2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.9. Auftragsrecht/Mandat

BGer 4A_129/2017: Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf den gemischten Vertrag mit auftragsähnlichem Charakter

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_129/2017 vom 11. Juni 2018, *X.* gegen *Association Y.,* Vertrag mit künstlerischem Leiter und Solisten/Dirigenten, gemischter Vertrag, vorzeitige Kündigung (Art. 404 Abs. 1 OR), Schadenersatz (Art. 404 Abs. 2 OR).



Markus Vischer*

Der Vertrag mit einer Person in Bezug auf ihre Funktion als künstlerische Leiterin einerseits und als Solistin/Dirigentin andererseits untersteht in Bezug auf die vorzeitige Beendigung gesamthaft Auftragsrecht und damit Art. 404 OR.

I. Sachverhalt

X. ist ein Geiger, Bratschist und Dirigent von internationalem Renommee. Der Verein Y. richtet im August/September jeweils das Festival in … aus. Seit 2003 war X. vom Verein Y. mit der künstlerischen Leitung des Festivals betraut. Am 15. März 2011 wurde ein neuer Vertrag zwischen X. und dem Verein Y. für die Zeit von fünf Jahren, nämlich vom 1. Oktober 2011 bis 30. September 2016, abgeschlossen. Er erfasste zwei Aufgabenbereiche, nämlich die Aufgabe der künstlerischen Leitung des Festivals und die Aufgabe von jährlichen Konzertauftritten als Solist/Dirigent. Die erste Aufgabe wurde mit CHF 50'000 pro Jahr entschädigt, die zweite Aufgabe mit CHF 12'500 pro Konzertauftritt.

Gegen Ende des Jahres 2011 wurde X. vom Trägerverein eines anderen Festivals in V. angegangen, inskünftig dieses andere Festival zu organisieren, was am 19. Dezember 2011 in der Presse vermeldet wurde. Mit Vertrag vom 21. Januar 2012 wurde X. vom Trägerverein des Festivals in V. für fünf Jahre als künstlerischer Leiter dieses Festivals engagiert. Der Verein Y. teilte X. im Juni bzw. Juli 2012 mit, dass sie den von X. bezüglich des Festivals in V. geschlossenen Vertrag und die von X. öffentlich propagierte Gutheissung einer Annäherung der beiden Festivals nicht guthiessen und dass das Vertrauensverhältnis zu ihm zerstört sei. Am 15. August 2012 zahlte der Verein Y. dem X. die für die künstlerische Leistung vereinbarte Summe für das Jahr 2012 von CHF 50'000. Vom 18. August bis 9. September 2012 fand das Festival statt, an dem X. als Geiger und Dirigent vier Konzertauftritte hatte. Am 28. August 2012 zahlte der Verein Y. dem X. die Summe von CHF 25'000. Am 10. September 2012 kündigte der Verein Y. den Vertrag mit X. mit sofortiger Wirkung.

Am 18. März 2013 leitete X. beim Bezirksgericht Sion Klage gegen den Verein Y. ein und verlangte die Bezahlung von CHF 25'000 (ausstehendes Honorar für das Jahr 2012 für die beiden weiteren Konzertauftritte), von CHF 400'000 (entgangener Gewinn), von CHF 3'812 (Spesen) und von CHF 5'000 (Genugtuung), jeweils mit Zinsen. Das Bezirksgericht hiess die Klage mit Urteil vom 27. Februar 2015 in Bezug auf den ersten Betrag gut und wies die Klage in Bezug auf die weiteren Beträge ab. Das Kantonsgericht des Kantons Wallis bestätigte dieses Urteil mit Entscheid vom 1. Februar 2017, woraufhin X. mit Berufung ans Bundesgericht gelangte.

II. Begründung

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Vorinstanz den Vertrag vom 15. März 2011 insgesamt dem Auftragsrecht unterstellt und alsdann die Anwendbarkeit von Art. 404 OR bejaht habe, während X. der Auffassung sei, der Vertrag unterstehe insgesamt dem Werkvertragsrecht, weshalb Art. 377 OR anwendbar sei (E. 3 Ingress).

Beim Werkvertrag könne der Bauherr den Vertrag auf Grund von Art. 377 OR ex nunc auflösen. Der aufgrund von Art. 377 OR geschuldete Schadenersatz umfasse das positive Interesse und insbesondere auch den entgangenen Gewinn. Dieser Schadenersatz könne reduziert werden oder ganz wegfallen, wenn der Unternehmer durch schuldhaftes Verhalten wesentlich dazu beigetragen habe, dass der Bauherr den Vertrag aufgelöst habe. Dass der Bauherr bloss das Vertrauen in den Unternehmer verloren habe, sei für sich allein nicht genügend, damit der Bauherr den Vertrag auflösen könne, ohne dem Unternehmer Schadenersatz zu bezahlen (E. 3.1).

Beim Auftrag könne der Auftraggeber den Vertrag aufgrund von Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit auflösen. Bei einer Auflösung zur Unzeit müsse er aber aufgrund von Art. 404 Abs. 2 OR dem Beauftragten den dadurch verursachten Schaden ersetzen. Es handle sich dabei um das negative und nicht um das positive Interesse (E. 3.2).

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

Beim Vertrag vom 15. März 2011 sei eine vorzeitige Auflösung nicht durch eine explizite Klausel geregelt. Es sei deshalb wichtig, seinen Inhalt und seine Rechtsnatur zu bestimmen (E. 3.3).

Das Bundesgericht fuhr fort, dass zuerst zu prüfen sei, ob beide Aufgabenbereiche des Vertrags vom 15. März 2011 dem Werkvertragsrecht zuzuordnen seien, weil sich bejahendenfalls die Frage einer Auflösung nach Art. 404 OR nicht stelle (E. 4 Ingress).

Beim Werkvertrag verpflichte sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werks (Art. 363 Abs. 1 OR) und verspreche dadurch ein Resultat, ob dieses nun körperlich oder unkörperlich sei. Das Resultat müsse objektiv als richtig oder falsch überprüfbar sein. Beim Auftrag verpflichte sich der Beauftragte zu einer Leistung im Interesse des Auftraggebers. Dies erfolge wohl im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg, ohne dass dieser aber versprochen werde. Vielmehr sei beim Auftrag lediglich ein sorgfältiges Handeln im Interesse des Auftraggebers versprochen. Die Tatsache, dass ein Vertrag für mehrere Jahre abgeschlossen worden sei, hindere die Qualifikation eines Vertrags als Auftrag nicht. Vielmehr spiele die Dauer eines Auftrags bei der Beurteilung, ob der Auftrag zur Unzeit aufgelöst worden sei, eine Rolle.

Nach der Rechtsprechung ist der Vertrag über die Beschäftigung eines Künstlers entweder als Arbeitsvertrag, als Werkvertrag oder als Innominatvertrag zu qualifizieren (E. 4.1).

In Bezug auf den Vertrag vom 15. März 2011 hielt das Bundesgericht Folgendes fest: Die Vorinstanzen hätten den Vertragsteil betreffend Solist/Dirigent als Werkvertrag qualifiziert. X. bestreite dies in der Berufung nicht, so dass festgehalten werden könne, dass dieser Vertragsteil ein Werkvertrag oder ein Innominatvertrag sein könne. Im Vertragsteil zum künstlerischen Leiter sei es um die Vorgabe der generellen Leitlinien in künstlerischer und musikalischer Hinsicht für jede Ausgabe des Festivals, um Vorschläge an den Verein Y. in Bezug auf das Programm und die Künstler und um die Pressearbeit gegangen. Damit hätte X. kein objektiv als richtig oder falsch überprüfbares Resultat und damit kein Werk, welches mangelhaft sein könne, liefern müssen. Der entsprechende Vertragsteil müsse deshalb als Auftrag qualifiziert werden (E. 4.2.1 und 4.2.2).

Wenn nach dem Vertragswillen zwei Verträge nicht unabhängig, sondern abhängig voneinander seien, handle es sich um einen gemischten Vertrag oder einen zusammengesetzten Vertrag. Man spreche von einem zusammengesetzten Vertrag, wenn ein Vertrag mehrere verschiedene unterscheidbare, aber voneinander abhängige Verträge enthalte, während ein gemischter Vertrag vorliege, wenn er Elemente mehrerer Nominatverträge enthalte. Gemischte und zusammengesetzte Verträge könne man i.d.R. nicht einem einheitlichen Normenkomplex unterwerfen. Vielmehr sei für jede Rechtsfrage getrennt zu prüfen, nach welchen Normen sie zu beantworten sei. So können verschiedene Normen auf einen Vertrag angewendet werden, z.B. das auf Arbeitsverträge, Gesellschaftsverträge, Lieferverträge, Aufträge oder Mietverträge anwendbare Recht. Entsprechend seien die geeigneten anwendbaren Normen für jede Rechtsfrage – z.B. die Frage nach der Möglichkeit zur Auflösung eines Vertrags – getrennt zu ermitteln, wobei aber für jede Rechtsfrage nur ein Normenkomplex auf die Rechtsfrage zur Anwendung kommen könne. Um zu bestimmen, welche Normen auf eine bestimmte Rechtsfrage zur Anwendung kämen, sei der Schwerpunkt des Vertrags zu ermitteln (E. 5.1).

Im vorliegenden Fall handle es sich um einen gemischten Vertrag. In Bezug auf die Frage nach der vorzeitigen Vertragsauflösung sei deshalb der vertragliche Schwerpunkt zu ermitteln, wofür auf den Vertragswillen der Parteien abzustellen sei. Im vorliegenden Fall liege der vertragliche Schwerpunkt nach dem Vertragswillen bei der künstlerischen Leitung, sei diese doch auf Dauer angelegt und dauernd auszuüben. Weil der Vertragsteil betreffend künstlerische Leitung Auftragsrecht unterstehe, sei in Bezug auf die vorzeitige Auflösung auf den gesamten Vertrag Auftragsrecht und damit Art. 404 Abs. 1 OR anzuwenden (E. 5.2).

Entsprechend verwarf das Bundesgericht die Auffassung von X., wonach die beiden Aufgabenbereiche «künstlerische Leistung» und «Solist/Dirigent» in Bezug auf die Rechtsfolge der vorzeitigen Auflösung verschiedenen Normen zu unterwerfen seien, nämlich der Aufgabenbereich der künstlerischen Leitung dem Art. 404 Abs. 2 OR und der Aufgabenbereich als Solist/Dirigent dem Art. 377 OR. Diese Argumentation verkenne, dass die Frage der Auflösung eines gemischten Vertrags einem einheitlichen Normenkomplex zu unterstellen sei. X. behaupte denn auch nicht, dass es ihm möglich gewesen wäre, die Aufgaben als Solist/Dirigent unabhängig von der Tatsache, dass seine Aufgaben als künstlerischer Leiter beendet wurden, zu erfüllen. Vielmehr seien die beiden Aufgabenbereiche voneinander abhängig, so dass man sie in Bezug auf die vorzeitige Auflösung nicht separat behandeln könne (E. 6).

Da der Vertrag vom 15. März 2011 in Bezug auf die vorzeitige Auflösung einheitlich dem Auftragsrecht unterstehe, sei zu prüfen, ob eine Auflösung zur Unzeit gemäss Art. 404 Abs. 2 OR vorliege. Eine solche sei nach der Rechtsprechung gegeben, wenn sie ohne ernsthaften Grund erfolge, welcher aus objektiver Sicht die Weiterführung des Auftrags unzumutbar mache. Wenn kein solcher Grund vorliege, sei das negative und nicht das positive In-

teresse zu ersetzen. Der zu ersetzende Schaden könne unter Umständen auch den entgangenen Gewinn aus wegen des Auftrags nicht getätigten anderen Geschäften umfassen. Er könne unter Umständen auch nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden. Im vorliegenden Fall könne entgegen der Vorinstanz ein Schadenersatz nicht deshalb nicht zugesprochen werden, weil X. Art. 377 OR angerufen habe. Denn der Richter habe das Recht von Amtes wegen anzuwenden. Gleiches gelte auch in Bezug auf das negative Interesse. Es könne von der Vorinstanz nicht deshalb nicht zugesprochen werden, weil X. mit dem Begriff des positiven Interesses operiert habe. Da durchaus Anhaltspunkte für einen Schaden von X., der nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden könne, vorlägen, die Vorinstanz den Anspruch von X. auf einen Schadenersatz aber verneint habe und sie zudem auch nicht geprüft habe, ob die Auflösung seitens des Vereins Y. aus ernsthaftem Grund erfolgt sei, müsse die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Diese müsse entscheiden, ob der Vertrag vom 15. März 2011 aus ernsthaftem Grund vorzeitig aufgelöst worden sei. Wenn sie dies verneine, müsse sie den von X. erlittenen Schaden festsetzen (E. 7). Den von X. geltend gemachten Genugtuungsanspruch wies das Bundesgericht ab. Dagegen hiess es den von X. geltend gemachten Spesenanspruch gut (E. 8 ff.).

III. Bemerkungen

A. Vorbemerkung I

Das vorliegend diskutierte Bundesgerichtsurteil betrifft einen Fall, der im Wallis 2012 einige Wellen geschlagen hatte, weswegen auch das Bundesgerichtsurteil in der Presse rapportiert wurde.[1] Es ging um eine international bekannte Persönlichkeit, die von einem Klassikfestival im Kanton Wallis zu einem anderen Klassikfestival im selben Kanton wechselte, nämlich vom Festival in Sion zum Festival in Crans-Montana. In der Fussballwelt würde man von einem Transfer von einem Fussballclub zum anderen unter gewissen Nebengeräuschen sprechen.

B. Eher Bekanntes im vorliegenden Bundesgerichtsurteil: Zur Qualifikation des Künstlervertrags und zur Abgrenzung von Werkvertrag und Auftrag

Das vorliegende Bundesgerichtsurteil rekapituliert in Anlehnung an BGE 112 II 41 E. 1a/aa, dass der Vertrag mit einem Künstler, d.h. der sogenannte Künstlervertrag, entweder ein Arbeitsvertrag, ein Werkvertrag oder ein Innominatvertrag sei.[2] Theoretisch käme auch ein Auftrag in Betracht, was das Bundesgericht aber nicht erwähnt.[3]

Das Bundesgericht machte zum Vertragsteil, welcher den Aufgabenbereich von X. als Solist/Dirigent umfasste, widersprüchliche Aussagen: An einer Stelle liess es offen, ob ein Werkvertrag oder Innominatvertrag vorlag,[4] während es an einer anderen Stelle festhielt, dass es sich klarerweise um einen Werkvertrag handle.[5] Schade ist, dass das Bundesgericht eine Qualifikation des Vertragsteils als Arbeitsvertrag nicht prüfte. Offenbar war im Bundesgerichtsverfahren aber nicht entsprechend plädiert worden.

Weiter rekapitulierte das Bundesgericht im vorliegenden Urteil seine konstante Rechtsprechung[6] in Bezug auf die Kriterien zur Abgrenzung von Werkvertrag und Auftrag. In diesem Zusammenhang bestätigte es, dass Gegenstand eines Werkvertrags auch unkörperliche Werke sein können.[7] Bekanntlich entspricht dies seit BGE 109 II 34 E. 3b, mit dem das Bundesgericht nach einer kurzen Phase der gegenteiligen Rechtsprechung[8] zur früheren Rechtsprechung[9] zurückkehrte, konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung,[10] auch wenn dies in der Lehre z.T. nach wie vor kritisiert wird.[11] Zudem bestätigte das Bundesgericht seine konstante Rechtsprechung,[12] dass das wesentliche Abgrenzungskriterium zwischen Werkvertrag und Auftrag dasjenige sei, dass beim Werkvertrag ein objektiv als richtig oder falsch überprüfbares Resultat[13] und beim

---

1 Siehe z.B. http://www.rhonefm.ch/fr/news/renvoi-de-schlomo-mintz-par-le-festival-de-sion-la-justice-valaisanne-devra-a-nouveau-trancher-1127249; https://www.lenouvelliste.ch/articles/valais/canton/festival-de-musique-sion-valais-la-justice-valaisanne-doit-revoir-le-licenciement-de-schlomo-mintz-769982 (Abruf 1.8.2018).

2 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 4.1.

3 Siehe z.B. OGer LU, 20.2.1989, I.K., in: SJZ 1991, 102 f.

4 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 4.2.1.

5 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 5 Ingress.

6 Zum Beispiel BGE 127 III 328 E. 2c

7 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 4.1.

8 Zum Beispiel BGE 98 II 305 E. 3b.

9 Zum Beispiel BGE 63 II 176, bestätigt z.B. in 89 II 405 E. 1.

10 Zum Beispiel BGE 130 III 458 E. 4; 114 III 53 E. 2b; 109 II 462 E. 3c und 3d.

11 Zum Beispiel Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, § 2 N 65 f.; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N 45, der für das Werk, das Gegenstand eines Werkvertrags sein kann, eine «gewisse Körperlichkeit» verlangt.

12 Zum Beispiel BGE 127 III 328 E. 2c.

13 Kritisch zum Kriterium der objektiven Überprüfbarkeit z.B. Gauch (FN 11), N 46a; Roger Brändli, BGE 134 III 361: Rechtsnatur des

Auftrag ein sorgfältiges Tätigwerden im Hinblick auf ein Resultat geschuldet sei.[14]

Entsprechend überrascht es nicht, dass das Bundesgericht den Vertragsteil, welcher den Aufgabenbereich von X. als künstlerischer Leiter umfasste, als Auftrag qualifizierte.[15] Schade ist, dass das Bundesgericht eine Qualifikation dieses Vertragsteils als Arbeitsvertrag nicht prüfte. Offenbar war im Bundesgerichtsverfahren aber erneut nicht entsprechend plädiert worden.

C. Eher Unbekanntes im vorliegenden Bundesgerichtsurteil: Zum zusammengesetzten Vertrag und zum gemischten Vertrag

Interessanter im vorliegenden Bundesgerichtsurteil sind die Ausführungen zum zusammengesetzten Vertrag und zum gemischten Vertrag. Hier fällt auf, dass das Bundesgericht den zusammengesetzten Vertrag und den gemischten Vertrag wohl je separat definiert,[16] aber in den Ausführungen zur rechtlichen Behandlung dieser Verträge nicht zwischen den beiden Phänomenen unterscheidet.[17]

Theoretisch muss aber zwischen einem zusammengesetzten Vertrag und einem gemischten Vertrag unterschieden werden. Wegleitendes Kriterium der Unterscheidung ist der Vertragswille: Beim zusammengesetzten Vertrag zielt der Vertragswille darauf ab, mehrere an sich selbstständige Nominat- und/oder Innominatverträge, die durchaus nicht zwischen denselben Parteien abgeschlossen sein müssen, mittels Koppelungsvertrag oder Koppelungsabrede voneinander abhängig zu machen. Beim gemischten Vertrag ist der Vertragswille darauf ausgerichtet, einen einheitlichen Vertrag mit Elementen verschiedener Nominat- und/oder Innominatverträge abzuschliessen.[18] Daraus erhellt, dass der zusammengesetzte Vertrag kein Vertrag ist.[19] Es handelt sich vielmehr um verschiedene, aber eben voneinander abhängige, selbstständige Verträge, die je ihrem einschlägigen Nominat- oder Innominatrecht unterstehen.[20] Ist der zusammengesetzte Vertrag kein Vertrag, ist er auch kein Innominatvertrag, dies im Unterschied zum gemischten Vertrag, der wirklich ein Vertrag und eben ein Innominatvertrag ist.[21] Der Vertragswille als wegleitendes Kriterium ist nach den üblichen Grundsätzen zu ermitteln, also nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung subjektiv-objektiv.[22]

So theoretisch klar die Abgrenzung zwischen zusammengesetztem Vertrag und gemischtem Vertrag ist, so ist doch zu bemerken, dass die Abgrenzung dann sehr schwierig wird, wenn die Vertragskoppelung beim zusammengesetzten Vertrag nach dem Vertragswillen eine solche Intensität erreicht, dass die einzelnen Verträge faktisch zu einem einheitlichen Vertrag werden.[23] Alsdann wird der zusammengesetzte Vertrag zum gemischten Vertrag.

Nicht hilfreich in dieser Diskussion ist, dass in der Lehre keine einheitliche Terminologie zu finden ist. So handelt Honsell den zusammengesetzten Vertrag (an sich ja nicht falsch) unter dem Titel «Verbundene Verträge» ab und beschreibt diese wie gemischte Verträge im vorstehend ver-

---

Kostenvoranschlags und Verjährung der Haftungsansprüche aus falscher Kostenschätzung, AJP 2008, 1308 ff., 1310 f.

14 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 4.1; obligation de résultat versus obligation de moyens, dazu z.B. Markus Vischer, BGer: 4A_269/2017: Erfolgshonorar, AJP 2018, 517 ff., 521; kritisch zur gängigen Abgrenzung von Werkvertrag und Auftrag Arnold F. Rusch, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, 285 ff.

15 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 4.2.2.

16 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 5.1.

17 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 5.1; so schon in BGE 139 III 49 E. 3.3, 131 III 528 E. 7.1.1 und 118 II 157 E. 3a.

18 Walter R. Schluep, Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 285 ff., 288 f.; s. auch Claire Huguenin/Tina Huber-Purtschert, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Kommentar OR, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Huguenin/Huber-Purtschert), Innominatkontrakte N 8 ff., 12 ff.; Claire Huguenin/Tina Huber-Purtschert, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Vorb. OR 184 ff./Innominatkontrakte AT, N 12 ff., 16 ff.

19 Zum Beispiel BSK OR I-Amstutz/Morin, Einl. vor Art. 184 ff. N 12, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Amstutz/Morin), welche den zusammengesetzten Vertrag als Figur bzw., weil sie im Gesetz nicht genannt wird, als «Innominatfigur» bezeichnen; gl.M. OFK-Huguenin/Huber-Purtschert (FN 18), Innominatkontrakte N 10.

20 Schluep (FN 18), 301; grundsätzlich gl.M. BSK OR I-Amstutz/Morin (FN 19), Einl. vor Art. 184 ff. N 50.

21 OFK-Huguenin/Huber-Purtschert (FN 18), Innominatkontrakte N 12 ff.; BSK OR I-Amstutz/Morin (FN 19), Einl. vor Art. 184 ff. N 9 f.

22 Siehe Markus Vischer, BGer 4A_451/2017: Die «besondere» Vereinbarung bezüglich Nebenkosten, AJP 2018, 765 ff., 766 f.; Markus Vischer/Dario Galli, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, Besprechung des Urteils 4A_62/2017 des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 2017, GesKR 2018, 222 ff., 227 f., auch zur Kritik an der subjektiv-objektiven Auslegung; s. neuerdings auch Christoph Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff. mit einer Kritik an der subjektiv-objektiven Auslegung.

23 OFK-Huguenin/Huber-Purtschert (FN 18), Innominatkontrakte N 10; s. auch Schluep (FN 18), 288 f., der von einem fliessenden Übergang zwischen zusammengesetztem Vertrag und gemischtem Vertrag spricht.

standenen Sinn in einem Kapitel mit der Überschrift «Gemischte Verträge».[24]

Im vorliegenden Fall qualifizierte das Bundesgericht den Vertrag vom 15. März 2011 ohne Begründung als gemischten Vertrag.[25] Immerhin erfährt man später, dass das Bundesgericht der Auffassung war, dass der eine Vertragsteil nicht ohne den anderen Vertragsteil und damit der Vertrag vom 15. März 2011 nur insgesamt habe aufgelöst werden können.[26] Es greift für die Frage der gesamtheitlichen versus nur teilweisen Auflösung aber bedauerlicherweise nicht bzw. nicht explizit auf den Vertragswillen der Parteien zurück, sondern leitet die nur einheitliche Auflösungsmöglichkeit etwas zirkelschlüssig aus der Natur des Vertrags vom 15. März 2011 als gemischter Vertrag ab.[27]

Zur rechtlichen Behandlung des gemischten Vertrags (und wie ausgeführt m.E. zu Unrecht auch des zusammengesetzten Vertrags) führte das Bundesgericht in einer Rekapitulation seiner Rechtsprechung[28] aus, dass je nach sich stellender Rechtsfrage verschiedene Normen zur Anwendung kommen müssen, wofür der Schwerpunkt des gemischten Vertrags zu ermitteln sei.[29] Die Notwendigkeit der Ermittlung des Schwerpunkts des Vertrags ist in dieser Absolutheit zu widersprechen, zumal das Bundesgericht bezüglich der auf Innominatverträge anwendbaren Rechtsnormen einem pragmatischen Methodenpluralismus und nicht durchwegs allein der Absorptionstheorie folgt.[30] Der Schwerpunkt des Vertrags ist in Bezug auf die vorzeitige Beendigung aber sicher dann zu ermitteln, wenn der gemischte Vertrag insgesamt nur einheitlich aufgelöst werden kann, was – wie ausgeführt – aufgrund des Vertragswillens zu entscheiden ist und sich entgegen dem Bundesgericht nicht daraus ergibt, dass ein gemischter Vertrag vorliegt. Zur Ermittlung des Schwerpunkts des Vertrags ist nach dem Bundesgericht auf den Vertragswillen abzustellen,[31] was korrekt ist. Erneut ist der Vertragswille (nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) subjektiv-objektiv zu ermitteln.[32]

Vorliegend ist es nachvollziehbar, dass das Bundesgericht den Schwerpunkt des Vertrags vom 15. März 2011 aufgrund des Vertragswillens im Vertragsteil betreffend künstlerische Leitung sah und, da dieser nach Meinung des Bundesgerichts dem Auftragsrecht unterstand, den Vertrag in Bezug auf die vorzeitige Auflösung insgesamt dem Auftragsrecht und damit der nach seiner Auffassung zwingenden Bestimmung von Art. 404 OR[33] unterstellte.[34] Hätte es allerdings den Vertragsteil betreffend künstlerische Leitung und eventuell auch den Vertragsteil betreffend Solist/Dirigent dem Arbeitsvertragsrecht unterstellt, hätte es prüfen müssen, ob nicht insgesamt Arbeitsrecht anzuwenden gewesen wäre. Wie gesagt wurde aber offenbar im Bundesgerichtsverfahren nicht entsprechend plädiert.

Es folgte mit der Gesamtunterstellung des Vertrags vom 15. März 2011 in Bezug auf die Auflösung unter das Auftragsrecht seiner Rechtsprechung zum die Projektierung *und* die Bauausführung umfassenden Architektenvertrag, den das Bundesgericht seit der geschilderten Praxisänderung in BGE 109 II 34 E. 3b hinsichtlich eines Geometervertrags in Bezug auf die Auflösung ebenfalls insgesamt dem Auftragsrecht unterstellt.[35]

Mit der Gesamtunterstellung des Vertrags vom 15. März 2011 in Bezug auf die Auflösung unter das Auftragsrecht wird der gemischte Vertrag vom 15. März 2011 nicht insgesamt zum Auftrag. Andere sich im Zusammenhang mit dem Vertrag vom 15. März 2011 stellende Fragen als die Frage der vorzeitigen Auflösung mögen einem anderen Nominat- oder Innominatrecht unterstehen. Dem steht Art. 394 Abs. 2 OR nicht entgegen. Denn diese Vorschrift verbietet weder gemischte Verträge im Bereich der Verträge über Arbeitsleistungen[36] noch gebietet sie die integrale Anwendung von Auftragsrecht auf solche Verträge. Vielmehr verlangt sie

---

24 Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, 26 ff.

25 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 5.2.

26 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 6.

27 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 6.

28 Zum Beispiel BGE 139 III 49 E. 3.3 und 131 III 528 E. 7.1.1.

29 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 5.1.

30 OFK-Huguenin/Huber-Purtschert (FN 18), Innominatkontrakte N 21 ff.; BSK OR I-Amstutz/Morin (FN 19), Einl. vor Art. 184 ff. N 17 ff.

31 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 5.2.

32 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 5.2; s. dazu bereits vorstehend.

33 Zum Beispiel BGE 115 II 464 E. 2; zur zwingenden Natur von Art. 404 OR gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung z.B. Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5. A., Genf/Zürich/Basel 2016, N 4611 ff., auch zur Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

34 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 5.2; zur kontroversen Anwendung von Art. 404 OR auf Daueraufträge z.B. Carole Gehrer Cordey/Gion Giger, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Gehrer Cordey/Giger), Art. 404 OR N 12.

35 Zum Beispiel BGE 109 II 462 E. 3d; bestätigt z.B. in BGE 127 III 543 E. 2a und 110 II 380 E. 2; zur gleichen Rechtsprechung bezüglich Unterrichtsvertrag z.B. BGer, 4A_601/2015, 19.4.2016, E. 1.2.1, und bezüglich anderer Innominatverträge z.B. CHK-Gehrer Cordey/Giger (FN 34), Art. 404 OR N 10 f.; s. auch ganz allgemein BGE 115 II 464 E. 2a, wonach gemischte Verträge, «für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen», zwingend gemäss Art. 404 OR auflösbar sind.

36 Zum Beispiel CHK-Gehrer Cordey/Giger (FN 34), Art. 394 OR N 15 f.

bei gemischten Verträgen über Arbeitsleistungen nur insoweit die Anwendung von Auftragsrecht, als die Anwendung von Auftragsrecht Sinn ergibt.[37] Entsprechend ging es im vorliegenden Bundesgerichtsurteil nicht in erster Linie um die Qualifikation des Vertrags vom 15. März 2011, sondern um die Frage, ob er insgesamt einen derart auftragsähnlichen Charakter hat, dass sich die Anwendung der zwingenden Bestimmung von Art. 404 OR auf ihn rechtfertigte.[38]

D. Pyrrhussieg?

Der Verein Y. drang wie gezeigt im vorliegenden Bundesgerichtsurteil mit seinem Standpunkt, er hätte den Vertrag vom 15. März 2011 aufgrund von Art. 404 Abs. 1 OR per sofort vorzeitig auflösen können, durch. Dieser «Sieg» könnte ihn aber teuer zu stehen kommen, nämlich dann, wenn die Vorinstanz im zweiten Anlauf ernsthafte Gründe für die vorzeitige Auflösung des Vertrags verneint. In diesem Fall würde der Verein Y. dem X. Schadenersatz zu zahlen haben, weil das Bundesgericht für diesen Fall bereits entschieden hat, dass eine Auflösung des Vertrags zur Unzeit vorliegt und der Verein Y. demzufolge gegenüber X. gemäss Art. 404 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig wird. Eine solche Schadenersatzpflicht kann bei einem Dauerauftrag u.U. substantiell sein, v.a. dann, wenn der Beauftragte wie vom Bundesgericht im vorliegenden Fall angenommen nachweisen kann, dass er einen Schaden aufgrund infolge des Dauerauftrags nicht abgeschlossener anderer Geschäfte erlitten hat.[39] In dem Sinne widerlegt das vorliegende Bundesgerichtsurteil einmal mehr[40] auch die sich hartnäckig haltende Mär, dass das negative Interesse nie einen entgangenen Gewinn umfassen kann.

---

37 BGE 115 II 464 E. 2a betreffend Anwendung von Art. 404 OR auf gemischte Verträge, wenn dies «sachgerecht» erscheint; s. z.B. auch CHK-Gehrer Cordey/Giger (FN 34), Art. 394 OR N 17: «Die subsidiäre Bedeutung von Art. 394 II liegt darin, dass Auftragsrecht bzw. einzelne Normen auch auf Innominatverträge anwendbar sind, soweit deren Anwendung sachgerecht ist.»

38 Siehe zur zu grossen Bedeutung der Qualifikationsfrage bei der Anwendung von Art. 404 OR auf Innominatverträge in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung OFK-Huguenin/Huber-Purtschert (FN 18), Innominatkontrakte N 21 ff.; gl.M. Markus Vischer, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425 ff., 433, Fn 96.

39 BGer, 4A_129/2017, 11.6.2018, E. 7.1.

40 Zum Beispiel schon BGer, 4A_284/2013, 13.2.2014, E. 3.6.1; 4A_294/2012/4A_300/2012, 8.10.2012, E. 7.2; 4A_251/2010, 12.8.2010, E. 3; s. z.B. auch Honsell (FN 24), 364; CHK-Gehrer Cordey/Giger (FN 34), Art. 404 OR N 16; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 10 N 50.