

BGer 4A_436/2021 vom 22. März 2022

Bundesgericht, 2022-03-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_436_2021

FR: TF 4A_436/2021 du 22 mars 2022

IT: TF 4A_436/2021 del 22 marzo 2022

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Beschwerde ist dabei hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1).

E. 2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

E. 3

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1; 135 II 356 E. 4.2.1). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2).

E. 4

Soweit ein Entscheid auf mehreren selbständigen alternativen Begründungen beruht, ist für jede einzelne darzutun, weshalb sie Recht verletzt, denn soweit nicht beanstandete Begründungen das angefochtene Urteil selbständig stützen, fehlt das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der gehörig begründeten Rügen (BGE 133 IV 119 E. 6.3; vgl. auch BGE 132 III 555 E. 3.2; je mit Hinweisen).

E. 5

Umstritten ist die Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin.

E. 5.1

Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass in den Jahren 2016 und 2017 unter der Regie von Herrn C. _____ ([Teil-]Inhaber der Beschwerdegegnerin) bei der Beschwerdeführerin ein Shisha-Service durchgeführt worden sei. Im Jahr 2016 sei er gegenüber der Beschwerdeführerin als Einzelperson aufgetreten. Auch der (einzige) schriftliche Vertrag betreffend den Service 2016 sei zwischen ihm und der Beschwerdeführerin abgeschlossen worden. Die Beschwerdegegnerin habe zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht existiert. Sie sei erst am 26. April 2017 in das Handelsregister eingetragen worden. Anlässlich der Parteibefragung habe Herr C. _____ glaubhaft dargelegt, dass die Gründung der Beschwerdegegnerin im Hinblick auf den Service 2017 erfolgt sei. Ein schriftlicher Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin betreffend den Service 2017 bestehe allerdings nicht. Zusammenfassend sprächen aber die vorhandenen schriftlichen Dokumente der Beschwerdeführerin und die zwischen den Parteien gelebten Vertragsmodalitäten dafür, dass sowohl zu diesem Zeitpunkt als auch im Jahr 2018 (zum Zustandekommen eines Vertrages für das Jahr 2018 vgl. hiernach E. 6) die Beschwerdegegnerin und nicht Herr C. _____ die Vertragspartnerin der Beschwerdeführerin gewesen sei. Die Beschwerdegegnerin sei somit aktivlegitimiert.

E. 5.2.1

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Sie beschränkt sich über weite Strecken in appellatorischer Kritik, ohne sich hinreichend mit den vorinstanzlichen

Erwägungen auseinanderzusetzen. So genügt es nicht, den vorinstanzlichen Ausführungen ohne eigentliche Auseinandersetzung ausführliche Zitate aus den vorinstanzlichen Rechtsschriften gegenüberzustellen. Wenn die Beschwerdeführerin über mehrere Seiten wiedergibt, was anlässlich der Befragungen von wem gesagt wurde, übergeht sie zudem, dass das Bundesgericht keine eigene Beweiswürdigung vornimmt, sondern vielmehr einzig die vorinstanzliche Beweiswürdigung auf Willkür überprüft, was eine hinreichende Rüge voraussetzt.

Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, weil sie darauf aufbaue, dass die Beschwerdegegnerin bereits 2016 einen Service bei ihr organisiert habe, was gar nicht möglich sei, weil diese erst 2017 gegründet worden sei, ist sodann offensichtlich unbegründet. Die Vorinstanz hat ausdrücklich festgehalten, dass im Jahr 2016 Herr C. _____ (und nicht die Beschwerdegegnerin) gegenüber der Beschwerdeführerin als Einzelperson aufgetreten sei. Ebenso wenig willkürlich ist die vorinstanzliche Feststellung, es bestehe für den Service 2017 kein schriftlicher Vertrag. Diese Feststellung ist so zu verstehen, dass - im Gegensatz zum Service 2016 - kein schriftlicher Vertrag im Sinne eines Dokuments besteht, das die Unterschriften der Parteien trägt. Die Beschwerdeführerin zeigt denn auch nicht mit Aktenhinweis auf, dass sie einen schriftlichen Vertrag betreffend den Service 2017 als Urkunde eingereicht hätte.

Entgegen der Beschwerdeführerin verfällt die Vorinstanz auch nicht in Willkür, wenn sie aufgrund der Aussagen von Herrn C. _____ nicht ableitet, es sei für den Service 2017 ein Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und ihm persönlich (statt der Beschwerdegegnerin) entstanden. Herr C. _____ sagte anlässlich der Befragung Folgendes aus: "Ich habe per E-Mail eine Bestellung erhalten, geschrieben wie letztes Jahr. Für mich war das ein Vertrag. Es ist mir gesagt worden, es gelten die gleichen Bedingungen wie 2016." Diese Aussage bezieht sich primär auf den Inhalt der zu erbringenden Dienstleistung. Daraus musste die Vorinstanz jedenfalls nicht ableiten, Herr C. _____ und die Beschwerdeführerin hätten einen tatsächlichen Willen dahingehend gehabt, dass der Vertrag erneut zwischen ihnen beiden und nicht mit der Beschwerdegegnerin entstehen soll. Dies gilt namentlich vor dem Hintergrund, dass Herr C. _____ weiter ausführte, "[w]ir hatten aber ein Problem mit der Bezahlung, ich durfte nicht Mehrwertsteuer abrechnen mit der Einzelfirma, darum habe ich die GmbH gegründet [...]".

Zusammenfassend vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen wäre, indem sie zum Ergebnis gelangte, ein tatsächlicher Wille hinsichtlich der Vertragsparteien für den Service 2017 sei nicht erstellt.

E. 5.2.2

Durfte die Vorinstanz, ohne in Willkür zu verfallen, davon ausgehen, ein natürlicher Konsens betreffend die Vertragsparteien für die Durchführung des Services 2017 sei nicht erstellt, hatte sie in der Folge zu prüfen, ob ein normativer Konsens bestand. Die Vorinstanz hat in diesem Sinne ausführlich begründet, weshalb die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben davon ausgehen müssen, der Vertrag für den Service 2017, wie auch für den Service 2018, dessen Zustandekommen sie bejahte (vgl. dazu hiernach E. 6), sei zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin entstanden.

Damit setzt sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht hinreichend auseinander.

Sie beanstandet zwar über mehrere Seiten, die Vorinstanz sei offensichtlich unrichtig zum Schluss gekommen, dass sie keine Begründung vorlege, weshalb es auf die Persönlichkeit von Herrn C._____ angekommen wäre. Dabei übergeht sie aber die Eventualbegründung der Vorinstanz. Diese hielt nicht nur fest, die Beschwerdeführerin lege keine Begründung dafür vor, dass es auf die Persönlichkeit von Herrn C._____ angekommen wäre und eine solche sei auch nicht ersichtlich. Vielmehr erwog sie darüber hinaus auch, es sei im Übrigen gang und gäbe, dass selbst für Leistungen, bei denen es auf die Persönlichkeit der ausführenden (natürlichen Person) ankomme, Verträge mit juristischen Personen abgeschlossen würden, so etwa bei entsprechend organisierten Anwaltskanzleien, Arztpraxen oder Architekturbüros. Mit dieser Begründung setzt sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht auseinander. Damit hat sie betreffend die Frage, ob es auf die Persönlichkeit von Herrn C._____ angekommen wäre und was sich daraus hinsichtlich der Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin ableiten lässt, nicht alle vorinstanzlichen Begründungen angefochten, womit auf ihre diesbezüglichen Rügen nicht einzutreten ist (vgl. hiervor E. 4).

Weiter tut die Beschwerdeführerin auch nicht dar, inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt haben sollte, indem sie als gewichtiges Indiz für einen Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin (statt Herrn C._____) namentlich auf die Abrechnungen für das Jahr 2017 abstellte.

E. 5.2.3

Die Beschwerdeführerin vermag insgesamt nicht darzutun, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie zum Ergebnis gelangte, der Vertrag betreffend den Service 2017 sei zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin zustande gekommen. Somit kann sie auch nicht argumentieren, die Vorinstanz gehe für den Service 2017 von offenkundig falschen Vertragsparteien aus und bejahe als Folge dessen zu Unrecht die Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit dem (bestrittenen) Service 2018. Die Vorinstanz durfte folglich ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, die Beschwerdegegnerin sei für die geltend gemachte Klage aktivlegitimiert.

E. 6

Umstritten ist weiter, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Vertrag betreffend die Durchführung eines Services im Sommer 2018 zustande gekommen ist.

E. 6.1

Die Vorinstanz erwog, da die Beschwerdeführerin das Zustandekommen des Vertrages bestreite, hätten sich die Parteien nicht übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt, womit keine tatsächliche Willensübereinstimmung und damit kein tatsächlicher Konsens bestehe. Entsprechend sei zu beurteilen, ob zwischen den Parteien ein normativer Konsens entstanden sei. Dabei gelte das Vertrauensprinzip. Vorliegend bestehe zwar keine direkte schriftliche Willenserklärung, die auszulegen wäre, vorhanden sei jedoch der schriftliche E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien, der die mündlichen Aussagen der Parteivertreter und Zeugen anlässlich ihrer Befragungen in einen Kontext setze. Ausserdem bestehe ein internes Dokument der Beschwerdeführerin (mit der Bezeichnung "Regelungen Shisha Service 2018"), das im Rahmen der Vorbereitungen durch einen ihrer Mitarbeiter, Herr D._____, erstellt worden sei. Nach dem Vertrauensprinzip sei ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Selbst wenn dieser nicht bis in die letzten Details ausgearbeitet worden sei, so seien die wesentlichen

Punkte klar gewesen. Der Service habe im Zeitraum vom 15. Juni 2018 bis zum 30. September 2018 bei der Beschwerdeführerin durchgeführt werden sollen, und zwar im vorderen Bereich der Hotelanlage. Vom erwirtschafteten Umsatz hätten der Beschwerdegegnerin 80 % weitergeleitet werden müssen.

E. 6.2

Vertragsbezogene Willenserklärungen sind - wenn kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille festgestellt werden kann - nach dem Vertrauensgrundsatz so auszulegen, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten. Dies beurteilt sich nicht nur nach ihrem Wortlaut und dem gesamten Zusammenhang, in dem sie stehen, sondern auch nach den Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; 133 III 61 E. 2.2.1). Zu welchem Ergebnis eine solche Auslegung führt, ist eine Frage der Rechtsanwendung, über welche das Bundesgericht frei entscheidet. Grundsätzlich gebunden ist es aber an die Feststellungen des kantonalen Gerichts über die Umstände des Vertragsschlusses und das Wissen der Vertragsparteien (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 24 E. 4; je mit Hinweisen).

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt (betreffend die Umstände des Vertragsschlusses bzw. das Wissen der Parteien) offensichtlich unrichtig festgestellt, indem sie erwogen habe, die Zustimmung des Hoteldirektors zur Durchführung des Service 2018 sei nicht notwendig gewesen.

E. 6.3.1

Die Vorinstanz erwog, es sei gegenüber der Beschwerdegegnerin kein Vorbehalt geäussert worden, dass noch interne Absprachen getätigt werden müssten bzw. gar noch eine Zustimmung des Hoteldirektors (Herr G. _____) erforderlich wäre. Einer solchen Zustimmung habe es - zumindest im Aussenverhältnis - auch nicht bedurft. Vielmehr seien sämtliche Ansprechpersonen der Beschwerdegegnerin (Herr D. _____, sein Nachfolger Herr E. _____ sowie Herr F. _____) Mitglieder der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin und direkt dem Hoteldirektor unterstellt. Herr C. _____ (als Vertreter der Beschwerdegegnerin) habe, namentlich mit Blick auf die beiden vorangegangenen Jahre, davon ausgehen dürfen, die Beschwerdeführerin sei gültig durch (dieselben) Personen des Kaders vertreten worden und eine interne Kommunikation habe bereits stattgefunden.

E. 6.3.2

Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, inwiefern die Vorinstanz mit diesen Feststellungen in Willkür verfallen sein sollte. Stattdessen übt sie appellatorische Kritik. Sie scheint dabei namentlich zu übersehen, dass es nicht darum geht, welche internen Abläufe bei ihr bestanden haben, sondern von welchen internen Abläufen die Beschwerdegegnerin (bzw. Herr C. _____ als ihr Vertreter) nach Treu und Glauben ausgehen durfte. Diesbezüglich hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt. Ihr Einwand, die Beschwerdegegnerin hätte wie in den Vorjahren von einer förmlichen Bestellung ausgehen müssen, basiert sodann auf einer Ergänzung des Sachverhalts, ohne dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt wären (vgl. hiervor E. 2). Nichts ändert schliesslich auch, dass noch gewisse Unsicherheiten betreffend die genaue Lokalität des Services 2018 auf dem Hotelareal bestanden haben sollen, zumal sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid (dort E.

7.5.3) damit ausführlich auseinandergesetzt hat.

Soweit die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Erwägung beanstandet, dass die Beschwerdegegnerin nicht mit der Notwendigkeit eines schriftlichen Vertrages für den Service 2018 zu rechnen hatte, basiert ihre Rüge einzig auf ihrem unbegründeten Vorwurf, die Vorinstanz habe zu Unrecht festgestellt, es habe keinen schriftlichen Vertrag zwischen den Parteien betreffend den Service 2017 gegeben. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in E. 5.2.1 hiervor verwiesen werden. Auch vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz in Willkür verfallen wäre, indem sie feststellte, die Beschwerdegegnerin habe im Hinblick auf den Shisha Service 2018 Dispositionen getroffen. So ist insbesondere ihr Einwand, Herr C. _____ und dessen Mitarbeiter seien bloss angereist, um vollendete Tatsachen zu schaffen, nicht glaubwürdig.

E. 6.3.3

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe offensichtlich unrichtig festgestellt, die Angebotszeit des Services 2018 sei vom 15. Juni 2018 bis 30. September 2018 festgelegt worden. Sie macht insbesondere geltend, ein Beginn am 15. Juni 2018 widerspreche ihrem internen Dokument "Regelungen Shisha Service 2018".

Die Vorinstanz erwog, auch beim zeitlichen Rahmen des Shisha-Services 2018 könne davon ausgegangen werden, dass sich Herr C. _____ und Herr D. _____ anlässlich des Gesprächs vom 27. April 2018 auf einen Beginn am 15. Juni 2018 geeinigt hätten. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdegegnerin (bzw. ihre Mitarbeitenden) bei einer anderslautenden Vereinbarung zwei Wochen zu früh hätte anreisen sollen. Der zeitliche Rahmen des Shisha-Services 2018 sei im Übrigen auch durch die Reservation des Mitarbeiterzimmers bestätigt worden.

Die Beschwerdeführerin vermag diesbezüglich keine Bundesrechtsverletzung aufzuzeigen. Der Umstand, dass im internen Dokument "Regelungen Shisha Service 2018" andere Angebotszeiten (1. Juli 2018 bis 30. September 2018) genannt wurden, ist insofern nicht entscheidend, als damit nicht ausgeschlossen ist, dass sich die Parteien anlässlich der Besprechung vom 27. April 2018 auf einen früheren Beginn des Services geeinigt hätten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass im betreffenden Dokument bloss - wenn auch relativ ausführlich - Eckpunkte des Services skizziert wurden. Zudem ist (wie bereits erwähnt) nicht glaubwürdig, dass die Mitarbeitenden der Beschwerdegegnerin zwei Wochen zu früh angereist wären (einschliesslich der Reservation des Mitarbeiterzimmers).

E. 6.3.4

Zusammenfassend hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie gestützt auf das Vertrauensprinzip davon ausging, es sei zwischen den Parteien ein Vertrag betreffend die Durchführung eines Shisha-Services vom 15. Juni 2018 bis 30. September 2018 auf dem Areal der Beschwerdeführerin entstanden.

E. 7

Strittig ist weiter die Vertragsqualifikation. Die Vorinstanz hat den streitgegenständlichen Vertrag zwischen den Parteien - wie erwähnt - als Werkvertrag qualifiziert, den Rücktritt vom Vertrag entsprechend nach Art. 377 OR beurteilt und der Beschwerdegegnerin das positive Vertragsinteresse zugesprochen. Die Beschwerdeführerin stellt sich hingegen (eventualiter) auf den Standpunkt, es handle sich um einen Auftrag, womit sich ein allfälliger Rücktritt nach Art. 404 OR beurteile.

E. 7.1

Die Vertragsqualifikation ist eine Rechtsfrage (BGE 131 III 217 E. 3; Urteile 4A_360/2021 vom 6. Januar 2022 E. 5.1.1; 4A_141/2019 vom 26. September 2019 E. 4.1; 4A_602/2013 vom 27. März 2014 E. 3.1). Das Bundesgericht prüft die vorinstanzliche Vertragsqualifikation aufgrund der von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen (Urteil 4A_64/2020 vom 6. August 2020 E. 5 mit Hinweisen; BGE 84 II 493 E. 2).

E. 7.2

Ein Werkvertrag liegt vor, wenn sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung verpflichtet (Art. 363 OR). Typisch für den Werkvertrag ist, dass der Unternehmer nicht nur Arbeit, sondern einen Arbeitserfolg in Form eines Werkes schuldet. Durch die Annahme eines Auftrags hingegen verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Der Beauftragte hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen (BGE 127 III 328 E. 2a; Urteile 4A_594/2017 vom 13. November 2018 E. 4.1; 4A_129/2017 vom 11. Juni 2018 E. 4.1; 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 4.1).

E. 7.3

Die Vorinstanz erwog, da der zu beurteilende Vertrag betreffend den Shisha-Service 2018 grösstenteils den bereits beidseitig erfüllten Verträgen der beiden vorangegangenen Jahre 2016 und 2017 entspreche, könne der Inhalt des Vertrages 2018 diesen gelebten Verhältnissen entsprechend festgelegt werden. Die Beschwerdegegnerin habe das Material für den Service geliefert, habe auf Bestellung der Gäste auf dem Areal der Beschwerdeführerin die Raucherware konsumfertig vorbereitet und diese sodann durch eigenes angestelltes Personal serviert. Hierfür hätten die Wasserpfeifen vorbereitet, mit Wasser, Alufolie sowie dem gewünschten Tabak ausgestattet, anschliessend zusammengesetzt und mittels Kohle entzündet werden müssen. Die Beschwerdeführerin sei demgegenüber verpflichtet gewesen, der Beschwerdegegnerin 80 % des durch den Shisha-Service entstandenen Umsatzes zu vergüten. Im Vordergrund des Vertrages hätten die Lieferung und die Herstellung des Materials bzw. der einzelnen konsumfertigen Shishas gestanden. Die Beschwerdegegnerin habe hierzu Rohmaterial im Sinne eines Werkvertrages verarbeitet. Geschuldet gewesen sei mithin

kein reines Tätigwerden , sondern zentral sei das Endprodukt zum Konsum der Gäste gewesen. Zusätzlich habe insofern ein mietvertragliches Element bestanden, als die Shishas während der ganzen Dauer des geplanten Services zur Verfügung gehalten worden seien. Im Vergleich zu den Hauptleistungspflichten falle dieses Element aber in den Hintergrund, ebenso wie das eigentliche Servieren durch die Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin, worin ein eigentliches auftragsrechtliches Element bestanden habe. Hauptsächlich sei es um die Vorbereitung der Shishas auf Bestellung der Gäste gegen Entgelt gegangen, womit die Regelungen über den Werkvertrag Anwendung fänden.

E. 7.4

Diesen Ausführungen der Vorinstanz ist nicht zu folgen. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, entscheidend seien nicht die Leistungen im Verhältnis der Beschwerdegegnerin zu den Hotelgästen, sondern die Leistungen, zu denen sich die Beschwerdegegnerin ihr gegenüber verpflichtet habe. Die Vorinstanz unterscheide nicht

zwischen diesen beiden Ebenen. Die Leistungen der Beschwerdegegnerin gegenüber der Beschwerdeführerin bestanden in der Bewirtschaftung der Gäste, welche eine Shisha rauchen wollten. Die Beschwerdegegnerin übernahm

sämtliche damit einhergehende Arbeiten, wie sich auch aus den vorinstanzlichen Feststellungen ergibt. Dazu gehörte insbesondere auch das Servieren der Shishas durch eigenes Personal sowie die Organisation des Shisha-Services an sich. Die Beschwerdegegnerin verpflichtete sich - wie sich aus den vorinstanzlichen Feststellungen ergibt und wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt - (in enger Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin) einen Shisha-Service zu organisieren. Dies ergibt sich zusätzlich auch aus der Vereinbarung betreffend den Service 2016. Der Vorinstanz ist nicht zu folgen, wenn sie im Rahmen der Vertragsqualifikation bloss auf die eigentliche Vorbereitung der Shishas abstellt und infolge dessen das Vertragsverhältnis als Werkvertrag qualifiziert. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, bestanden die Leistungen der Beschwerdegegnerin darin, auf ihrem Areal in enger Zusammenarbeit mit ihr einen Shisha-Service anzubieten. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Sinne weiter zu Recht auch geltend, die Pflicht zur Bereitstellung einer Dienstleistung gegenüber Dritten, deren Anzahl und Konsumverhalten nicht durch die Parteien direkt bestimmt werden könne, sondern von äusseren Umständen abhängen, spreche nicht für einen Werkvertrag. Dass die eigentliche Herstellung der Shisha-Raucherware durch die Beschwerdegegnerin (Vorbereitung der Wasserpfeifen mit Wasser, Alufolie und Tabak sowie anschliessendes Zusammensetzen und Anzünden mittels Kohle) ein "überprüfbarer Arbeitserfolg" bildet, vermag das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien - entgegen der Vorinstanz - in seiner Gesamtheit nicht als Werkvertrag zu qualifizieren. Vielmehr ist von einem gemischten Vertrag auszugehen, bei dem auftragsrechtliche Elemente dominieren.

Zusammenfassend ist die Vorinstanz somit zu Unrecht davon ausgegangen, dass die werkvertraglichen Regelungen Anwendung fänden.

E. 8

Umstritten ist weiter, ob der Beschwerdegegnerin ein valables Alternativangebot im Sinne einer Ausweichlocation angeboten wurde.

E. 8.1

Die Vorinstanz erwog, Herr G. _____ habe dazu ausgeführt, es sei keine Ersatzlösung angeboten worden, sondern man habe gesagt, wenn sie wollten, könnten sie den Service auf dem alten X. _____-Areal machen. Auch Herr E. _____ habe angegeben, dass es keine Ausweichlocation gegeben habe bzw. die Lösung hinter dem Hotel "nicht so zur Debatte" gestanden habe. Selbst wenn ein solches Angebot gemacht worden wäre, entspräche dies bereits aus Sicht der Beschwerdeführerin nicht einer ernsthaften Alternative für die Durchführung des Services 2018. Wie dargelegt, habe die Beschwerdegegnerin davon ausgehen dürfen, dass ihr für den Service 2018 ein geeigneter, den Vorjahren ungefähr entsprechender Platz zur Verfügung gestellt würde.

E. 8.2

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Sie wendet sich gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung, vermag diese aber nicht als willkürlich auszuweisen (vgl. hiervor E. 3). Sie macht geltend, die Vorinstanz habe verneint, dass ein Alternativstandort angeboten worden sei und es sich dabei um eine ernsthafte Alternative

gehandelt habe. Dabei sei sie offensichtlich zu Unrecht über die relevanten Aussagen der Herren E._____ und G._____ hinweggegangen, ohne sich dabei des Sinns und der Tragweite der Aussagen der beiden Herren bewusst zu sein und sich mit diesen auseinanderzusetzen. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid aber sowohl auf die Aussage von Herrn G._____ als auch auf diejenige von Herrn E._____ Bezug genommen. Dass die Vorinstanz die Aussagen nicht vollständig widergegeben hat, begründet keine Willkür, zumal nicht ersichtlich ist, dass die Vorinstanz die Aussagen aus dem Zusammenhang gerissen oder ihnen eine offensichtlich unrichtige Bedeutung zugemessen hat.

Die Vorinstanz durfte zusammenfassend, ohne in Willkür zu verfallen, davon ausgehen, dass der Beschwerdegegnerin keine ernsthafte Alternative zur Durchführung des Shisha-Services 2018 auf dem Areal der Beschwerdeführerin angeboten worden ist.

E. 9.1

Da der Vertrag betreffend den Shisha-Service 2018 als gemischter Vertrag zu qualifizieren ist, bei dem auftragsrechtliche Elemente dominieren (vgl. hiervor E. 7.4), beurteilen sich die Rechtsfolgen des Verzichts der Beschwerdeführerin auf die Durchführung des Shisha-Service grundsätzlich nach Art. 404 OR, sofern dessen Bestimmungen als sachgerecht erscheinen.

E. 9.2

Nach Art. 404 Abs. 1 OR kann ein Auftrag jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Dieses Beendigungsrecht ist zwingend und darf weder vertraglich wegbedungen noch eingeschränkt werden. Es besteht daher auch, wenn ein Auftrag mit einer festen Dauer vereinbart wurde (BGE 104 II 108 E. 4). Es gilt sowohl für reine Auftragsverhältnisse als auch für gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen (BGE 110 II 380 E. 2; 109 II 462 E. 3d). Auch auf atypische Auftragsverhältnisse findet es Anwendung. Das Bundesgericht hat trotz Kritik der Lehre an dieser Praxis festgehalten (BGE 115 II 464 E. 2a; Urteile 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.5.1; 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011 E. 2.2 und 2.3 mit Hinweisen). Für die Frage, ob hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen, wird vor allem darauf abgestellt, ob nach Art des Vertrages ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unerlässlich ist und ihm besondere Bedeutung zukommt (zit. Urteil 4A_284/2013 E. 3.5.1 mit Hinweis).

E. 9.3

Vorliegend ist ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bzw. der Beschwerdeführerin und Herrn C._____ zu bejahen. Die Leistungen der Beschwerdegegnerin bestanden namentlich auch im Servieren der Shishas und damit im Kontakt zu den Kunden. Es liegt auf der Hand, dass die Beschwerdeführerin als renommiertes Grand Hotel nicht einfach ein beliebiges Unternehmen auf ihrem Areal einen Shisha-Service hätte organisieren lassen. Das Vertragsverhältnis mit der Beschwerdegegnerin, dessen (Teil-) Inhaber Herr C._____ ist, bestand namentlich auch aufgrund eines Vertrauensverhältnisses zu Letzterem. Wie die Beschwerdeführerin zudem in anderem Zusammenhang ausführt, ist das Projekt des Shisha-Services 2016 entstanden, weil sie sich anlässlich des Personalfests von den Leistungen von Herrn C._____ überzeugt hatte. Daran ändert nichts, dass die Verträge betreffend die Services 2017 und

2018 nicht mehr mit Herrn C._____ persönlich, sondern mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossen worden sind. Das Vertrauensverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin ergibt sich denn bereits daraus, dass der Service in der Vergangenheit bereits zur Zufriedenheit der Beschwerdeführerin ausgeführt worden ist.

Zusammenfassend ist ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zu bejahen, womit die Anwendung der Bestimmungen des Auftragsrechts hinsichtlich der zeitlichen Bindung vorliegend als sachgerecht erscheint.

E. 9.4

Art. 404 Abs. 2 OR sieht vor, dass die Partei, die den Vertrag zur Unzeit widerruft oder kündigt, der anderen Partei den Schaden zu ersetzen hat, der ihr dadurch entsteht. Damit ein Schadenersatzanspruch besteht, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Es dürfen keine ernsthaften Gründe für die Kündigung vorliegen und der Schadenersatz beanspruchenden Partei muss aufgrund von Dispositionen, die sie zur Erfüllung des Auftrags getroffen hat, ein Schaden entstanden sein (BGE 110 II 380 E. 3b; Urteile 4A_680/2016 und 4A_686/2016 vom 12. Juli 2017 E. 3.1; 4A_36/2013 vom 4. Juni 2013 E. 2.5; 4C.78/2007 vom 9. Januar 2008 E. 5.4). Mit anderen Worten liegt keine Kündigung des Auftrags zur Unzeit vor, wenn der Beauftragte dem Auftraggeber begründeten Anlass zur Auftragsauflösung gegeben hat (BGE 109 II 462 E. 4c).

Für die Anwendbarkeit von Art. 404 Abs. 2 OR ist es daher insbesondere erforderlich, dass der Beauftragte seinem Vertragspartner keinen ernsthaften Grund zur Kündigung geliefert hat (zit. Urteil 4A_680/2016 und 4A_686/2016 E. 3.1).

E. 9.5

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde nicht geltend, dass die Beschwerdegegnerin bzw. Herr C._____ ihr ernsthafte Gründe zur kurzfristigen Kündigung des Auftrags (diese erfolgte kurz vor Beginn des Services bzw. während den kurzfristigen Vorbereitungshandlungen) geliefert hätte. Solche Gründe sind im Übrigen auch nicht ersichtlich. Damit ist die Kündigung (d.h. der Verzicht auf die Durchführung des Shisha-Services 2018) seitens der Beschwerdeführerin zur Unzeit erfolgt.

E. 9.6

Bei einer Kündigung zur Unzeit ist - wie erwähnt - nach Art. 404 Abs. 2 OR Schadenersatz geschuldet. Grundsätzlich ist das negative Interesse zu ersetzen. So kann beispielsweise Ersatz verlangt werden für nutzlos gewordene Aufwendungen, die mit Blick auf den Auftrag getätigt wurden, oder für Gewinn, auf den der Beauftragte verzichtet hat, um sich dem Auftrag zu widmen. Das Interesse an der Fortdauer des Auftrags wird durch Art. 404 Abs. 2 OR nicht geschützt (Urteil 4A_196/2020 vom 16. Juli 2020 E. 6.1; zit. Urteil 4A_284/2013 E. 3.6.1 mit Hinweisen).

Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen machte die Beschwerdegegnerin einerseits nutzlos gewordenen Aufwand, andererseits einen Gewinnausfall geltend. Es seien ihr - so die Beschwerdegegnerin - neben dem Gewinnausfall Materialkosten von Fr. 15'500.--, Personalkosten von Fr. 59'388.90 sowie Transportkosten von Fr. 2'000.-- entstanden, welche durch die Beschwerdeführerin zu ersetzen seien. Die Vorinstanz hat aufgrund ihrer Vertragsqualifikation die Beschwerdegegnerin so gestellt, wie wenn der Vertrag beidseitig korrekt erfüllt worden wäre und hat ihr einen (anhand der Zahlen des Vorjahres geschätzten) hypothetischen Umsatzanteil von Fr. 90'000.-- zugesprochen. Da aber

vorliegend das negative Vertragsinteresse zu ersetzen ist, wird die Vorinstanz vielmehr zu prüfen haben, ob die Beschwerdegegnerin die geltend gemachten Kosten für Material, Transport und Personal im Sinne eines Vertrauensschadens aufgrund der Kündigung zur Unzeit hinreichend substantiiert und nachgewiesen hat.

E. 10

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 19. Juli 2021 ist aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an dieses zurückzuweisen. Es wird zu prüfen haben, ob die Beschwerdegegnerin ihr negatives Vertragsinteresse (Material-, Transport- und Personalkosten) hinreichend substantiiert und nachgewiesen hat. Bei diesem Ergebnis wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

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