

# **BGer 4A\_606/2016 vom 10. März 2017**

Bundesgericht, 2017-03-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_606\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_606_2016)

FR: TF 4A\_606/2016 du 10 mars 2017

IT: TF 4A\_606/2016 del 10 marzo 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im Beschwerdeverfahren können Ansprüche, die vor der letzten kantonalen Instanz nicht aufrechterhalten worden sind, nicht mehr geltend gemacht werden ( Art. 99 Abs. 2 BGG ; BGE 133 III 545 E. 2.4 S. 550; vgl. auch BGE 94 II 209 E. 4 S. 211 mit H inweisen). Vor Bundesgericht verlangt die Beschwerdeführerin den bereits vor der Vorinstanz geforderten Betrag. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich aber nicht und die Beschwerdeführerin zeigt auch nicht mit Aktenhinweisen auf, dass sie auch vor der Vorinstanz auf diesem Betrag Zins verlangt hätte. In Bezug auf die Zinsen ist das Begehren damit als neu und unzulässig anzusehen. Insoweit ist nicht auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2**

Die Vorinstanz kam wie das Bezirksgericht zum Schluss, beim Projekt betreffend den Erlebnisweg hätten sowohl die Arbeiten der Beschwerdeführerin, insbesondere in Bezug auf die Fertigstellung der Bilder, das Titelbild, die Buch- und Tafeltexte sowie Skizzen und Posten als auch die Entschädigung dieser Arbeiten sowie die Regelung betreffend Urheber- und Nutzungsrechte untrennbar zusammengehangen und Bestandteile desselben gemischten Vertragsverhältnisses gebildet. Zum Abschluss eines Vertrages wäre demnach eine Einigung über all diese objektiv wesentlichen Vertragspunkte notwendig gewesen. Dass sich die Parteien über all diese Punkte einig gewesen seien, werde von der Beschwerdeführerin aber weder erst- noch zweitinstanzlich dargetan. Der Nachweis einer Auftragserteilung für die Fertigstellung der Bilder und Postengestaltung am 22. April 2010 sei der Beschwerdeführerin nicht gelungen. Die Vorinstanz äussert sich weiter zur subjektiven Wesentlichkeit der Vertragspunkte und zur vorbehaltenen Form.

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, alle diese Punkte hingen letztlich entscheidend mit der Qualifikation des Rechtsverhältnisses zusammen und der Frage, ob ihr am 22. April 2010 ein Auftrag erteilt worden sei. Sie wirft der Vorinstanz vor, diese habe sich nicht mit ihren Vorbringen auseinandergesetzt und sei bei der Beweiswürdigung in Willkür verfallen. Die Beschwerdegegnerin habe sich bereits an der Vorstellung des Projektes am 22. April 2010 begeistert von der Idee der Beschwerdeführerin gezeigt und in Bezug auf die Weiterarbeit der Beschwerdeführerin laufend einen Rechtsbindungswillen manifestiert und bestätigt. Die kantonalen Instanzen hätten diesem Rechtsbindungswillen nicht hinreichend Beachtung geschenkt.

#### **E. 2.2**

Über die konkrete Entschädigungshöhe sowie die Regelung der immateriell-rechtlichen Fragen sei erst ab Juli 2010 gesprochen worden. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Entgeltlichkeit des Auftrages bestimme sich nach Art. 394 Abs. 3 OR . Der

zu beurteilende Fall sei ein typischer Fall eines entgeltlichen Auftrags, da die Beschwerdeführerin auf Wunsch der Beschwerdegegnerin, die beabsichtigt habe, die Projektidee der Beschwerdeführerin vollumfänglich zu realisieren, unter Hochdruck und grössten persönlichen Aufwendungen an der Fertigstellung des Projekts gearbeitet habe. Diesen Aufwand hätte die Beschwerdeführerin ohne rechtlich verbindliche Zusicherung der Beschwerdegegnerin nie geleistet.

### **E. 3**

Nach dem Gesetzestext von Art. 394 OR verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrages, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Abs. 1). Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist (Abs. 3). Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, eine Vergütung sei verabredet worden, sondern sie macht geltend, eine solche sei angesichts der von ihr erbrachten und von der Beschwerdegegnerin entgegengenommenen Arbeitsleistung üblich. Sie ist der Auffassung, die Vorinstanz hätte zur Frage der Auftragserteilung weitere Beweise abnehmen müssen. Bereits aufgrund der Behauptungen der Beschwerdeführerin ist indessen nicht von einem entgeltlichen Auftrag auszugehen:

#### **E. 3.1**

Haben die Parteien keine Honorarvereinbarung abgeschlossen, trifft die Beweislast für das Bestehen einer Übung den Beauftragten. Er hat eine Verkehrsübung nachzuweisen, wonach Aufträge der in Frage stehenden Art gemeinhin nur gegen Vergütung übernommen werden (FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, N. 423 zu Art. 394 OR mit Hinweisen).

##### **E. 3.1.1**

In der Lehre, auf welche die Beschwerdeführerin verweist, wird allerdings die Auffassung vertreten, weil Dienstleistungen regelmässig nicht unentgeltlich erbracht würden, sei praktisch von einer Umkehr der gesetzlichen Vermutung auszugehen. Eine Gefälligkeit, welcher der Charakter des rechtlich Verbindlichen fehle, sei nur dann anzunehmen, wenn es an erkennbaren wirtschaftlichen oder sonstwie geschützten Interessen mangle und nicht von Auswirkungen auf das Vermögen des Tätigwerdenden auszugehen sei. Für einen entgeltlich zustande gekommenen Auftrag spreche hingegen, wenn der Tätigwerdende unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben in Beachtung der Verkehrssitte auf einen Rechtsbindungswillen des Vertragspartners habe schliessen dürfen (WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 16 zu Art. 394 OR mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

##### **E. 3.1.2**

Der Hinweis auf die zitierte Lehre geht insoweit an der Sache vorbei, als unbestritten ist, dass die Projektarbeiten nicht als Gefälligkeit erbracht wurden, sondern im Rahmen der Projektrealisierung abgegolten werden sollen. Der Streit gründet darin, dass sich die Parteien nicht einigen konnten und das Projekt nicht realisiert wurde.

#### **E. 3.2**

Selbst wenn man grundsätzlich davon ausgeht, eine Vergütung sei üblich, wenn die Geschäfts- oder Dienstleistung berufsmässig geschehe (WEBER, a.a.O., N. 35 zu Art. 394 OR ; FELLMANN, a.a.O., N. 380 zu Art. 394 OR mit Hinweisen), hilft dies der Beschwerdeführerin nicht, da der von ihr behauptete Auftrag gewisse Besonderheiten aufweist. Nach Art. 400 Abs. 1 OR wäre der Beauftragte nämlich unter anderem

verpflichtet, alles, was ihm infolge seiner Geschäftsführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Die Erstattungspflicht umfasst auch die Sachen, die zu schaffen der Beauftragte sich vertraglich verpflichtet hat (FELLMANN, a.a.O., N. 135 zu Art. 400 OR mit Hinweisen; vgl. WEBER, a.a.O., N. 12 zu Art. 400 OR ). Dazu kann auch die Übertragung von Immaterialgüterrechten gehören (GAUTSCHI, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1971, N. 7a zu Art. 400 OR ; vgl. auch BRIGITTE BIELER, Die Übertragung des Urheberrechts in Konstellationen des Arbeits-, Auftrags-, Werkvertrags- und Produzentenverhältnisses sowie in ausgewählten Bereichen des Umstrukturierungsrechts, 2014, S. 167 f., die von einer entsprechenden Pflicht ausgeht, mit Blick auf Art. 16 Abs. 3 URG [SR 231.1] aber für die Übertragung zusätzlich ein Verfügungsgeschäft verlangt). Die Beschwerdeführerin behauptet aber nicht, ihr sei ein derartiger Auftrag erteilt worden:

### **E. 3.2.1**

Sie beruft sich vor Bundesgericht darauf, sie habe in der Berufungsschrift explizit festgehalten, die Entschädigung für ihre Arbeiten sei in den späteren Gesprächen ein wichtiges Thema gewesen. Dies ändere jedoch nichts daran, dass sie bereit gewesen sei, den Auftrag auch ohne vorgängige Vereinbarung über die konkrete Höhe des Honorars auszuführen - im Gegenteil; sie habe sich in den verschiedenen Vertragsverhandlungen und -entwürfen über die detaillierte Ausgestaltung des Honorars sehr flexibel gezeigt und wäre unter der Voraussetzung einer fairen Anstellung und Entschädigung für die Einräumung der Lizenzrechte auch bereit gewesen, sich mit einem etwas tieferen auftragsrechtlichen Honorar (als angemessen) einverstanden zu erklären. Da die Vertragsverhandlungen über die konkrete Entschädigung für die erbrachten Arbeiten und die Ausgestaltung der Lizenzrechte aber offensichtlich gescheitert seien, sei sie nun in Anwendung von Art. 394 Abs. 3 OR angemessen zu entschädigen. Die Beschwerdeführerin macht vor Bundesgericht zudem geltend, es sei unverständlich, wie die Vorinstanz zur Auffassung gelangen könne, dass die Beauftragung zur Erstellung der Bilder und Posten etc. sowie die Regelung der immaterialgüterrechtlichen Fragen und der Entschädigungshöhe untrennbar zusammenhängen. Sie verlangt mithin die eingeklagte Entschädigung unabhängig von der Regelung der immaterialgüterrechtlichen Fragen.

### **E. 3.2.2**

Die Gegenstand des behaupteten Auftrages bildenden Leistungen der Beschwerdeführerin sind zwar eine notwendige Voraussetzung für die Projektrealisierung. Ohne Regelung der immaterialgüterrechtlichen Fragen (zumindest die Einräumung der zur Projektrealisierung nötigen Lizenzrechte), sind diese Arbeiten für die Beschwerdegegnerin aber von keinerlei Nutzen. Sie erlauben nicht, das Projekt zu realisieren. Die Beschwerdeführerin beruft sich aber selbst darauf, die Beschwerdegegnerin habe ihren "Rechtsbindungswillen" betreffend die Fertigstellung der Bilder manifestiert, indem sie sich anlässlich einer Sitzung vom 29. Juni 2010 "definitiv für die Realisierung des Projektes" entschieden habe. Nach Darstellung der Beschwerdeführerin ging es der Beschwerdegegnerin um die Realisierung des Projekts, nicht um eine davon unabhängige Vollendung der Arbeiten. Daher konnte die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, sie werde für ihre Arbeiten entschädigt, unabhängig davon, ob und zu welchem Preis sie der Beschwerdegegnerin die zur Projektrealisierung notwendigen Nutzungsrechte einräumt. Diesen Punkt lässt die Beschwerdeführerin ausser Acht, soweit sie in Abrede stellt, dass die umstrittenen Punkte für die Beschwerdegegnerin subjektiv wesentlich gewesen seien, ganz abgesehen davon, dass sie dabei dem Bundesgericht einfach ihre eigene Würdigung der

Sachumstände vorträgt, was nicht genügt, um die Beweiswürdigung der Vorinstanz als offensichtlich unhaltbar auszugeben ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

### **E. 3.2.3**

Dass eine Verkehrsübung bestünde, wonach Aufträge der in Frage stehenden Art gemeinhin unabhängig davon vergütet werden, ob und zu welchem Preis dem Auftraggeber die zur Realisierung des Projektes notwendigen Lizenzrechte eingeräumt werden, ist überdies nicht festgestellt, und die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass sie diesbezüglich prozesskonform Beweisanträge gestellt hätte. Damit fehlt es mangels einer Honorarvereinbarung jedenfalls an einer Grundlage für die Annahme eines entgeltlichen Auftrages mit dem von der Beschwerdeführerin behaupteten Inhalt. Damit war die Vorinstanz nicht gehalten, diesbezüglich weitere Beweise abzunehmen. Dass eine Vergütung üblich ist, wenn die Geschäfts- oder Dienstleistung berufsmässig geschieht (FELLMANN, a.a.O., N. 380 zu Art. 394 OR mit Hinweisen), hilft der Beschwerdeführerin nichts, da sie für die Nutzung ihrer Arbeiten ein Entgelt verlangt und bei Projektrealisierung auch erhalten sollte. Zur Debatte steht nicht die Entgeltlichkeit an sich, sondern die Frage, ob das Entgelt auch ohne Einräumung von Nutzungsrechten am Arbeitsergebnis beansprucht werden kann.

### **E. 3.3**

Eine andere Frage ist, ob die Beschwerdeführerin daraus etwas ableiten kann, dass die Beschwerdegegnerin (nach den Behauptungen der Beschwerdeführerin) zunächst die Verwirklichung des Projekts vorantrieb, dieses schliesslich aber nicht zur Vollendung brachte, so dass die Beschwerdeführerin für die von ihr im Vertrauen auf die Projektrealisierung geleisteten Arbeiten keine Vergütung erhielt.

#### **E. 3.3.1**

Auch diesen Aspekt hat die Beschwerdeführerin zum Prozessthema gemacht, indem sie sich vor erster Instanz auf eine Haftung aus "culpa in contrahendo" berufen hat. Die Vorinstanz ist insoweit aber auf die Berufung nicht weiter eingegangen, weil sich die Beschwerdeführerin mit der erstinstanzlichen Begründung nicht hinreichend auseinandergesetzt habe. Sie habe sich zu den einlässlichen erstinstanzlichen Erwägungen einzig dahingehend geäußert, sie bestreite die Feststellungen des Bezirksgerichts in Bezug auf die Pflichtverletzung und Schaden sowie damit einhergehend die daraus resultierenden rechtlichen Qualifikationen, und habe zur Begründung "auf die einschlägigen Vorbringen in der Klageschrift" verwiesen.

#### **E. 3.3.2**

Vor Bundesgericht hält die Beschwerdeführerin dazu einzig fest, der Verweis auf die vorinstanzlichen Vorbringen stelle keine Verletzung der prozessualen Begründungspflicht dar, sondern diene lediglich der Vermeidung unnötiger Wiederholungen, nachdem sich die Vorinstanzen nicht mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt hätten. Diese Ausführungen gehen an der Sache vorbei. Der Pflicht zu einer hinreichenden Begründung wird nicht durch Wiederholungen genüge getan. Darzulegen wäre vielmehr gewesen, inwiefern sich die erste Instanz (entgegen der Annahme der Vorinstanz) nicht mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend eine Haftung aus culpa in contrahendo auseinandergesetzt hat. Damit ist der angefochtene Entscheid auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden, und hat das Bundesgericht sich zu der Frage materiell nicht zu äussern.

**E. 4**

Auf die weitere Kritik der Beschwerdeführerin an den Erwägungen der Vorinstanz braucht damit nicht eingegangen zu werden. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig.

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