Gerichtskosten) beziehungsweise abgewiesen (betreffend die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes) worden.

2. Mit Eingabe vom 24. März 2021 (act. 22; act. 19/1) erhob die Klägerin mit den oben genannten Anträgen rechtzeitig Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil. Den ihr mit Verfügung vom 20. Mai 2021 (act. 26) auferlegten Vorschuss in der Höhe von Fr. 3'600.– beglich sie fristgerecht (act. 28). Mit Verfügung vom 8. Juni 2021 wurde in der Folge dem Beklagten Frist für die Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 29).

3. Die Berufungsantwort erfolgte mit Eingabe vom 9. Juli 2021 (act. 31). Am 25. November 2021 reichte die Klägerin eine weitere Eingabe zu den Akten (act. 38), welche dem Beklagten zugestellt wurde (act. 40). Dieser verzichtete ausdrücklich auf eine erneute Stellungnahme (act. 41). Der Prozess ist damit spruchreif.

II.

1. Die Klägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und erhob die Berufung innert 30-tägiger Rechtsmittelfrist. Die Berufung enthält Anträge sowie eine Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO), die erforderliche Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die Gerichtskosten wurden rechtzeitig bevorschusst (act. 28). Damit sind die formellen Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt und es ist auf die Berufung einzutreten.

Im vorinstanzlichen Verfahren wurden die zweiten Vorträge der Parteien als Replik und Duplik (vgl. Prot. Vi) bezeichnet, weshalb zur besseren Verständlichkeit im vorliegenden Entscheid ebenfalls diese Bezeichnungen verwendet werden.

2. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss. Es ist an der Berufung erhebenden Partei, anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Ge-

richts nicht aufrecht erhalten lassen (BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweis auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik an angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-SPÜHLER, 3. A., Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A., Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die Berufungsinstanz kann sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt prüfen (freie bzw. volle Kognition; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80; BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die Berufungsinstanz hat den Entscheid einer unabhängigen neuen Beurteilung zu unterziehen und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass diese alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3).

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat die Novenqualität jedes ihrer Vorbringen darzutun und zu beweisen. Im Falle unechter Noven hat sie die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017 E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017 E. II./1.2).

3.1.1. Der zwischen den Parteien geschlossene "Fitnessvertrag" (act. 4/1) beinhaltet zusammengefasst, dass die Klägerin dem Beklagten für 200 Fitness-Trainingseinheiten für sie und ihre Kinder im Voraus ein Honorar von Fr. 20'000.– bezahlt, damit dieser ein EMS Gerät kaufen kann. Eine Trainingseinheit soll dabei einem Betrag von Fr. 100.– entsprechen. Die Trainingseinheiten sind gemäss Vertrag von der Klägerin innert zweier Jahre einzulösen, ansonsten diese verfallen. Ein Vertragsrücktritt ist gemäss Vertrag lediglich bei Härtefällen vorgesehen. Im Falle eines Rücktrittes erfolgt die anteilige Rückerstattung des Honorars für die nicht bezogenen Fitness-Trainingseinheiten mittels monatlicher Zahlungen von Fr. 300.–, zahlbar jeweils Ende Monat.

Strittig ist vorliegend zunächst die rechtliche Qualifikation des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages und in der Folge die Beurteilung, ob dieser von der Klägerin rechtmässig aufgelöst werden konnte beziehungsweise, welche rechtlichen Folgen ihr Rücktritt nach sich zieht.

3.1.2. Der Vertrag wurde gemäss den unbestritten gebliebenen Angaben der Klägerin vom Beklagten und dessen damaligem Rechtsvertreter ausgearbeitet und von beiden Parteien unterschrieben (act. 14 N 8; Prot. Vi, S. 6). Auch wenn die Klägerin andeutet, dass sie den in deutscher Sprache verfassten Vertrag nicht vollumfänglich verstanden habe (act. 14 N 8), wird damit (zumindest nicht in einer rechtsgenügend substantiierten Art und Weise) offensichtlich kein Grundlagenirrtum geltend gemacht, weshalb eine diesbezügliche gerichtliche Prüfung unterbleiben kann. Die Klägerin selbst war sodann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ebenfalls anwaltlich vertreten (vgl. act. 15/12). Es ist damit davon auszugehen, dass der Vertrag gültig zustande kam, womit lediglich seine Auslegung vor Vorinstanz in Frage steht.

3.2.1. Die Klägerin bezeichnet den "Fitnessvertrag" im Gesamten als Auftrag, welcher gemäss Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit widerrufen/gekündigt werden könne (act. 2 N 21, act. 14 N 32, act. 22 N 28f.). Dagegen macht der Beklagte geltend, dass ein Darlehensvertrag gemäss Art. 312 OR vorliege, in welchem die Modifizierung der Rückerstattungspflicht durch die Parteien (anders als beim Auftrag) zulässig sei (act. 8 N 22, Prot. Vi S. 8, act. 31 N 11f.). Aus dem Vertrag sei der

klare Parteiwille ersichtlich, wonach man kein jederzeitiges Kündigungsrecht vereinbaren wollte, sondern eine Kündigung nur in den unter Ziff. 5 des Vertrages festgelegten Gründen möglich sein sollte (act. 8 N 26).

Die Vorinstanz qualifizierte den "Fitnessvertrag" in ihrem Entscheid als Auftrag (act. 25 S. 12). Sie erwog indessen sinngemäss, dass auch die zwingende Natur von Art. 404 Abs. 1 OR nicht dazu führe, dass ein Nebeneinander von jederzeitigem Widerrufsrecht (gemäss Auftragsrecht) und weiteren Kündigungsabsprachen nicht möglich sei (act. 25 S. 14f.). Die Klägerin habe in ihrem Schreiben vom 28. Februar 2018 (act. 4/4) die Kündigung erklärt und damit ein Gestaltungsrecht ausgeübt. Die Kündigung habe sie auf die im "Fitnessvertrag" vereinbarte "Härtefallregel" gestützt, weshalb sich die Gültigkeit der Kündigung alleine an deren Wortlaut bemesse. Eine Umdeutung der Kündigung in einen Widerruf nach Art. 404 Abs. 1 OR oder eine Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund sei unzulässig (act. 25 S. 14f.). In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob die Klägerin sich auf einen der im Vertrag festgehaltenen Härtefälle stützen könne und kam zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei (act. 25 S. 15). Weiter führte sie aus, dass selbst wenn man der Argumentation der Klägerin folgen und die im Vertrag aufgezählten Härtefälle als lediglich exemplarische Aufzählung deuten würde, nebst welchen im Sinne des wichtigen Grundes bei der Auflösung des Dauerschuldverhältnisses noch weitere möglich wären, müsse dennoch gefolgert werden, dass ihr der entsprechende Beweis eines wichtigen Grundes nicht gelingen würde. Dies, da das Vorliegen eines wichtigen Grundes von ihr zu beweisen wäre und ihr dies nicht gelingen könne, da als Beweismittel lediglich ihre Aussage und diejenige des Beklagten zur Verfügung stehen würden und nicht davon auszugehen sei, dass eine der Parteien von ihren bisherigen Angaben abweichen werde (act. 25 S. 16ff., insb. S. 19f.). Da sich damit aus dem Kündigungsschreiben der Klägerin vom 28. Februar 2018 kein gültiger Kündigungsgrund ergebe, habe der "Fitnessvertrag" nicht rechtsgültig aufgehoben werden können, weshalb auch keine Grundlage gegeben gewesen sei, von der Rückzahlungsvereinbarung zurückzutreten (act. 25 S. 20). Die Klage wurde abgewiesen.

3.2.2. Die Klägerin rügt mit ihrer Berufung, dass entgegen der vorinstanzlichen Ansicht in Ziff. 5 des "Fitnessvertrages" kein paralleles Kündigungsregime zu Art. 404 Abs. 1 OR gesehen werden könne (act. 22 N 29f.). Dies, da das jederzeitige Widerrufsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR zwingendes Recht darstelle und vertraglich nicht eingeschränkt werden dürfe. Es sei nicht zulässig, dass zwingendes Recht durch Vertrag oder eine (allenfalls rechtsirrtümliche) Begründung umgangen werde. Die in Frage stehende Härtefallklausel hätte daher gemäss Ansicht der Klägerin von der Vorinstanz als teilnichtig erklärt werden müssen, weshalb es auch nicht schaden könne, dass sich die Klägerin in ihrer Kündigung auf die Härtefallklausel des Vertrages berufen habe (act. 22 N 31). Der Rücktritt der Klägerin sei gestützt auf Art. 404 Abs. 1 OR zulässig und rechtswirksam, weshalb der Beklagte in der Folge gemäss der Rückzahlungsvereinbarung verpflichtet gewesen wäre, das vorausbezahlte Honorar in monatlichen Raten von Fr. 300.– zurückzuzahlen. Nachdem der Beklagte trotz Aufforderung der Klägerin nie irgendwelche Rückzahlungen geleistet habe und gegen die von ihr (gegen ihn) eingeleitete Betreuung Rechtsvorschlag erhoben habe, sei sie mit E-Mail vom 20. August 2020 rechtmässig von der Rückzahlungsvereinbarung gemäss Ziffer 5 des Fitnessvertrages zurückgetreten (act. 22 N 16f. und N 34).

3.3.1. Der von den Parteien geschlossene "Fitnessvertrag" beinhaltet mehrere Vertragstypen, wobei die Teile direkt und untrennbar miteinander verknüpft sind. Es handelt sich mit anderen Worten um einen gemischten Vertrag, welcher eine Mehrheit von an sich selbständigen Verträgen verbindet und einzelne Elemente verschiedener Verträge enthält. Entgegen den beklagischen Ausführungen kann sodann nicht festgestellt werden, dass der Vertrag zur Hauptsache seinen Schritt in die Selbständigkeit durch die Finanzierung des Kaufs des EMS Gerätes durch die Klägerin bezweckt hatte (act. 31 N 11). Dies mag aus seiner subjektiven Sicht der für ihn wichtigere Teil des Vertrages gewesen sein. Die Vereinbarung enthält indessen zwei Leistungen, welche sich gegenseitig bedingen. Dabei kann bei objektiver Betrachtung und unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens (beider Parteien) nicht gefolgert werden, dass zur Hauptsache ein Darlehen vorliegt und der Auftragsteil im Vertragswerk lediglich eine untergeordnete Rolle einnimmt. Dem Argument, dass eine Rückzahlung des Darlehens

den Bemühungen des Beklagten, eine wirtschaftliche Selbständigkeit aufzubauen, entgegenstehen würde und daher auch der auftragsrechtliche Teil des Vertrages nur gemäss den vertraglich vereinbarten Bestimmungen gekündigt werden könne, kann sodann auch aufgrund des Vertragstextes selbst nicht gefolgt werden. Wohl ist zutreffend, dass die Parteien eine Rückzahlung des Darlehens in Geldbeträgen lediglich bei Eintritt von "Härtefällen" vereinbarten und in diesem Fall Ratenzahlungen in moderaten monatlichen Beträgen von Fr. 300.– vorsahen. Dies spricht indessen nicht gegen den auftragsrechtlichen Charakter des Vertragsteils betreffend die Fitnessseinheiten. Vielmehr sahen die Parteien die Möglichkeit einer Rückzahlung in Geld bei Wegfall der Möglichkeit der Leistung von Fitness-Einheiten genau vor und schlossen diese nicht etwa aus (zum Beispiel, weil die Klägerin dem Beklagten das Darlehen in einem solchen Fall als Geschenk überlassen wollte). Die Klägerin kam dem Beklagten für einen solchen Fall sodann insofern entgegen, als die Rückzahlung in Geld sich über einen viel längeren Zeitraum (im Extremfall mehr als 5 Jahre) erstreckt hätte, als dies bei Abgeltung durch Fitness-Trainingseinheiten innert 2 Jahren der Fall gewesen wäre. Auch ein Zins für den Fall einer Rückzahlung in Geld, wie er notorischerweise in Darlehensverträgen vereinbart wird, ist im Fitnessvertrag nicht vorgesehen. Mit diesen vertraglichen Bestimmungen betreffend die Rückabwicklung des Darlehens bei Wegfall der Möglichkeit von Trainings-Einheiten stellten die Parteien sicher, dass die Selbständigkeit des Beklagten in einem solchen Fall nicht gefährdet war. Eine freie Kündigung des auftragsrechtlichen Teils des Vertrages gemäss Art. 404 OR steht diesem Grundgedanken damit nicht entgegen.

Der Beklagte brachte vor Vorinstanz weiter vor, dass seine Dienstleistungen nicht nur das Erteilen von Fitness-Trainingseinheiten, sondern auch die Erstellung eines Fitnessprogramms, mithin einen Erfolg und ein sorgfältiges Tätigwerden, umfasste (act. 8 N 28f.), womit er sinngemäss das Vorliegen eines Werkvertrages geltend macht. Er führt indessen weder substantiiert aus, wie dieses ausgearbeitete Programm ausgesehen haben soll und welchen Stellenwert dieses in seiner Tätigkeit für die Klägerin hatte, noch nennt er diesbezüglich Beweismittel. Auf seine von der Klägerin bestrittenen (act. 14 N 26) Ausführungen ist daher nicht weiter einzugehen.

Entgegen der Ansicht des Beklagten und unter Verweis auf die diesbezüglich zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz ist der von den Parteien geschlossene "Fitnessvertrag" in Bezug auf die Fitness-Trainingseinheiten als Auftrag zu qualifizieren. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann zunächst auf ihre zutreffenden Ausführungen verwiesen werden (act. 25 S.11f. E 6). Ergänzend ist anzuführen, dass es sich bei der vereinbarten Dienstleistung um eine solche mit einem ausgeprägten Vertrauenselement handelt. Der Beklagte wurde von der Klägerin für sich und ihre Kinder als "Personal Trainer" beauftragt, wobei dieser Umstand die Höchstpersönlichkeit der Dienstleistung bereits augenfällig macht. Die Trainingseinheiten fanden sodann bei der Klägerin Zuhause statt (beziehungsweise hätten dort stattfinden sollen), womit der Beklagte Zugang zu ihrem Haus und damit in ihre absolute Privatsphäre erhielt. Mit diesen Voraussetzungen unterscheidet sich der vorliegende "Fitnessvertrag" klar von einem üblichen Fitnessabonnement, bei welchem das Training in einem Fitnesscenter stattfindet und der Abonnent seine Fitness-Einheiten alleine und/oder mit verschiedenen Trainern absolviert, wobei die persönliche Beziehung eine untergeordnete Rolle spielt (vgl. SJZ 2000, 396f.). Damit wird die Vereinbarung vom zwingenden Teil des Art. 404 OR umfasst und untersteht auch bei anderslautender vertraglicher Vereinbarung dem jederzeitigen Beendigungsrecht (vgl. HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, Rz 3711).

Als Folge der (zumindest teilweisen) Qualifizierung als Auftrag muss für die Auflösung des Vertrages zwingend das freie und jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht gelten. Dieses kann jederzeit beidseitig und ohne Angabe von Gründen ausgeübt werden (BSK OR I, 6. A., Basel 2020, OSER/WEBER, Art. 404 N 6ff.). Das freie Widerrufs-/Kündigungsrecht ist dabei gemäss regelmässiger höchstrichterlicher Rechtsprechung zwingender Natur und damit unverzichtbar, wobei gerade im vorliegenden Vertrag aufgrund des ausgesprochen intensiven Vertrauenselementes keine Relativierung angezeigt erscheint (vgl. auch KUKO OR-SCHALLER, Art. 404 N 6), wie sie in der Lehre diskutiert und angeregt wird (vgl. u.a. AJP 2017, RUSCH/MAISSEN, Fällt das zwingende Kündigungsrecht beim Auftrag?, S. 26ff.; BSK OR I, a.a.O., OSER/WEBER, Art. 404 N 9ff; HUGUENIN, a.a.O., Rz 3310). Die vertraglich vereinbarte Kündigungsklausel steht damit nicht neben

dem zwingenden gesetzlichen Widerrufs- und Kündigungsrecht, wie dies von der Vorinstanz ausgeführt wurde (act. 25 S. 14f.), sondern der Widerruf - beziehungsweise die Kündigung - muss frei und jederzeit möglich sein. Die vorliegend vertraglich vereinbarte und vom Gesetzeswortlaut von Art. 404 OR abweichende, eingeschränkte Widerrufs-(/Kündigungs-)möglichkeit ist damit nichtig.

Daran ändert auch nichts, dass sich die Klägerin selbst bei ihrer ursprünglichen Kündigung auf die "Härteklausel" des Vertrages berief und die Kündigung mit dieser begründete. Die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Begründung der Kündigung aufgrund der Natur des Gestaltungsrechts mit ihrer Aussprache fixiert sei und nicht nachträglich abgeändert werden könne (kein Nachschieben von Gründen), schlägt daher fehl. Die von der Vorinstanz zitierten Beispiele stammen denn auch grossmehrheitlich aus Fällen des Mietrechts, wo sich das Kündigungsregime von vornherein ganz anders darstellt. Aufgrund der zwingenden Natur von Art. 404 OR konnte die Klägerin den "Fitnessvertrag" vielmehr jederzeit und ohne Angabe von Gründen widerrufen. Die Fixierung auf einen bestimmten Widerrufs-/Kündigungsgrund würde im Gegenteil der zwingend freien Kündbarkeit/Widerrufbarkeit gemäss Art. 404 OR widersprechen. Da gemäss dieser Bestimmung für die Auflösung des Vertrages keine Gründe nötig sind, kann der Klägerin auch nicht vorgehalten werden, dass sie solche beweisen müsste beziehungsweise, dass sie solche nicht würde beweisen können. Aufgrund des Umstandes, dass der Auftrags-Teil des Vertrages damit jederzeit kündbar war, verfängt auch das beklagtsche (sinngemäss vorgebrachte) Argument, wonach eine Kündigung zur Unzeit vorliege, nicht. Der Widerruf desjenigen Vertragsteils, welcher die Trainingsvereinbarung umfasst und als Auftrag zu gelten hat, ist damit entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid gültig erfolgt.

3.3.2. Nachdem die Klägerin wie dargelegt aufgrund der zwingenden Bestimmung von Art. 404 OR und damit entgegen dem Wortlaut des "Fitnessvertrages" von diesem zurücktreten konnte, stellt sich die Frage, welche Folgen diese Kündigung in Bezug auf das dem Beklagten von der Klägerin gewährte Darlehen nach sich zieht. Wie bereits festgehalten wurde, handelt es sich beim "Fitnessvertrag" um einen gemischten Vertrag, welcher einen Auftrag (in Bezug auf die zu

leistenden Fitness-Trainingseinheiten) und einen Darlehensvertrag (in Bezug auf das dem Beklagten im Voraus gewährte Honorar bzw. den Kauf des Fitnessgeräts) beinhaltet. Die Parteien haben in diesem festgehalten, wie die Rückzahlung des Darlehens im Falle eines Vertragsrücktrittes abgewickelt werden soll (vgl. Ziffer 5 act. 4/1). Auch die Klägerin selbst berief sich in ihrer Kündigung vom 28. Februar 2018 nicht darauf, dass der gesamte Vertrag mit ihrem Rücktritt dahinfällt und das gesamte Darlehen umgehend zurückbezahlt werden muss (act. 4/4). Vielmehr verlangte sie, der Beklagte habe die anteilige Rückerstattung des Honorars für noch nicht bezogene Fitnessseinheiten gemäss Vertrag mit Beträgen von Fr. 300.– pro Monat zurückzuerstatten, erstmals per Ende März 2018. Dieses Vorgehen entspricht auch bei Auslegung des Vertragstextes und der Abwägung der Interessenslagen dem von den Parteien offensichtlich angestrebten Zweck (BSK OR I, a.a.O., AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 OR N 12ff.; GUHL/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 40 N 25). Auch die Parteien selbst hatten im "Fitnessvertrag" in Ziffer 7 vereinbart, dass bei Ungültigkeit oder Unwirksamkeit einer Bestimmung das gelte, was die Parteien vernünftigerweise vereinbart hätten, wenn ihnen dies bei Abschluss des Vertrages bewusst gewesen wäre (act. 4/1 S. 4).

Als vorläufiges Fazit in Bezug auf den "Fitnessvertrag" ist damit festzuhalten, dass dieser von der Klägerin widerrufen werden konnte, wobei sich die Rückabwicklung des gewährten Darlehens beziehungsweise der noch bestehenden Restforderung nach den von den Parteien vereinbarten Rückabwicklungsregeln richtet. Mit dem Widerruf des "Fitnessvertrages" erlosch mit anderen Worten die Möglichkeit, das Darlehen durch die Leistung von Fitness-Trainingseinheiten zu begleichen. Es erscheint indessen als angezeigt, die Bestimmungen der Rückzahlung des Darlehens in Ziffer 5 des Vertrages, welche ursprünglich nur für den Eintritt von Härtefällen gedacht war, nun auch für diesen Fall beizuziehen, da dies bei einer richterlichen Auslegung dem hypothetischen Willen der Parteien entsprechen zu haben scheint (BSK OR I, a.a.O., AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 OR N 47ff.).

3.3.3. Gemäss dem Vertrag beziehungsweise dessen Auslegung nach dem hypothetischen Parteiwillen und einer Interessenabwägung der Parteien wäre der Beklagte nach dem Rücktritt der Klägerin verpflichtet gewesen, das verbleibende Restdarlehen mittels monatlichen Raten von Fr. 300.– zurück zu erstatten. Dies war von der Klägerin mit Schreiben ihres Anwaltes vom 28. Februar 2018 auch so gefordert worden, wobei sie die erste Ratenzahlung per Ende März 2018 verlangt hatte (act. 4/4 N 13). Unbestrittenermassen weigerte sich der Beklagte in der Folge, die geforderten Rückzahlungen zu leisten, da er sich wie bereits dargelegt auf den Standpunkt stellt, dass kein zulässiger Grund für einen Rücktritt vom Vertrag vorlag. Ebenfalls unbestritten blieb, dass die Klägerin in der Folge am 5. November 2018 eine Betreibung gegen den Beklagten für die damals ausstehenden Ratenzahlungen erhoben hatte (act. 4/5), gegen welche der Beklagte Rechtsvorschlag erhob (act. 2 N 17). Gemäss unbestrittener Darstellung der Klägerin hat der Beklagte sodann bisher keine Rückzahlungen geleistet. Der Beklagte macht nicht geltend, das Kündigungsschreiben vom 28. Februar 2018 nicht erhalten zu haben oder dass dieses aus formellen Gründen nicht korrekt gewesen sei. Vielmehr wird aus seinen Ausführungen klar, dass er (aufgrund seiner anderen rechtlichen Einschätzung des Vertrags) nicht gewillt ist, der Klägerin den Restbetrag des Darlehens zurückzuzahlen.

Die Klägerin sah sich daher gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR dazu berechtigt, mit E-Mail vom 20. August 2020 ohne eine Nachfristansetzung von der Rückzahlungsvereinbarung gemäss "Fitnessvertrag" zurückzutreten und den gesamten ausstehenden Betrag geltend zu machen (act. 2 N 18, act. 14 N 14, act. 22 N 34). Dass sie auf eine Nachfrist verzichten durfte, begründete sie damit, dass sich eine solche aufgrund des Verhaltens des Beklagten sowieso als unnütz erwiesen hätte (Art. 108 Ziff. 1 OR; act. 2 N 27). Der Beklagte hatte sich anlässlich des vorinstanzlichen Verfahrens nicht substantiiert zu den klägerischen Vorbringen betreffend den Rücktritt geäußert, sondern machte zur Hauptsache Ausführungen in Bezug auf das Zerwürfnis zwischen den Parteien (act. 8 N 7 - 21 und Prot. Vi S. 6f.). Im Berufungsverfahren monierte der Beklagte den Rücktritt vom Vertrag gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR als widersprüchlich, da die Klägerin zuerst einen Widerruf des Vertrags gestützt auf Art. 404 OR ausgesprochen habe (act. 31

N 17). Da der Rücktritt indessen erst erfolgte, nachdem der Beklagte nach dem Widerruf jegliche Rückzahlung verweigert hatte, kann seinen Ausführungen nicht gefolgt werden. Vielmehr befand sich der Beklagte, nachdem die Klägerin bereits mit Brief vom 28. Februar 2018 den Widerruf erklärt hatte und ihn zu Rückzahlungen ab Ende März 2018 aufgefordert hatte, in Verzug. Nachdem er sodann unbestrittenemassen während mehr als zwei Jahren keinerlei Zahlungen getätigt und gegen ein Betreibungsbegehren der Klägerin Rechtsvorschlag erhoben hatte sowie offensichtlich damals und heute die Ansicht vertritt, rechtlich nicht zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet zu sein, war es seitens der Klägerin auch zulässig, auf die Ansetzung einer Nachfrist zu verzichten und am 20. August 2020 direkt den Rücktritt vom Vertrag zu erklären.

4. Aufgrund des zulässigen Rücktritts vom Vertrag am 20. August 2020 ist die Klägerin damit berechtigt, nicht nur den Restbetrag des von ihr gewährten Darlehens zurück zu fordern, sondern auch das negative Vertragsinteresse geltend zu machen (WEBER/EMMENEGGER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97 -109 OR, 2. A., Bern 2020, Art. 109 OR N 82ff). Die von der Klägerin geltend gemachte Forderung setzt sich wie folgt zusammen:

- a) Restforderung des Darlehens von Fr. 18'881.25 aus Vertrag
- b) Anwaltskosten aus der Ausarbeitung und Beendigung des Vertrages im Betrag von insgesamt Fr. 6'586.– (negatives Vertragsinteresse)
- c) Zins von 5% auf Fr. 18'881.25 seit 9. Oktober 2017 sowie von 5% auf Fr. 6'586.– seit 21. August 2020.

a) Die Klägerin macht geltend, dass, abweichend vom "Fitnessvertrag", das EMS Gerät, welches der Beklagte erwerben wollte, schlussendlich nicht Fr. 20'000.–, sondern Fr. 21'581.25 gekostet habe (act. 2 N 10). Der Beklagte bestätigte in der Klageantwort, dass das Gerät zu diesem Preis gekauft wurde (act. 8 N 8). Obwohl der Darlehensbetrag grundsätzlich nur von einem Darlehen von Fr. 20'000.– spricht, ist damit von einem Darlehen von Fr. 21'581.25 auszugehen. Beide Parteien führen sodann aus, dass vereinbart war, dass dieser Be-

trag durch Dienstleistungen des Beklagten quasi "abgearbeitet" werden konnte. Der von der Klägerin vorgebrachte Umstand, dass die Parteien wie im Fitnessvertrag vorgesehen weitere mögliche Dienstleistungen des Beklagten zu einem Tarif von Fr. 50.– als Abzahlung angerechnet hätten (act. 2 N 11) sowie dass die Dienstleistungen des Beklagten insgesamt zu einem "abgearbeiteten" Betrag von Fr. 2'700.– führen würden (act. 2 N 16, 25 und 31; act. 14 N 33), wurde vom Beklagten nicht substantiiert bestritten und es wurden von ihm auch keine Beweismittel genannt, welche etwas anderes belegen könnten.

Da die diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin damit unbestritten blieben, gilt die von ihr geltend gemachte Forderung im Betrag vom Fr. 18'881.25 als ausgewiesen. Die Klage ist daher in diesem Umfang gutzuheissen.

b) Weiter verlangt die Klägerin Ersatz für die ihr aufgrund des Vertrages entstandenen Anwaltskosten für die Ausarbeitung des Vertrages sowie die Rücktrittserklärung. Während sie in ihrer ursprünglichen Klageschrift einen Betrag von Fr. 2'500.– für Anwaltsaufwendungen aus dem Vertragsschluss geltend machte (act. 2 N 12 und 30), bezifferte sie die Anwaltskosten aus dem Vertragsschluss in der Replik mit Fr. 1'793.80 und die Anwaltskosten im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung mit Fr. 4'792.20, insgesamt somit mit Fr. 6'586.– (act. 14 N 15). Dabei führte sie aus, dass die Kosten für die Durchsetzung ihrer Ansprüche in den geltend gemachten Abrechnungen nicht enthalten, sondern im Rahmen der Prozessentschädigung (teilweise) zu ersetzen seien (act. 14 N 15).

Der Beklagte bestritt die geltend gemachten Kosten für die Ausarbeitung des Vertrages mit seiner ersten schriftlichen Eingabe und führte aus, dass es die Klägerin gewesen sei, welche darauf bestanden habe, dass ein Anwalt für den Vertragsschluss beigezogen werde (act. 8 N. 38). Im Rahmen der Replik bestritt er die Ausführungen der Klägerin in Bezug auf das negative Vertragsinteresse und führte aus, dass es ihre Sache sei, wenn sie für den Vertragsabschluss einen Anwalt beigezogen habe (Prot. Vi S. 7). Dies gelte auch für die Schlichtungsbehörde und die Betreuungskosten. Er wolle indessen nicht im Detail auf diese Kosten eingehen, da es sich bei ihren Vorbringen um unechte Noven handle, welche bereits

von Anfang an in die Klageschrift hätten eingebaut werden müssen (Prot. Vi S. 7). Bei den Anwaltskosten, welche neu hinzugefügt worden seien, handle es sich um Kosten, welche während der Auseinandersetzung entstanden und nicht um solche, welche bei der Vertragsgestaltung angefallen seien (Prot. Vi S. 8f.). Sodann sei es die Klägerin gewesen, welche für die Vertragsgestaltung einen Anwalt beigezogen habe. Diese Kosten könnten nun nicht nachträglich dem Beklagten auferlegt werden (Prot. Vi S. 9).

Entgegen der Ansicht des Beklagten (Prot. Vi S. 7) war die Klägerin berechtigt, im Rahmen der vorinstanzlichen Verhandlung Noven vorzubringen, war die Novenschranke doch anlässlich der Hauptverhandlung, als Replik und Duplik erstattet wurden, noch nicht gefallen (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Es lag indessen an der Klägerin zu beweisen, dass die von ihr geltend gemachten Anwaltskosten aufgrund des Vertragsschlusses sowie für die Rücktrittserklärung entstanden sind. Die Klägerin nennt als Beweismittel für diesen Teil ihrer Forderung die beiden Rechnungen der Anwaltskanzlei C._____ vom 3. Januar 2018 und vom 4. April 2019 (act. 16 N 15; act. 15/12 und 13).

Die Vorbringen des Beklagten, dass der Beizug eines Anwaltes seitens der Klägerin für den Vertragsschluss ihre Sache sei und die entsprechenden Kosten nun nicht von ihm eingefordert werden könnten, schlägt fehl. Die Klägerin hat gemäss Art. 109 Abs. 2 OR Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, wozu die für den Vertragsschluss sowie die Rücktrittserklärung ausgelegten Anwaltskosten gehören (WEBER/EMMENEGGER, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 -109 OR, 2. A., Bern 2020, Art. 109 OR N 82ff). Es wurde vom Beklagten sodann weder geltend gemacht, dass die Klägerin nicht anwaltlich vertreten gewesen sei, noch dass die aufgelisteten Tätigkeiten ihres Anwaltes nicht für den Vertragsschluss angefallen wären. Am Rande ist festzuhalten, dass anscheinend beide Parteien bei Vertragsschluss anwaltlich vertreten waren und die Anwälte bezüglich des Vertragsschlusses offensichtlich miteinander kommunizierten, was aus der Abrechnung vom 3. Januar 2018 (act. 15/12) ersichtlich ist. Während die Klägerin eine datumsässig auf die verschiedenen Leistungen aufgeschlüsselte Abrechnung der anwaltlichen Aufwendungen für den Vertrags-

schluss als Beweismittel ins Recht reichte, unterlässt es der Beklagte, diese geltend gemachten Leistungen substantiiert zu bestreiten. Auch die Höhe der Kosten beziehungsweise die in der als Beweismittel eingereichten Honorarrechnung aufgeführten Leistungen werden als solche nicht bestritten.

Betreffend die für den Vertragsrücktritt geltend gemachten Kosten bringt der Beklagte vor, dass die auf den von der Klägerin neu ins Recht gereichten Abrechnungen ersichtlichen Tätigkeiten ihres Anwaltes nicht für die Rücktrittserklärung erfolgt seien (Prot. VI S. 8f.). Er bestreitet damit anders als bei den Kosten für den Vertragsschluss, bei welchen er lediglich die Notwendigkeit des Beizuges eines Anwaltes moniert, dass die von der Klägerin geltend gemachten Anwaltsaufwendungen für den Vertragsrücktritt entstanden sind. Tatsächlich ist aus der Abrechnung (act. 15/13) nicht ohne Weiteres ersichtlich, ob die geltend gemachten Aufwendungen wirklich im Rahmen der Rücktrittserklärung oder aber für die Geltendmachung des Anspruches an sich erfolgt sind. So ist der Abrechnung zu entnehmen, dass zwischen dem 23. Januar und dem 27. Februar 2018 diverse E-Mails und Telefonate durch den Anwalt der Klägerin bearbeitet und geführt wurden. Indessen ist der Vertragsrücktritt in diesen Leistungsbezeichnungen nicht erwähnt. Die aufgeführten Leistungen ab 2. März 2018 umfassen ebenfalls E-Mails und Telefonate sowie Vorbereitungen für die Betreuung. Das Betreibungsbegehren der Klägerin erfolgte indessen erst am 5. November 2018 (act. 4/5), weshalb dieser Zusammenhang nicht ohne weiteres zu erklären ist. Es liegt an der Klägerin, die von ihr geltend gemachten Kosten konkret zu substantiieren und in der Folge zu beweisen, was ihr (da diese vom Beklagten bestritten werden) mit ihren Vorbringen sowie den als Beweismittel ins Recht gereichten Urkunden nicht gelingt. Sie macht denn betreffend die einzelnen Leistungen des Anwaltes auch keine substantiierten Ausführungen, welche zum Beweis verstellt werden könnten. Vielmehr verweist sie diesbezüglich lediglich auf die als Beweismittel eingereichte Urkunde (act. 14 N 15). Andere Beweismittel (wie etwa die Zeugenaussage ihres damaligen Anwaltes) wurden von ihr dagegen nicht genannt.

In Würdigung der Vorbringen der Parteien sowie der vorliegenden Beweismittel ist der Klägerin somit im Rahmen des negativen Vertragsschadens ein Betrag von

Fr. 1'793.80 für Anwaltskosten aus dem Vertragsschluss zuzusprechen. Im Mehrbetrag von Fr. 4'792.20 (mithin im Umfang der für den Vertragsrücktritt geltend gemachten Kosten) ist ihre Forderung dagegen abzuweisen.

c) Die Klägerin verlangt einen Zins von 5% auf Fr. 18'881.25 seit 9. Oktober 2017 sowie von 5% auf Fr. 6'586.00 seit 21. August 2020. Der Zins für die Forderung von Fr. 18'881.25 (für den ausstehenden Restbetrag des Darlehens) wird dabei ab dem Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung geltend gemacht (act. 14 N 33), während sich das Datum für den Zins für die Fr. 6'586.– (für die aus dem Vertragsschluss und dem Vertragsrücktritt entstandenen Kosten) aus dem Zeitpunkt der Erklärung des Rücktritts ergibt.

Während die Zinsen von 5% für die ausstehende Darlehensrückforderung von Fr. 18'881.25 ab dem 9. Oktober 2017, welcher unbestrittenermassen das Datum der Vertragsunterzeichnung darstellt (act. 4/1 S. 5), durch die Gutheissung der Klage in diesem Umfang als ausgewiesen gelten und die Forderung in diesem Umfang gutzuheissen ist, ist der Zins von 5% für die Forderung betreffend die Anwaltskosten lediglich auf dem Betrag von Fr. 1'793.80 (Kosten für den Vertragsabschluss) ab 21. August 2020 zuzusprechen und im Mehrbetrag abzuweisen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheides vom 19. Februar 2021 die Klage teilweise gutzuheissen ist. Der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von Fr. 20'675.05 (Fr. 18'881.25 plus Fr. 1'793.80) zzgl. Zins zu 5% ab 9. Oktober 2017 auf einem Betrag von Fr. 18'881.25 sowie 5% Zins ab 21. August 2020 auf einem Betrag von Fr. 1'793.80 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Forderung abzuweisen.

III.

1. Die Höhe der im vorinstanzlichen Verfahren festgelegten Gerichtskosten von Fr. 3'500.– sowie der (vollen) Parteientschädigung von Fr. 3'000.– wurde von den Parteien im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Aufgrund des vorliegen-

den Entscheides obsiegt die Klägerin mit ihrer Klage im überwiegenden Umfang. Es erscheint als angemessen, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu 1/4 der Klägerin und zu 3/4 dem Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind vom Vorschuss der Klägerin zu beziehen, der Überschuss ist der Klägerin zurückzuerstatten, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs. Der Beklagte ist sodann zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von Fr. 2'625.– für die Gerichtskosten zu ersetzen.

Weiter ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– zu leisten. Gemäss ständiger Praxis der Kammer ist dieser Betrag, da der Beklagte einen Mehrwertsteuerzusatz beantragt hat (act. 8 S. 2), zuzüglich und nicht inklusive Mehrwertsteuer festzulegen. Dies wird und wurde von der Klägerin auch so beantragt (act. 2 und 22).

2. Auch im Berufungsverfahren obsiegt die Klägerin mehrheitlich. Ausgehend vom Streitwert von Fr. 25'467.– ist die Entscheidgebühr in Anwendung von §§ 4 Abs. 1, 9 Abs. 2 und 12 GebV OG auf Fr. 3'600.– festzusetzen. Die Kosten sind zu 1/4 der Klägerin und zu 3/4 dem Beklagten aufzuerlegen und vom Vorschuss der Klägerin zu beziehen. Der Beklagte ist zu verpflichten, ihr einen Betrag von Fr. 2'700.– für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten zurückzuerstatten.

Weiter ist der Beklagten zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'400.– (zzgl. MWSt.) zu leisten.

3. Das vom Beklagten vor Vorinstanz gestellte URP-Gesuch wurde von dieser nur hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung inhaltlich beurteilt (act. 25 E. V.). Bezüglich der Gerichtskosten wurde das Gesuch hingegen (zufolge erstinstanzlichem Obsiegen bzw. keiner Auferlegung von Gerichtskosten) als gegenstandslos abgeschrieben (act. 25 E. V./3. und Verfügungsdispositiv-Ziff. 1). Mangels vom Beklagten im Berufungsverfahren eventualiter (für den Fall des Unterliegens) gestelltem Begehren um inhaltliche Beurteilung seines erstinstanzlichen URP-Gesuchs auch hinsichtlich der Gerichtskosten (act. 31 S. 2), bleibt es jedoch bei der erwähnten Abschreibungsverfügung.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Guttheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen vom 19. Februar 2021 aufgehoben und wie folgt ersetzt:
 - "1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen Betrag von Fr. 20'675.05 zzgl. Zins zu 5% ab 9. Oktober 2017 auf einem Betrag von Fr. 18'881.25 sowie 5% Zins ab 21. August 2020 auf einem Betrag von Fr. 1'793.80 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
 2. ...
 3. Die Kosten sind zu 1/4 der Klägerin und zu 3/4 dem Beklagten aufzuerlegen.
Die Kosten werden aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 4'380.– bezogen; der Überschuss wird der Klägerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 2'625.– zu ersetzen.
 4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– (zzgl. 7.7 % MWSt.) zu bezahlen."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 19. Februar 2021 bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'600.– festgesetzt und zu 1/4 der Klägerin sowie zu 3/4 dem Beklagten auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 3'600.– bezogen. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 2'700.– zu ersetzen.

3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'400.– (zzgl. 7.7 % MWSt.) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Horgen sowie an die Gerichtskasse des Bezirksgerichtes Horgen und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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. 25'467.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: