

Dr. Christian Alexander Meyer*

Agentur- und Vertriebsvertragsbeendigung in der Schweiz

I. Helvetizismen

Der Handelsvertreter und der Vertriebsvertrag begründen ein Dauerschuldverhältnis. Dieses kann beendet werden. Sollten die Parteien beim Vertragsabschluss nicht bereits alle Konsequenzen bedacht haben, vermag meist das Gesetz oder die Gerichtspraxis weiterzuhelfen. Für Innominatverträge¹, wie den Vertragshändler- oder Vertriebsvertrag², bewährt sich der Analogieschluss als Lösungsansatz.

In der Schweiz heisst der Handelsvertreter Agent. Für den Vertriebs- oder Händlervertrag gibt es wie in Deutschland keine gesetzliche Terminologie. Deshalb sind die Begriffe sorgfältig zu wählen und zu gebrauchen. Geeignete Parteibezeichnungen im Vertrieb sind unabhängig von der Vertriebsstufe der Lieferant und der Abnehmer³. Beide handeln eigennützig, in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und mit eigenem Risiko und unterscheiden sich deshalb vom gesetzlich normierten Agenten, der den Auftraggeber vertritt.

Der typische Alleinvertrieb ist begriffsnotwendig geprägt durch die ausschliessliche Liefer- und Bezugspflicht⁴ wie sie auch im Agenturvertrag für den Alleinagenten zu vereinbaren ist⁵. Mit anderen Worten, Exklusivität ist stets ausdrücklich und gegenseitig zu vereinbaren! Der deutsche Vertragshändler oder Eigenhändler gemäss Bundesgerichtshofterminologie unterliegt nicht einer ausschliesslichen Liefer- und Bezugsverpflichtung.⁶

Der Agent ist Vertriebsmittler auf fremde Rechnung. Der Makler handelt nicht auf Dauer und der Handelsreisende ist angestellt.

Der Alleinabnehmer ist weder Alleinvertreter⁷ noch Vertragshändler. Dagegen haben der Schweizer Agent⁸ und der deutsche Handelsvertreter⁹ gleiche Wurzeln in den 1950er Jahren. Wirtschaftliche Risiken eines Agenten können auch atypisch sein. Dann fällt er plötzlich in den Anwendungsbereich des Kartellrechts, obwohl er doch „nur“ Vertreter ist.¹⁰

Vertriebsabreden sind typische Vertikalabreden. Deshalb beeinflusst das Kartellrecht der Schweiz¹¹, der Nachbarländer¹² oder der Europäischen Union¹³ diese Vertriebsform. Die Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter¹⁴ hat die Vertriebsverträge in Europa typisierend geprägt¹⁵. Das Recht im Ausland entwickelt sich weiter. So hat der Wortlaut des Deutschen § 89b Abs. 1 HGB, der dem Schweizer Art. 418u Obligationenrecht (OR) ähnlich war, am 4. August 2009 geändert. Das gilt es bei der Rezeption der Praxis aus der Schweiz für Deutschland vor und nach diesem Datum zu beachten.

Eine fast schon idealtypische Umschreibung des Agenten anhand dreier Merkmale findet sich auch in den Leitlinien der EU:¹⁶ Kein Eigentumsübergang der Ware auf den Agenten, die Vertragsdienstleistung ist nicht selber zu erbringen und der Auftraggeber trägt die ihm zurechenbaren Kosten.¹⁷

Bei kapitalintensiven Vertriebsverträgen sollten die Parteien darauf achten, dass sie ihre Investitionen mit Blick auf die Laufzeit auch vernünftig amortisieren können. So wirken sich die Begriffe Investitions- und Auslaufschutz unmittelbar auf die Vertragslaufzeit aus.¹⁸

II. Umbruch als Chance, kartellrechtlicher Exkurs

Das Kartellrecht zwingt alle Alleinvertriebssystempartner Graumärkte europaweit hinzunehmen. Der Konsument, der sich alle Fragen vom konzessionierten Vertragshändler beantworten lässt und dann online einkauft, verteilt die Rollen im Vertrieb neu. Motivierte anpassungsfähige Vertriebspartner werden auch ohne Gebiets- oder Kundenschutz überleben. Sie müssen sich neue Geschäftsfelder erschliessen und gewisse Kosten etwa für die Beratung auf den Konsumenten abwälzen. Die bezahlte produktspezifische Kundenberatung wird zum eigenen Geschäftsfeld. Im Rahmen der Digitalisierung kann der Kundendienst auf ganz neue Art gestaltet und via Internet erbracht werden. Der Lieferant muss wieder selber für seine Produkte werben. Der Produktpreis umfasst Herstellungs- und Lo-

* Christian Alexander Meyer, Dr. iur. HSG, St. Gallen, licencié spécial en droit européen ULB, Brüssel arbeitet als Rechtsanwalt und Schiedsrichter in ZÜRICH und macht sich ein paar praktische Gedanken zur Vertragsbeendigung von Handelsvertreter- und Händlerverträgen nach Schweizer Recht und zur Abgeltung der neu erworbenen Kundschaft.

1 Walter R. Schlupe, Innominatverträge, SPR VII/2, Basel, 1979, 763 ff. oder Marc Amstutz/Ariane Morin, Honsell et al. (Hrsg.), Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015 Rn. 5 ff. zu Einl. vor Art. 184 OR.
 2 Für Grundlagen wird auf Standardliteratur verwiesen: Christian Alexander Meyer, Der Alleinvertrieb, 2. A., St. Gallen 1992; Oliver Arter (Hrsg.), Vertriebsverträge, Bern 2007, Walter R. Schlupe, Innominatverträge, SPR VII/2, Basel, 1979, 839 ff. oder Marc Amstutz/Ariane Morin, Honsell et al. (Hrsg.), Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015, Rn. 5 ff. und 112 ff. zu Einl. vor Art. 184 OR und die Verweise dort oder das Agentenrecht, Theodor Bühler, Zürcher Kommentar 2000 und Georg Gautschi, Berner Kommentar 1964, Suzanne Wettenschwiler, Honsell et al. (Hrsg.), Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015, zu Art. 418a-418v OR und die Literatur dazu.
 3 Meyer, Der Alleinvertrieb, 257, Amstutz/Morin, Rn. 118 f. zu Einl. vor Art. 184 OR und bereits Schlupe, 843.
 4 Amstutz/Morin, Rn. 112 zu Einl. vor Art. 184 OR, der lediglich das ausschliessliche Bezugsrecht nennt und die Bezugspflicht „oder gar“ und somit als Extra bezeichnet.
 5 Art. 418c Abs. 2 OR für die zu vereinbarende Bezugspflicht und Art. 418f Abs. 3 OR für die Belieferung.
 6 Statt aller Michael Martinek et al., Handbuch des Vertriebsrechts, 4. A., München 2016, Rn. 1 f. zu § 25.
 7 So die ungenaue Bezeichnung in der deutschen Version des Regestes von BGE 134 III 497.
 8 Art. 418a-418v OR.
 9 §§ 84-92c deutsches Handelsgesetzbuch, HGB.
 10 Christian Alexander Meyer, Gedanken zum Vertriebsrecht, Jusletter 2. Mai 2016, Rn. 113 ff.

11 Art. 4 Abs. 1 und 5 Abs. 4 KG, Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission, WEKO vom 28. Juni 2010 (VertBek) und KFZ Bekanntmachung vom 29. Juni 2015 (KFZ-Bek) und die jeweiligen Erläuterungen vom gleichen Tag dazu.
 12 Pars pro toto: § 32 Abs. 3 deutsches Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2. Beschlussabteilung, Beschluss B2-98/11 des Bundeskartellamtes am 26. August 2015, ASICS et al. zum Per-se-Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze.
 13 Verordnung (VO), EU Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, (VV-GVO) Abl. L 102 I ff. v. 23.4.2010 und Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (LL VV-GVO) vom 10. Mai 2010, 2010/C 130/01, Abl. C 130 v. 19.5.2010 oder VO 461/2010 über vertikale Vereinbarungen im Kraftfahrzeugektor, Abl. L 129 52 ff. v. 28.5.2010 und Ergänzende Leitlinie der Kommission über Verkauf und Instandsetzung von KFZ und Vertrieb von Ersatzteilen, 2010/C 138/05, Abl. C 138 16 ff. v. 28.5.2010.
 14 Nachfolgend RL Handelsvertreter, Abl. L 382 17 ff. v. 31.12.1986, gemäss Art. 22 dort umzusetzen bis 1994.
 15 Zur Typisierung: Meyer, Der Alleinvertrieb, 89 ff.
 16 VV-GVO, Rn. 16.
 17 Vertiefend nachfolgend III.13 und die nicht abschliessende detaillierte Umschreibung in Abs. a-g in VV-GVO, Rn. 16.
 18 Der Investitionsschutz ist nicht Teil der Kundschaftsentschädigung. Kundenwerbung ist Aufwand und nicht Investition: Ungenau Johannes Vetsch/Hans Caspar von der Crone, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 88.

gistikkosten und eine geringe Handelsmarge. Lager-, Garantie-, Marketingkosten oder die Beratung werden separat und zum Teil auch an andere Kostenträger verrechnet. Das löst das Problem der Händler mit Verkaufsgeschäften in Konkurrenz zum Onlinehandel oder des Geoblockings von alleine. Zunächst müssen die Lieferanten und die Vertriebsmittler allerdings die Konsumenten vom neuen Geschäftsmodell überzeugen.

III. Vertragsbeendigung

1. Ordentliche Vertriebsvertragsbeendigung

Beendigungsmodalitäten für einen Vertriebsvertrag sind immer dann anwendbar, wenn nicht lediglich ein Sukzessivlieferungsvertrag¹⁹ vorliegt oder wiederholt zwischen den gleichen Parteien gleiche Ware einzeln gekauft wird.²⁰ Für die Kauf- und Sukzessivlieferungsverträge gilt ergänzend das OR, besonders bei Leistungsstörungen sind die Rücktrittsregeln ergänzend anwendbar, Art. 107 ff. und 214 OR. Für den Agenturvertrag gelten die gesetzlichen Bestimmungen in Art. 418p-418v OR.

Beim Rücktritt nach Schweizer Recht setzt der Gläubiger dem Schuldner, der sich im Verzug befindet, eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung. Danach kann er vom Vertrag zurücktreten oder Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung oder auf die nachträgliche Leistung verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen. Einzig beim Rücktritt des bereits teilweise erfüllten Vertrages stellt sich die Frage der Rückabwicklung in Abgrenzung zur Wirkung der Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses ex nunc.

Vertriebsverträge enden nach Ablauf der vereinbarten Dauer. Haben die Parteien vergessen die Dauer oder ein Beendigungsrecht zu stipulieren oder setzen sie das Vertragsverhältnis nach dessen Ablauf stillschweigend fort, sind die ordentlichen Beendigungsmodalitäten aufgrund der Gesamtumstände zu ermitteln. Diese sind zu unterscheiden von der ausserordentlichen Vertragsbeendigung.²¹

Zur Ermittlung der Beendigungsmodalitäten ist zunächst der Vertrag auszulegen.²² Ergibt sich daraus keine Antwort ist der Vertrag zu ergänzen. Es stellt sich die Frage, ob dispositives Gesetzesrecht ergänzend zur Anwendung kommen kann und, falls ja, welche Bestimmungen. Passt keine Bestimmung, ist gar eine Lücke im Sinne der Rechtsfortbildung gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB zu erwägen.²³ Dabei betont Schluep „individuell gestaltete Verträge sind nach dem Vertrauensprinzip zu ergänzen, nicht individuell gestaltete dagegen nach dem gesetzlichen Vertragstypenrecht.“²⁴ Auch das gibt noch keine generelle Antwort auf alle Fragen zur Vertriebsvertragslückenfüllung. Immerhin sind typische Vertriebsverträge typischen Lösungen zuzuführen.²⁵

Für typische Vertriebsverträge ohne vereinbarte ordentliche Beendigungsmodalitäten im unterjährigen Verhältnis ist mit Blick auf Art. 418q Abs. 1 OR das Ende des der Kündigung folgenden Kalendermonats und im überjährigen Verhältnis eine Frist von sechs Monaten angemessen.²⁶

Ist die Frist von Art. 418q Abs. 1 OR zu kurz, verlängert sie sich bei klar definierten Investitionspflichten und deren Erfüllung wirtschaftlich via Investitions- und Auslaufschutz angemessen²⁷. Diese Kündigung beendet den Vertriebsvertrag ex nunc.

Falsch ist, für die ordentliche Beendigung von Vertriebsverträgen alleine auf die Rücktrittsregeln des allgemeinen Teils des OR zurückzugreifen und den Rahmenvertrag zu ignorieren. Die isolierte einmalige Leistungsstörung genügt dafür ohne gehörige Mahnung nicht. Systemwidrig für Dauerverträge ist gar einen wichtigen Grund anzurufen.

Es gilt der Grundsatz „Pacta sunt servanda“. Dagegen ist der wichtige Grund eine isolierte Ausnahmebestimmung, die zudem einen krassen Vertrauensverlust oder Unzumutbarkeit voraussetzt. Dies bedingt ein paar Gedanken zur ausserordentlichen Vertriebsvertragsbeendigung.

2. Ausserordentliche Vertragsbeendigung

Die ausserordentliche Vertriebsvertragsbeendigung erfordert ausserordentliche Umstände, etwa erhebliche Leistungsstörungen.

Sind die Vorkehren zur ausserordentlichen Beendigung ungenügend, helfen unmittelbar oft die Regeln über Mahnung und Verzug weiter.²⁸ Im Agenturrecht sind einzelne Aspekte der Leistungsstörung gesetzlich normiert.²⁹ In Vertriebsverträgen sind auch und gerade bei Leistungsstörungen die transaktionale und die relationale Ebene³⁰ auseinanderzuhalten. Im Vertriebsvertrag als Rahmenvertrag herrscht auf der übergeordneten relationalen Ebene Interessengleichrichtung zwischen Lieferant und Abnehmer, beide wollen den Markt bestmöglich mit den zu vertreibenden Produkten und Diensten bedienen.³¹ Auf der transaktionalen Ebene, auf der Güter zwischen Lieferant und Abnehmer ausgetauscht werden, sind die Interessen der Parteien unterschiedlich, wenn nicht gar diametral. Die relationale Ebene ist durchaus partnerschaftlich und impliziert Rücksichtnahme und begründet gewisse Treuepflichten, während die transaktionale Ebene den messbaren Leistungsaustausch betrifft. Bei Leistungsstörungen sind die Parteien im Rahmen der übergeordneten Ebene verpflichtet, sich zu Lösungen der transaktionalen Probleme zu besprechen.³² Eine einzelne Leistungsstörung auf der transaktionalen Ebene kann nicht unmittelbar Grund für die Auflösung der rahmenvertraglichen Bindung bilden, schon gar nicht mit sofortiger Wirkung.

Für das Vertriebsrecht sind einige Besonderheiten zu beachten. Art. 418r OR regelt die Beendigung aus wichtigen Gründen im Agenturrecht und zwar nur für den Agenturvertrag. Diese Bestimmung verweist in Abs. 2 auf das Arbeitsrecht. Rosinenpicker haben in der Vergangenheit vor Gericht völlig zusammenhangslos etwa plädiert, wenn der wichtige Grund nicht gegeben sei für die sofortige Auflösung des Agenturvertrages, falle der Vertrag trotzdem dahin und die Erfüllungsansprüche wandelten sich in Schadener-

¹⁹ Meyer, Der Alleinvertrieb, 134 f.

²⁰ Meyer, Der Alleinvertrieb, 132.

²¹ Vgl. II.2

²² Art. 18 OR.

²³ Statt aller: Werner Stieger, Zur Beendigung des Lizenzvertragsrechts nach schweizerischem Recht, sic!, 1999, 4 f. und Schluep, 781 ff.

²⁴ Schluep, 786.

²⁵ Meyer, Der Alleinvertrieb, 227 ff., 232.

²⁶ Amstutz/Morin, Rn. 123 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR, Christoph Müller, Les contrats de distribution, in: Blaise Carron/Christoph Müller, Droits de la consommation et de la distribution, Les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, 79; Meyer, Der Alleinvertrieb, 271 f.; Schluep, 846.

²⁷ Dazu Meyer, Der Alleinvertrieb, 242, 282 f. und 284 f. was zu einer angemessenen Verlängerung der Restlaufzeit mit Blick auf die faire Amortisation der erforderlichen Investitionen führt. Meyer, Gedanken, Rn. 116 ff. zum falsch verstandenen Investitions- und Auslaufschutz in KFZ-Bek.

²⁸ Art. 102 ff. OR.

²⁹ Etwa in Art. 418f Abs. 2, 418h, 418m OR.

³⁰ Meyer, Der Alleinvertrieb, 331.

³¹ Meyer, Der Alleinvertrieb, 331.

³² Meyer, Der Alleinvertrieb, 277.

satzansprüche.³³ Der Vertragsrechtler weiss, dass die Kündigungsmodalitäten³⁴ im Arbeitsrecht sozialen Ursprungs sind und eine einmalige eng auf das Arbeitsverhältnis bezogene Ausnahme darstellen vom sonst im Vertragsrecht zu beachtenden Grundsatz „Pacta sunt servanda“.

a) Agenturvertrag

Entsprechend sind im Agenturverhältnis Art. 418r Abs. 2 OR und der Verweis dort sehr eng zu lesen. Beweggrund dazu war, dass der Agent als schutzbedürftige natürliche Person dem Arbeitnehmer Ende der 1940er Jahre durchaus nahe stand, insbesondere wenn er nur einen Auftraggeber hatte, wie etwa der Versicherungsagent. In dieser Situation sind die Stellung von Agent und Arbeitnehmer wirtschaftlich und rechtlich sehr ähnlich.³⁵ Umgekehrt ist kein Platz für all diejenigen Agenten für den Rückgriff auf Art. 418r Abs. 2 OR, denen dieser arbeitsrechtliche Schutz nicht zukommt. Dazu zählen alle juristischen Personen oder Personengesellschaften. Sie sind weder mit dem einzelnen Arbeitnehmer vergleichbar noch entsprechend schutzbedürftig.

Für juristischen Personen oder Personengesellschaften im Agenturverhältnis sind die normalen Kündigungsfristen gemäss Art. 418q OR in aller Regel angemessen und bleiben zumutbar³⁶, solange ihre Stellung nicht der eines einzelnen Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag gleich kommt und zusätzlichen Schutz verdient.

Das Gesetz anerkennt den wichtigen Grund als Ausnahmesituation nur in ganz wenigen Fällen, im Arbeitsrecht, Art. 337 Abs. 1 OR, im Auftragsrecht Art. 404 Abs. 1 OR³⁷, im Agenturrecht Art. 418r OR und etwa für die einfache Gesellschaft in Art. 545 Abs. 2 OR.³⁸ Gemeinsam und typisch für diese wenigen gesetzlich normierten Fälle ist: Im Arbeits- und im Agenturrecht wurden sie zum Schutz für die natürliche Person, den Arbeitnehmer oder Agenten normiert. Ist eine natürliche Person Vertragspartei, entfällt bei Unzumutbarkeit mit der Anrufung des wichtigen Grundes die Erfüllungspflicht bezogen auf die Arbeitsleistung³⁹ oder Vermittlungstätigkeit⁴⁰ dieser natürlichen Person. Im Auftragsrecht dient die Bestimmung von Art. 404 OR die Geschäftsbeziehung mangels Vertrauen unverzüglich abubrechen, ausser zur Unzeit. Art. 404 OR ist auf Dauerverträge nicht anwendbar.⁴¹ Ide-

altypisch waren im Zeitpunkt der Gesetzgebung natürliche Personen Gesellschafter der einfachen Gesellschaft. Heute wird dieses Bild vielleicht durch Arbeitsgemeinschaften für Grossprojekte relativiert.

Dem wichtigen Grund kommt typischerweise in allen Fällen, in denen eine natürliche Person arbeitnehmergleich Vertragspartei ist⁴² und aufgrund der Nähe der Parteien die Zusammenarbeit zumutbar bleiben muss, die Korrekturfunktion für Dauerschuldverhältnisse zu. In allen anderen Dauerschuldverhältnissen, in denen eine Vertragspartei nicht arbeitnehmergleich eingebunden ist, bleibt für die Anrufung dieses Instrumentes kein Raum. Das gilt auch für Agenturverträge, insbesondere aber für praktisch alle Vertriebsverträge. In typischen vertriebsvertraglichen Austauschverhältnissen stellen sich auch bei krassen Leistungsstörungen Fragen des Verzugs und des Rücktritts⁴³, nicht aber der Zumutbarkeit!

Im Jahr 1947 war das Bild des Agenten als natürlicher Person durch dasjenige des Arbeitnehmers geprägt. Die Botschaft zum Agenturrecht⁴⁴ beschreibt dieses idealtypische Bild des arbeitnehmergleichen Agenten wörtlich so: „Da der Agenturvertrag wie der Dienstvertrag auf eine gewisse Dauer abgeschlossen wird, eignen sich die Beendigungsvorschriften des Auftragsrechts für ihn zum Teil nicht.“⁴⁵ „Zu den wichtigsten Postulaten der Agenten gehören dagegen besondere Schutzbestimmungen gegen die vorzeitige Auflösung des Vertrags. Der Entwurf stellt in diesem Sinne in Anlehnung an den Dienstvertrag Kündigungsfristen auf und regelt die Ansprüche der Agenten bei Auflösung des Vertrages.“⁴⁶

Nur wenn der Agent eine dem Arbeitnehmer vergleichbare schutzbedürftige Stellung innehat, können die Parteien weder das Recht auf vorzeitige oder fristlose Vertragsauflösung vertraglich wegbedingen noch durch eine abweichende Parteivereinbarung von weniger strengen Voraussetzungen abhängig machen, als vom Vorliegen von wichtigen Gründen, die einer Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen, auch die Umschreibung von wichtigen Gründen für den Richter verbindlich festzulegen, ist ihnen versagt.⁴⁷

Dieses Bild des arbeitnehmergleichen Agenten gibt es ausnahmsweise noch bei gewissen Versicherungsagenten. Sonst sind heute oft auch Agenten als juristische Personen organisiert.

Zwar lässt der Wortlaut von Art. 418r OR dessen Anwendung auf nichtarbeitnehmergleiche Agenten zu. Die Anwendung ist dem Art. 418r OR aber auf die nichtarbeitnehmergleiche Agentur aufgrund der vorstehend dargelegten historischen Zweckbestimmung eher zu versagen.

Schliesslich ist im Agenturvertrag gesetzlich zwingend vom Gleichlauf der Kündigungsmodalitäten auszugehen und es dürfen im Agenturvertrag keine verschiedenen Kündigungsfristen für Lieferanten und Abnehmer verabredet werden.⁴⁸

33 Der Verweis gemäss Art. 418r Abs. 2 OR erstreckt sich auf Art. 337c Abs. 1 und 2 OR. Zum Vertriebsvertrag die Analyse von *Jean-Paul Vuille*, *Resiliation extraordinaire injustifiée d'une concession de vente en droit Suisse: Poursuite ou fin du contrat?*, SJ 2003, 99 f.

34 Art. 334 OR ff.

35 So sind die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts anwendbar, wenn die Schutzbedürftigkeit einer der Vertragsparteien dies erfordert. Roland A. Müller, *Arbeitnehmerähnliche Personen, Rechtsprobleme der Scheinselbstständigkeit*, ArbR 2000, 34 f.; BGE 118 II 157.

36 Meyer, *Der Alleinvertrieb*, 277 f.

37 Im Auftragsverhältnis ist die Beziehung geprägt vom gegenseitigen Vertrauen. Die Beendigung ist zudem erschwert durch den Unzeitvorbehalt Art. 404 Abs. 2 OR. Das enge Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Auftraggeber ist kein Merkmal von Vertriebsverträgen. Vgl. dazu ebenso *Peter Gauch*, *Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR*, SJZ 2005, 520 f. Ebenso bereits für das Agenturrecht: Botschaft vom 27. November 1947 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Agenturvertrag, BBl 99 III 661, 682 (Botschaft Agenturvertrag) und Urteil des Bundesgerichts 4C.66/2002 vom 11. Juni 2002 E. 2.

38 Dabei werden die Bestimmungen von Art. 266g OR und Art. 297 OR für den Tod des Pächters nicht übersehen. Die Situation der Parteien bei der Miete ist aber nicht mit derjenigen von Lieferant und Abnehmer vergleichbar, sondern wiederum aufgrund einer natürlichen Person, des Mieters, gegenüber dem Vermieter wegen der Unzumutbarkeit derjenigen im Arbeitsrecht ähnlich.

39 Art. 337 OR.

40 Art. 418r OR.

41 *Gauch*, *Präjudizienbuch OR*, Zürich 2012, 520 f. Ebenso bereits für das Agenturrecht: Botschaft Agenturvertrag 682.

42 Müller, *Les contrats de distribution*, 79 spricht vom „principe général“ und gibt wohl der Schutzbedürftigkeit in den zitierten Situationen weniger Bedeutung. Das Bundesgericht beurteilt in BGE 122 III 264 einen Mietvertrag für eine Privatperson und in BGE 128 III 429 ist ein zinsloses Darlehen einer Privatperson mit Laufzeiten zwischen zehn und 22 Jahren zu erwägen.

43 Meyer, *Der Alleinvertrieb*, 277.

44 Botschaft Agenturvertrag, 661ff.

45 Botschaft Agenturvertrag, 682.

46 Botschaft Agenturvertrag, 682.

47 Urteil des Bundesgerichts 4A_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1.

48 Art. 418q Abs. 3 OR und Meyer, *Der Alleinvertrieb*, 243.

b) Vertriebsvertrag

Die Problematik der ausserordentlichen Beendigung von Alleinvertriebsverträgen wurde als Rahmenvertragsproblem mehrfach beschrieben.⁴⁹ Es sei unnötig auf das Recht des Agenturvertrags zu greifen, um die Kündigung aus wichtigem Grund zuzulassen.⁵⁰ „Das Recht zur Auflösung aus wichtigem Grund ist somit weder aufgrund der Vertragsstruktur im Allgemeinen noch der spezifischen Gestaltung der Verzugsbehelfe notwendiges Merkmal von Dauerschuldverhältnissen.“⁵¹ „Die Vorschriften über die fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen sind zwingender Natur.“⁵² Die Liste liesse sich beliebig fortsetzen.⁵³ Allein die Lösung bleibt vage. Der Bezug zu den Rücktrittsregeln⁵⁴ ist der atypischen Analogie zu Art. 418q OR⁵⁵ oder gar keiner Regel⁵⁶ für die Anrufung des wichtigen Grundes in allen Fällen vorzuziehen. Atypische Analogien für den wichtigen Grund sind zu unterlassen und Verträge zu erfüllen.⁵⁷

Die Vertragsparteien in Vertriebsverträgen handeln auf eigene Rechnung und sind selbständig organisiert, auch wenn sie gewisse Vorgaben des Lieferanten zum Auftritt und zur Vertragserfüllung beachten müssen. In allen Vertriebsverträgen ohne arbeitnehmergleichen Abnehmer ist kein Platz für eine Kündigung aus wichtigem Grund und die bisherige Praxis dazu für Vertriebsverträge. Die Voraussetzungen für eine korrekte Analogie zur Art. 418r OR sind nicht gegeben.⁵⁸ Sind also in Vertriebsverträgen mehrheitlich juristische Personen Vertragsparteien, sind diese nie so eng miteinander verbunden, dass das Kriterium der Zumutbarkeit, die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht bis zur nächsten ordentlich möglichen Beendigung zuliesse. Auch eine natürliche Person als Abnehmer ist ihrem Lieferanten nie so nah wie der Arbeitnehmer, aufgrund ihrer eigenen, von ihr zu verantwortenden und ihr gehörenden Struktur. Einer Extremsituation wäre über die *clausula rebus sic stantibus*-Regel zu begegnen. Die Vertriebsvertragsparteien können nicht über den falsch verstandenen wichtigen Grund die Pflicht zur Vertragstreue sinnenleeren, schon gar nicht auf der Austauschenebene, wo derartige Probleme emotionslos und ohne Beantwortung der Frage der Zumutbarkeit über die Verzugsregeln sachgerecht bewältigt sind.⁵⁹

Plakatativ falsch ist, in der Migros den arbeitnehmergleichen Abnehmer zu erkennen in einem Vertrag über Sportartikel von Adidas oder der Emil Frey Gruppe gegenüber Tata Group beim Jaguar Landrover-Vertrieb arbeitnehmergleichen Status zuzuordnen. Die Beispiele sind vielleicht auch nicht ganz typisch, aber sie erleichtern das Verständnis für das Typische. Die wirtschaftlichen Strukturen haben sich gegenüber dem Idealtypus des Agenten in den letzten 65 Jahren verändert. Ungleiches muss ungleich beurteilt werden.

Sodann ist das Postulat, das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bestehe im Vertragsrecht generell⁶⁰, zu pauschal.⁶¹ Im Agenturvertrag gilt Art. 418r OR unbestritten nur für Fälle in denen der Agent als natürliche Person einem Arbeitnehmer vergleichbar ist. In Vertriebsverträgen gilt zunächst die vertraglich von den Parteien gewählte Lösung, soweit sie zu keiner missbräuchlichen Risikoverlagerung unter den Parteien führt. Habe diese vergessen, die ausserordentliche Beendigung zu regeln oder unfair wichtige Gründe definiert, dann kommt man um eine Gesamtbeurteilung der Umstände nicht umhin. Dabei gilt aber die Zulassung der sofortigen Auflösung des Vertriebsvertrages aus einem definierten wichtigen Grund als Ausnahme und nicht als Regel. Die isolierte Sozialschutzbestimmung aus dem Arbeitsvertragsrecht via Art. 418r OR geht keinesfalls dem allgemeinen Vertragsrecht und insbesondere dem Grundsatz „*Pacta sunt servanda*“ in Dauerschuldverhältnissen wie dem Vertriebsvertrag vor.⁶² Mindestens sind immer die Verzugs- und Rücktrittsregeln zu beachten.⁶³

Die Auffassung der „jüngeren Lehre“ der Rücktritt im Dauervertrag sei grundsätzlich abzulehnen⁶⁴, ist zu pauschal. Der Rücktritt ist normiert und die Anrufung der Kündigung zumindest unter Berufung auf einen wichtigen Grundes ist aleatorisch und widerspricht damit dem Grundsatz der Vertragstreue und Erfüllung. Ist keine Kündigung vorgesehen, sollen die Parteien sich über eine Aufhebung einigen, indem sie eine für alle zumutbare Beendigungsfrist und die Modalität ökonomisch bestimmen. Eine derartige verhandelte ordentliche Kündigung beendet das Verhältnis dann „*ex nunc*“.

Die Kritik etwa von *Schlupe*, dass beim Rücktritt immer eine Beendigung *ex tunc* die Folge sei,⁶⁵ ist nur die halbe Wahrheit.⁶⁶ Die Rücktrittsregeln lassen durchaus Festhalten am Vertrag, Verzicht auf nachträgliche Leistung und Schadenersatz zu⁶⁷. Das ist dann eben der Rücktritt *ex nunc* oder gemäss von der Crone die Beendigung der Selektionsperiode.⁶⁸ Das Bundesgericht folgt diesem Ansatz zu recht.⁶⁹

49 *Schlupe*, 846; Meyer, Der Alleinvertrieb, 240 ff. und *Hans Caspar von der Crone*, Rahmenverträge, Zürich 1993, 228 und sorgfältig *Vulliety*, 91 ff.

50 *Schlupe*, 846.

51 von der Crone, 228.

52 BGE 89 II 35.

53 Statt aller die Fundstellen bei *Amstutz/Morin*, Rn. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR.

54 Ebenso zutreffen von der Crone, 228: „Es besteht insbesondere kein Grund, dem Gläubiger des Dauerschuldverhältnisses den Einsatz von Art. 109 OR als Instrument der Durchsetzung zu verweigern.“ Dies mit der Einschränkung, die sich aus dem rahmenvertraglichen Treueverhältnis ergibt. Meyer, Der Alleinvertrieb, 277.

55 BGE 89 II 35.

56 *Schlupe*, weder 846 noch 847.

57 Abzulehnen ist der Verweis auf Art. 545 Abs. 2 OR bei *Claire Hugenin*, Obligationenrecht, 2. A., Zürich, 2014. Bestritten ist die grundsätzliche Anerkennung gemäss Rn. 797. Das muss immer im Einzelfall geprüft werden. Unzutreffend Rn. 3867, der die persönliche Nähe der einfachen Gesellschafter gegenüber der Situation unter juristischen Personen verkennt. 1911 war der idealtypische einfache Gesellschafter eine natürliche Person, auch wenn heute viele Konsortien bei Grossprojekten sich in dieser Gesellschaftsform zusammenfinden, ist dies zumindest bei der Analogiebildung für Vertriebsverträge zu beachten und die Analogie abzulehnen.

58 Ebenso *Vulliety*, 108 und *Amstutz/Morin*, Rn. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR. Der bereits zitierte BGE 89 II 35 liess sich aufgrund des Wortlautes 1963 damals vertreten. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist der Anwendungsbereich von Art. 418r OR, damals für eine K. G. deutschen Rechts, bei nichtarbeitnehmergleichen Abnehmern einzuschränken.

59 Art. 102 ff. OR.

60 *Amstutz/Morin*, Rn. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR mit zahlreichen Verweisen unter anderem auf *Schlupe*, 846.

61 In der Romandie wird der wichtige Grund für Vertriebsverträge bereits als generelles Prinzip verstanden. Etwa *Ivan Cherpillod*, La fin des contrats de distribution, in: Les contrats de distribution, Quelques aspects juridiques, Publication CEDIDAC N° 38, Lausanne 1998, 447. Das Prinzip wird durch diese Gedanken relativiert.

62 *Müller*, Les contrats de distribution, 79 und BGE 99 II 311 E. 5b, der allerdings nur das Nichtvorliegen des wichtigen Grundes erkannte.

63 Ebenso zutreffend *Schlupe*, 847 und dort Fn 48.

64 Statt aller *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger*, OR Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich 2014, Rn. 942

65 *Schlupe*, 846 dort Fn 43.

66 „Somit gelangen die Art. 107-109 OR hinsichtlich der darin geordneten Rücktrittsmöglichkeit auf Dauerverträge des OR (abgesehen vom Leihrentenvertrag) nur in dem Sinne zur Anwendung, als die Beendigungserklärung des Verzugsgläubigers nach Beginn der typischen dauernden Hauptleistung stets *ex nunc* wirkt.“ Peter Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968, 150.

67 Art. 107 Abs. 2 OR.

68 von der Crone, 228 oder *Gauch*, Beendigung von Dauerverträgen, 150.

Deshalb ist der schuldrechtlich besser konzipierte Ansatz der Anwendung der Rücktrittsregeln mit der Konsequenz der Auflösung ex nunc der einseitigen Gestaltungserklärung der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, wie dem Vertriebsvertrag, der Beendigung aufgrund eines vermeintlich wichtigen Grundes vorzuziehen.⁷⁰ Denn beim Rücktritt erhält die Gegenseite zumindest eine Chance zur Remedur.⁷¹ Entsprechend ist Art. 108 OR zunächst eingeschränkt, weil eine Pflicht zur gütlichen Einigung sich aus der rahmenvertraglichen Treuepflicht ergibt – zumindest einmalig!

Bei der dogmatisch falsch erwogenen Kündigung aus wichtigem Grund, der nicht vorliegt, besteht oft die Gefahr, zu folgern, es sei auch nur noch Schadenersatz und kein Erfüllungsanspruch mehr gegeben.⁷² Immerhin wird neuerdings betont, dass die „analoge Anwendung von Art. 418r Abs. 2 ausser Betracht“ falle.⁷³ Was heisst, dass sich die Folgen nicht aus dem Arbeitsrecht ergeben dürfen.

Jeder Bezug zum wichtigen Grund für die ausserordentliche Beendigung eines Vertriebsvertrags mit und ohne Analogie⁷⁴ zu Art. 418r Abs. 1 OR ist abzulehnen. Dieser falsche Ansatz ignoriert den Grundsatz. Ihm darf, weil schon die Analogie zum wichtigen Grund nur bei arbeitnehmergleichen Situationen zulässig ist, nicht weiter gefolgt werden. Der Vertriebsvertrag hat im Zentrum den Waren- und Dienstleistungsaustausch unter unabhängigen Vertragspartner. Für Kauf- und Sukzessivlieferungsverträge ruft niemand nach dem wichtigen Grund bei Leistungsstörungen. Dafür sind die Verzugsregeln gemacht. Das Wahlrecht des Gläubigers gilt es zu wahren!

Der wichtige Grund wurde in der Vergangenheit unter Anrufung der Analog für Vertriebsverträge gar missbraucht: Gemäss dem aus der Ökonomie stammenden Ansatz des „efficient breach“ mag es wirtschaftlich effizienter sein, einen Vertrag zu brechen und/oder die Erfüllung zu verweigern, um lediglich noch Schadenersatz zu leisten. Der ökonomische Ansatz widerspricht dem kontinentaleuropäischen bereits erwähnten Grundsatz der Vertragstreue⁷⁵. Beim Vertragsbruch aus wirtschaftlichen Gründen sucht die Partei ohne weiteres Interesse am Vertrag vordergründig nach sachlich vertretbaren Argumenten zum Ausstieg. Meist geht es dabei aber nur noch um die Regelung der Modalitäten der beabsichtigten sofortigen Beendigung. Deshalb vermag die vertragstreue Partei diesen Ansatz nicht immer sofort zu erkennen. Die Praxis darf dieses Argument durch falsche Analogie auch für die Rechtsfolge bei nicht gegebenem Grund nicht weiter folgen. Es gilt, das Erfüllungsinteresse zu bewahren.⁷⁶ Die Erfüllung bleibt in den nicht arbeitnehmergleiche Beteiligung immer zumutbar bis zum nächsten ordentlichen Ablauf⁷⁷, falls die Rücktrittsregeln eben nicht sofort weiterhelfen. Durch den Ausschluss der Analogie zum wichtigen Grund für typische Vertriebsverträge ist der Missbrauchstatbestand des „efficient breach“ dogmatisch bewältigt.

Den Parteien bleibt somit nur im Vertriebsvertrag ohne spezifische arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit unbenommen, die Gründe für eine ausserordentliche Vertragsbeendigung selber zu definieren⁷⁸ und bei deren Auftreten dann spezifische Beendigungsmodalitäten eintreten zu lassen⁷⁹. Haben die Parteien vergessen, diesen Punkt im Vertriebsvertrag zu regeln, ist mit Blick auf die Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit kein Platz für eine sofortige Vertragsauflösung.⁸⁰ Auch bei der Definition von sogenannten einseitigen Ausstiegsklauseln mit sofortiger Wirkung im Sinne wichtiger Gründe in Vertriebsverträgen gilt, dass die definierten Punkte nicht allzu einseitig zu formulieren sind, auch wenn durchaus erlaubt im Einzelfall eine einseitige Erschwerung oder Erleichterung der Auflösung sachgerecht vereinbart wird.⁸¹ Es genügt nicht, ein paar Gründe für die fristlose Auflösung zu nennen, solange diese nicht wirklich triftig sind.⁸² Die Grenze liegt im Missbrauch der Formulierung derartiger Bestimmungen, welche die Risiken allzusehr und unangemessen verlagern.

Haben die Parteien vergessen Leistungsstörungen im Vertriebsvertrag zu regeln und erscheint das Verhältnis allzusehr belastet, steht den Parteien der Weg offen, den Vertrag auf dem Verhandlungsweg anzupassen oder aufzulösen. Die Verzugsregeln gelten immer im Rahmen der gegenseitigen Treuepflicht. Letztere ergibt sich aus dem Rahmenvertrag, das ist eine typische Besonderheit des Vertriebsvertrages gegenüber dem einfachen Kauf- oder Sukzessivlieferungsvertrag.

Zusammengefasst ist bei der ausserordentlichen Beendigung auf die getroffene Regelung im Vertriebsvertrag der Parteien abzustellen. Dabei dürfen die Parteien nicht durch eine Regelung der Beendigungsmodalitäten eine missbräuchliche Risikoverlagerung herbeiführen. Es gilt der Grundsatz gleich langer Fristen und vergleichbarer Modalitäten für beide Parteien.

Statt im Vertriebsvertrag bei fehlender Regelung wichtige Gründe anzurufen, ist auf die Verzugs- und Rücktrittsmodalitäten der Art. 102 ff. des OR zurückzugreifen. Generell sind die Verzugs- und Rücktrittsregeln auch für komplexe Langzeitverträge mit eingebetteten Austauschverhältnissen wie den Vertriebsvertrag zur Bewältigung der Leistungsstörungen geeignet. Das schafft Rechtssicherheit unter den Parteien. Das vage Kriterium der Zumutbarkeit bei der Prüfung eines wichtigen Grundes ist typischerweise auf natürliche Personen zugeschnitten und verunsichert alle anderen Parteien nur unnötig. Die einzelne natürliche Person ist nur noch in Ausnahmefällen arbeitnehmergleich als Abnehmer tätig.

c) Beendigung bei Franchise- und Lizenzverträgen

Ob die vorstehenden Gedanken zur ausserordentlichen Beendigung von Vertriebsverträgen auch auf typische Franchise- oder Lizenzverträge übertragbar sind, ist wie immer im Einzelfall und aufgrund der Gesamtumstände zu klären. Typische Franchisen sind wohl für den Analogieausschluss zum wichtigen Grund und die Rücktrittsregeln eher geeignet, solange regelmässig Leistungen ausgetauscht werden.

69 Zutreffend BGE 129 III 320 E. 7.1.2 und 7.1.3 mit weiteren Hinweisen zur Lehre und Praxis.

70 Bestätigend BGE 129 III 328 f.

71 Meyer, Der Alleinvertrieb, 277.

72 Vuillety, 99.

73 Amstutz/Morin, Rn. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR.

74 Dazu Amstutz/Morin, Rn. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR und die weiteren Zitate dort.

75 „Pacta sunt servanda“.

76 Ebenso Vuillety, 108 nach Aufarbeitung der Problematik.

77 Meyer, Der Alleinvertrieb, 277 f.

78 Meyer, Der Alleinvertrieb, zum wichtigen Grund 274 ff.

79 Urteil des Bundesgerichts 4A_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.4. für einen Franchisevertrag.

80 Ebenso Vuillety, 108.

81 Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010 E 1.

82 Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010 E 1. und 1.3 und E 2.2.

Beim Lizenzvertrag helfen die Rücktrittsregeln, wenn man etwa den Rechtserhalt des Immaterialgutes und des Know-hows auch als Dauerleistung auffasst. Stellt der „Lieferant“ und Lizenzgeber in der Regel zu Beginn sein Know-how bereit, entfällt der auf Dauer ausgerichtete Leistungsaustausch, der für diese Analogie wichtig bleibt.⁸³ Allen dreien bleibt gemeinsam, dass Vertrieb, Franchise und Lizenz langfristige, strukturierte Vertragsbeziehungen schaffen, bei denen immer seltener einzelne natürliche Personen Vertragspartei sind.

3. Teilkündigung

Viele Verträge haben nicht nur ein Produkt oder ein Absatzgebiet zum Gegenstand. Hin und wieder stellt sich dabei die Frage der Teilkündigung. Dieser Punkt ist im Vertrag zu regeln oder auszuschliessen. Ging das vergessen, ist die Gesamtbeziehung zu betrachten. Oft werden Produktgruppen gebildet, um neben Schnelldreher weitere Produkte zu verkaufen⁸⁴, die sich isoliert weniger oder gar nicht präsentieren oder verkaufen lassen. Das muss möglich sein, um Nischenprodukte überhaupt zu vertreiben. Umgekehrt will vielleicht der Lieferant plötzlich sein Luxusprodukt nicht mehr dem Abnehmer der Volumenprodukte liefern, weil er einen Boutiquevertreiber als besseren Kanal erachtet.

Haben die Parteien derartige Fälle nicht vorgesehen und können sie sich nicht auf dem Verhandlungsweg einigen, gilt dass die Verträge zu erfüllen bleiben und Anpassungen mangels Konsens via (Änderungs-)Kündigung zu regeln sind. Sicher darf man auf beiden Seiten kein einseitiges Rosinenpicken tolerieren, selbst wenn sich eine Partei dieses Recht der einseitigen Vertragsänderung so vorbehalten hat, ohne auf die Kündigungsfristen Rücksicht zu nehmen. Auch die Aushöhlung des Bezugsrechts durch die Vorspiegelung von Kapazitäts- oder Lieferengpässen ist nicht zu tolerieren. Kann der Lieferant liefern, muss er liefern.⁸⁵

IV. Beendigungsmodalitäten

1. Konkurrenzverbote

Der Agent untersteht dem Konkurrenzverbot gemäss Art. 418d Abs. 2 OR⁸⁶: Diese Bestimmung verweist wie Art. 418r Abs. 2 OR auch auf den Dienstvertrag und hat wieder den Agenten als natürliche Einzelperson im Blick. Dort wo der Agent nicht Einzelperson, sondern Unternehmen ist, ist die Frage berechtigt, die historisch im Arbeitnehmerschutz begründete Karrenzentschädigung zu relativieren.⁸⁷ Allerdings steht der Text von Art. 418d Abs. 2 OR dem heute entgegen. Denkbar ist, dass man den Grund des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nennt, um die Kundschaft zu bewahren und via Abgeltung eben dieser neu erworbenen Kundschaft eine Teilsumme der Karrenzentschädigung durch Vereinbarung zuweist.

Die Praxis im Vertriebsvertrag dazu ist offener⁸⁸ und die Wegbedingung der Karrenzentschädigung zulässig.⁸⁹ Das

Zürcher Obergericht hat gegen die Anwendung des Art. 418d OR auf den Vertriebsvertrag dessen singulären Charakter betont.⁹⁰

Im Agenturvertrag war die frühere Lehre gegen eine Kumulation von Kundschafts- und Karrenzentschädigung.⁹¹ In Einzelfällen mag sie aber gerechtfertigt sein.⁹² Jüngste Entscheide dazu fehlen.⁹³

2. Kundschaftsentschädigung ist Abgeltung des geschaffenen Vorteils

Die folgenden Gedanken sollen der zwingenden Gesetzesbestimmung von Art. 418u OR etwas klarere Konturen verleihen, damit ihr in der Praxis nicht weiterhin willkürlich die Anwendung versagt bleibt.⁹⁴

Vorab ist die Kundschaftsentschädigung keine Entschädigung für einen nicht genannten Schaden, sondern eine originäre Gegenforderung in Anerkennung der Leistung des Agenten, der dem Lieferanten einen Mehrwert geschaffen hat, von dem dieser in der Zukunft profitiert.⁹⁵ Auch der EuGH hat im Dezember 2015 klar zwischen dieser Abgeltung für den geschaffenen Vorteil und anderen Ansprüchen des Agenten klar unterschieden.⁹⁶

a) Agenturvertrag

Bei der „Abgangsentschädigung“ ging es gemäss Botschaft 1947 darum, dass „der Agent, nachdem er in jahrelanger Arbeit für eine Unternehmung den Kundenstock aufgebaut hat, ohne jede Entschädigung ‚auf die Strasse gestellt‘ werden könne, während die Unternehmung weiter von seiner Werbetätigkeit profitiere. Tatsächlich repräsentiert die Kundschaft nicht selten einen erheblichen wirtschaftlichen Wert, da viele Kunden ihre Bestellungen während Jahren immer wieder zu erneuern pflegen.“⁹⁷

Gleiches ist also gleich zu beurteilen. Bei der Abgeltung für den vom Abnehmer dem Lieferanten geschaffenen Vorteil geht es um einen Werteausgleich für ein Aktivum, das aufgrund der zu vertreibenden Vertriebsvertragsleistungen bei der Beendigung des Vertriebsvertrages vom Abnehmer auf den Lieferanten übergeht!

Der Gesetzeswortlaut, Entwurf Art. 418s OR, lautete gemäss Botschaft: „Bei der Auflösung des Agenturverhältnisses hat der Agent Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, wenn er durch seine Tätigkeit, den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat und diesem oder seinem Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit der erworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses Vorteile erwachsen.“⁹⁸

Gautschi hat zutreffend bereits 1964 erkannt: „Die Gestalt der Kundschaftsentschädigung widerspiegelt den parlamentarischen Kompromiss, der zwar der Bestimmung einiges von ihrer ursprünglichen Schärfe genommen hat. Doch ist ein Gebilde entstanden, das auf mehreren unsicheren oder

⁸³ Zum Lizenzvertrag: *Stieger*, 4 ff.

⁸⁴ So war es für Ferrari-Händler üblich pro Ferrari eine gewisse Anzahl Maseratis zu beziehen. Solange es auf der Handelsstufe zwischen Lieferant und Abnehmer darum geht, dass der Abnehmer eine abgerundete Produktpalette anbietet, dürfte darin wohl kein Kartellrechtsverstoss liegen (Art. 7 Abs. 2 f. KG, Koppelungsverträge, „Tying“), sollte es für Ferraris keine Substitute geben.

⁸⁵ *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 341.

⁸⁶ Vgl. auch *Meyer*, Gedanken, Rn. 116 ff.

⁸⁷ Vgl. auch *Meyer*, Gedanken, Rn. 116 ff.

⁸⁸ *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 292, *Amstutz/Morin*, Rn. 127 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR,

⁸⁹ *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 292 f.

⁹⁰ ZR (78) 1979, Nr. 67.

⁹¹ *Gautschi*, Rn. 6b zu Art. 418d.

⁹² *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 329, *Wettenschwiler*, Rn. 9 zu Art. 418d, *Bühler*, Rn. 42 zu Art. 418d.

⁹³ *Wettenschwiler*, Rn. 9 zu Art. 418d.

⁹⁴ *Wettenschwiler*, Rn. 14 zu Art. 418u.

⁹⁵ Ebenso zutreffend *Müller*, Les contrats de distribution, 72 und BGE 134 III 500 oder *Vetsch/von der Crone*, 87, dort ungenau der Verweis auf Investitionsschutz, 88.

⁹⁶ Urteil Quenon, EU:C:2015:795, Rn. 20 ff., 36 ff. und Dispositiv.

⁹⁷ Botschaft Agenturvertrag, 684 zu Art. 418s.

⁹⁸ Botschaft Agenturvertrag, 692.

schwer zu ermittelnden Kriterien und letzten Endes auf das richterliche Ermessen und 'Billigkeit' abstellt.⁹⁹ Er geht dann weiter und verkürzt den Inhalt von Art. 418u OR auf: „Der Richter kann, wo es der Billigkeit entspricht, dem Agenten, dessen Vertrag ohne sein Verschulden aufgelöst wurde, eine angemessene Abgangsentschädigung von höchstens einem Nettjahresverdienst zusprechen.“¹⁰⁰

In der parlamentarischen Beratung kamen mit fünf Ergänzungen vier weitere Hürden in den Gesetzestext, die so in der Botschaft nicht vorgesehen waren: 1. Der Vorteil des Lieferanten muss „erheblich“ sein, 2. die Entschädigung darf „nicht unbillig“ sein, 3. der Anspruch ist zwingend, 4. die Obergrenze ist der „Nettojahresverdienst“ und 5. der Agent hat nicht den Grund für die Auflösung zu vertreten.¹⁰¹

Der Gesetzgeber wollte den erheblichen Wert des Kundenstocks unabdingbar abgelten lassen, sofern die gesetzlichen vier Hürden überwunden sind. Die Hürde der Billigkeit ist keine Liste, die alle bisher zum Thema bekannten Argumente umfasst. Die Billigkeit ist nicht Voraussetzung¹⁰² sondern Korrelat für krasse Fälle angesichts der anderen Hürden.

Die einzelnen Kriterien werden in ihrer Vielzahl heftig kritisiert.¹⁰³ Es bleibt einfach, jedem noch so erfolgreichen Agenten die Kundschaftsentschädigung aufgrund der schlechten Formulierung von Art. 418u OR vorzuenthalten. Davon zeugt die verwirrende Praxis zum Agenturrecht.¹⁰⁴ Diese taugt nicht, um dem Zweck von Art. 418u OR nachzuleben.¹⁰⁵ Gekürzt wurde immer¹⁰⁶!

Bei Markenprodukten des wiederkehrenden Bedarfs liegt der Vorteil in aller Regel beim Lieferanten. Der Vorteil ist im Einzelfall relativiert, wenn der Abnehmer weiterhin mit Substitutionsgütern des ehemaligen Lieferanten handelt.¹⁰⁷ Auch hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob er dies bereits vorher durfte und machte oder nicht.

Wirtschaftlich betrachtet, hat der Lieferant immer erhebliche Vorteile, wenn sein Agent ausscheidet, wenn ihm nicht der ganze Kundenstamm wegbricht! Falsch ist, Erheblichkeit erst zu erkennen wenn 100% der Kunden oder nur schon 40-60% der Kunden bei ihm verbleiben. Ersteres wäre traumhaft und kommt im richtigen Leben nicht vor¹⁰⁸ und zweites ist je nach Branche bereits der bestmögliche Fall.

Die konkrete Leistung von Vertriebsmittlern ist immer mit Blick auf die harten Marktzahlen zu messen. Die meisten Agenten arbeiten bereits sehr gut, wenn es ihnen gelingt

einen bestehenden Kundenstamm mindestens zu halten und nicht zu verringern. Juristen verkennen oft, dass die meisten Konsumgüter in gesättigten Märkten vertrieben werden. Da ist Wachstum nicht selbstverständlich. In spezifischen Märkten geht das Volumen gar zurück.¹⁰⁹ Geringe Zuwächse von 2-5% seit dem Eintritt des Absatzmittlers in das Vertriebssystem sind deshalb meist bereits als erheblich einzustufen gemäss Art. 418u Abs. 1. OR.

Vereinzelt wurden in der Praxis hohe Provisionen und dergleichen zur Kürzung herangezogen.¹¹⁰ Auch hier gilt es zu beachten, ob das branchenüblich oder die Ausnahme war. Im ersten Fall liegt kein Grund für eine Kürzung vor. Hohe Provisionen oder Gewinnmargen sind in gewissen Vertriebssystemen immanent.

Auch die Sogwirkung¹¹¹ der Marke ist kein Argument gegen die Entschädigung. Der Lieferant zieht einen Vertriebsmittler ja gerade bei, weil er es sich selber noch nicht leisten will oder kann, in den Markt zu gehen. Das hängt auch damit zusammen, dass die Produkte meist in diesem konkreten Markt noch wenig bekannt sind. Der Abnehmer übernimmt damit den Aufbau und schafft erst eine Kundschaft für diese Produkte im neu zu erschliessenden Gebiet¹¹². Einzige Ausnahme ist vielleicht die neue Luxusgüterboutique-Kette, die in einem Touristenort eröffnet wird und saisonal Kundschaft bedient, die aus anderen Märkten stammt, in denen der Lieferant oder andere Abnehmer für ihn tätig sind. Diese Sonderstellung kann im Einzelfall identifiziert und fair berücksichtigt werden, zumal der Abnehmer ja das ganze Jahr tätig ist und die Touristen nur im Winter oder zu einer anderen beschränkten Zeit und nicht das ganze Jahr da sind. Im Ausland wird die Sogwirkung für die Reduktion dann angerufen, wenn der Lieferant, wie etwa im Automobilvertrieb, massgebliche Absatzanstrengungen für die Marke selber erbringt. Dennoch werden solche Neukunde immer auch Kunden aufgrund der Verkaufsanstrengungen der Abnehmer.¹¹³ Der Verkauf beratungs-intensiver und After-Sales-Service erfordernder Produkte ist immer das Verdienst des Abnehmers, der gut berät und Produkte auch nach dem Kauf wartet. Die Sogwirkung der Marke kann also nur in diesen Situationen als Kriterium für den Umfang der Entschädigung berücksichtigt werden, in denen der Lieferant eben auch eine namhafte Eigenleistung für das Markenimage im relevanten Markt des Abnehmers tatsächlich erbringt.¹¹⁴ Nur banale Markenartikel ohne After-Sales-Service-Bedarf werden meist ohne Rücksicht auf die Person des Verkäufers erworben.¹¹⁵ Damit ist die Sogwirkung in wenigen Einzelfällen mitzubedenken, aufgrund der sorgfältig analysierten Aufgabenteilung für die Erarbeitung und Erhaltung des Markenimages im betroffenen Markt. Sie ist nie pauschal Argument zur Kürzung. In Deutschland werden dafür Abzüge von 10-25% angenommen.¹¹⁶ Hauptaufgabe des Richters bleibt, den Kausalzusammenhang zwischen derwerbenden Tätigkeit des Abnehmers und der dem Lieferanten zurechenbaren Sogwirkung für seinen Ermessensentscheid sorgfältig zu prüfen.¹¹⁷

⁹⁹ Gautschi, Rn. 1d zu Art. 418u OR.

¹⁰⁰ Gautschi, Rn. 1d zu Art. 418u.

¹⁰¹ Vgl. Wortlaut des aktuellen Art. 418u OR.

¹⁰² Wettenschwiler, Rn. 12 wertet die Unbilligkeit als Anspruchsvoraussetzung. Eine Anspruchsvoraussetzung ist entweder gegeben oder nicht. Sie soll nicht im Ermessen des Richters liegen. Wettenschwiler, Rn. 9 zu Art. 418u. Das schafft Unsicherheit. Deshalb wird hier die Meinung vertreten, dass die Billigkeit keine vage Voraussetzung sondern Korrelat für krasse Fälle sein soll. Der Ansatz, dass dann auch noch die Angemessenheit bei der Bemessung wiederum im freien Ermessen des Richters liegen soll (Wettenschwiler, Rn. 14 zu Art. 418u) würde dann das Ermessen verdoppeln. Das ist abzulehnen.

¹⁰³ Gautschi, Rn. 3-6 zu Art. 418u.

¹⁰⁴ Statt aller etwa Wettenschwiler, Rn. 1-13 zu Art. 418u oder Gauch, Präjudizienbuch OR, zu Art. 418u OR.

¹⁰⁵ Ebenso Wettenschwiler, Rn. 14 zu Art. 418u.

¹⁰⁶ Statt aller BGE 102 II 277, BGE 84 II 166 und krass gar BGE 84 II 542 mit einer Reduktion um 5/6. In Betracht für die Kürzung kämen etwa hohe Vergütungen während des früheren Vertragsverhältnisses, dessen lange Dauer oder besonders günstige Fürsorgeleistungen des früheren Arbeitgebers. BGE 84 II 533 und 541, Wettenschwiler, Rn. 1 zu Art. 418u, ebenso bei entgangenen Umsätzen des Abnehmers: RJN 2013 228 ff.

¹⁰⁷ BGE 103 II 277 E 3.

¹⁰⁸ Objektiv Unmögliches zu fordern widerspricht bekanntlich dem Geist des Obligationenrechts: Art. 119 OR.

¹⁰⁹ Vgl. etwa die Zahlen der Eidgenössischen Alkoholverwaltung zum Bier- oder Weinmarkt.

¹¹⁰ Wettenschwiler, Rn. 4-14 und die dortigen Fundstellen oder die zitierte Praxis II.7.

¹¹¹ Zum Begriff vertiefend: Meyer, Der Alleinvertrieb, 308 f.

¹¹² Meyer, Der Alleinvertrieb, 309.

¹¹³ Meyer, Der Alleinvertrieb, 309.

¹¹⁴ Zur Sogwirkung in Deutschland etwa: BGH, Urt. v. 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rn. 52 ff.

¹¹⁵ Meyer, Der Alleinvertrieb, 309.

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rn. 52 mit Hinweisen.

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rn. 52.

In Fällen in denen der Lieferant tatsächlich keinen Gebrauch von der neu erworbenen Kundschaft macht, fehlt dann eben auch die positive Voraussetzung für den Anspruch.¹¹⁸ Konkret musste der Lieferant die ihm vom Abnehmer überlassenen Kundendaten bei Beendigung des Vertrags sperren, ihre Nutzung einstellen und auf Verlangen des Abnehmers löschen. Der BGH hat damit seine frühere Praxis bestätigt.

Gleiches gilt, wenn der Abnehmer die Produkte unter seiner eigenen Marke vertreibt. Dann hat der Alleinabnehmer bei Vertragsbeendigung keinen Anspruch auf die Kundenschaftschädigung, weil der Lieferant keinen wesentlichen Vorteil nach Vertragsbeendigung aus dem vom Abnehmer für seine eigenen Markenprodukte gewonnenen Kundenstamm zieht.

Jede Entschädigung hat ein Kostendach.¹¹⁹ Gelingt dem Agenten oder dem Abnehmer der Nachweis, dass dem Lieferanten daraus erheblicher Nutzen erwächst, und hat er die Vertragsbeendigung nicht zu vertreten, dann ist der Anspruch zwingend geschuldet.¹²⁰ Das Billigkeitsargument darf nur in krassen Fällen noch weiter korrigieren. Angesichts der vielen Anspruchsvoraussetzungen, für die alle der Abnehmer die Beweislast trägt, kommt der Korrektur über die Billigkeit fairerweise nur Rechtsmissbrauchsfunktion zu und so ist sie auch anzuwenden.

Läuft der Agenturvertrag aus oder kündigt ihn eine Partei ordentlich, liegt darin kein Verschulden. Es bleibt abwegig, zu argumentieren, der ordentlich kündigende Agent habe die negative Voraussetzung von Art. 418u Abs. 3 OR zu vertreten. „Die Auflösung eines bestimmt befristeten Agenturvertrages, hat weder der Agent noch der Auftraggeber zu vertreten“¹²¹.

„Dass ein Unternehmer ‚doppelt belastet‘ wird, wenn er für die Umsätze mit Stammkunden nicht nur dem Handelsvertreter einen Ausgleich, sondern auch dessen Nachfolgern Provisionen zahlen muss, ist zwangsläufige Folge dieses Anspruchssystems.“¹²² Diese allgemeinnotorische Tatsache war bei der Gesetzgebung bereits bekannt und ist kein Argument dagegen. Differenziert verkaufen einige Lieferanten den Kundenstamm an den neuen Abnehmer.¹²³

Gelingt es dem Agenten erst die Voraussetzungen von Art. 418u Abs. 1 OR nachzuweisen, ist äusserste Zurückhaltung geboten beim Vorwurf des Verschuldens gemäss Art. 418u Abs. 3 OR.¹²⁴ Der Agent hat gemäss Abs. 3 des Art. 418u OR seinen Anspruch wohl nur in Fällen groben Verschuldens gänzlich verwirkt.¹²⁵

b) Vertriebsvertrag

Auch im Vertriebsvertrag gilt das vorstehend zur Vorteilsabgeltung des Agenten geschrieben. Will man dem Abnehmer einen Anspruch auf eine Vergütung für den für

den Lieferanten geschaffenen Vorteil zukommen lassen, ist dieser geschuldet, wenn die positiven Voraussetzungen nachgewiesen sind.

Versteht man die Bestimmung des Art. 418u OR als Abgeltung des geschaffenen Vorteils, dann ist in erster Linie der Vorteil zu prüfen, gefolgt von der Erheblichkeit und der Auflösung, die nicht der Abnehmer zu vertreten hat. Dann braucht es keine Billigkeitserwägungen mehr. Denn das derart Nachgewiesene kann per se kein krasses Ergebnis mehr sein! Dies ist allgemeinnotorisch.

Die Frage ob der Abnehmer schutzbedürftig sei¹²⁶, spielt weder eine Rolle unter dem Billigkeitsargument gemäss Art. 418u OR noch für die analoge Gewährung des Anspruches für einen Abnehmer im Vertriebsvertrag. Das Gleiche gilt für das Kriterium der Integration.¹²⁷ Es kommt bei der Analogiebildung zu Art. 418u OR auf den Vorteil und nicht auf den Grad der Integration des Abnehmers¹²⁸ in die Struktur des Lieferanten an.

Bei der Integration oder Einbindung¹²⁹ ist lediglich danach zu fragen, ob die Parteien untereinander keinen reinen Sukzessivlieferungsvertrag geschlossen haben. Im Agenturvertrag steht der Agent dem Auftraggeber ja auch näher als der Kommissionär. Regelt der zu prüfende Vertriebsvertrag mehr als ein reines Sukzessivlieferverhältnis, ist der Abnehmer etwa über die gegenseitige Exklusivität bereits rahmenvertraglich fest in die Struktur des Lieferanten eingebunden.¹³⁰ Dieses Kriterium darf nicht überdehnt werden.¹³¹

Das Bundesgericht hat 2008 endlich die Analogiefähigkeit des Art. 418u OR für Alleinvertriebsverträge anerkannt.¹³² Seither ist mit zwei Ausnahmen keine weitere Gerichtspraxis zum Thema publiziert worden¹³³.

Eine Motion zur Anwendbarkeit des Art. 418u OR für Vertriebsverträge wurde vom Bundesrat 2012 abschlägig beantwortet¹³⁴ und 2014 durch den Nationalrat abgelehnt. Der Bundesrat zitiert¹³⁵: „Das Bundesgericht hat entschieden, diese Bestimmung auf den – gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten – Alleinvertriebsvertrag analog anzuwenden, wenn sich die wirtschaftliche Situation des Alleinvertreters im konkreten Fall mit derjenigen des Agenten vergleichen lässt, namentlich wenn der Alleinvertriebsvertrag dieselbe wirtschaftliche Interessenvertei-

118 Dazu zuletzt BGH, Urt. v. 15. Februar 2015 – VII ZR 315/13, Regest.

119 Nettojahresverdienst, Art. 418u Abs. 2 OR.

120 Nur der Agent im Nebenamt hat keinen zwingenden Anspruch auf eine Kundenschaftschädigung, 418a Abs. 2 OR.

121 *Gautschi*, Rn. 7b zu Art. 418u, *Wettenschwiler*, Rn. 3 zu Art. 418u. Unzutreffend *Maier*, Das Handelsvertreterrecht in der Schweiz, in: *Maier et al.*, Der Handelsvertreter in den Ländern der EWG und der EFTA, Baden-Baden 1976, 368.

122 BGH, Urt. v. 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rn. 20.

123 *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 326.

124 Ist die Entschädigung vereinbart, die keine Formulierung gemäss Art. 418u Abs. 3 OR enthält, besteht kein Raum für die diesbezügliche Analogie, Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010 E. 1.2 und 1.3.

125 Ebenso *Bühler*, Rn. 60 zu Art. 418u und *Wettenschwiler*, Rn. 3 zu Art. 418u.

126 Botschaft Agenturvertrag, 684 f. zu Art. 418s. Dieser Punkt ist mit keinem Wort erwähnt, während er genau umschrieben ist bei der Kommentierung des Art. 418q für die Auflösung aus wichtigem Grund. Dazu auch II.4. Ungenau mit Blick auf die Analogievoraussetzungen: *Vetsch/von der Crone*, 93.

127 BGE 134 III 501 nennt dieses Kriterium wohl indem dort einfach einige Literaturstellen zum Thema übernommen werden.

128 *Amstutz/Morin*, Rn. 126 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR zum Argument der Integration mit Hinweisen. Der Denkfehler dort liegt in der unzulässigen Analogie zum arbeitnehmergleichen Agenten. Im Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2004 E. 3 vom 18. Juni 2004 ging es bekanntlich um Art. 418g OR und die Frage, ob eine exklusive Lieferpflicht bestand (Sachverhalt C). Hat man dies vergessen, hat der Abnehmer keinen Anspruch. Der Parteivortrag zu einer möglichen Analogie ist falsch, das Urteil in diesem Punkt richtig.

129 BGE 134 III 501 E 4.2.1.

130 *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 312.

131 *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 118, Exklusivität genügt als Analogievoraussetzung 312.

132 BGE 134 III 497 ff. und die Besprechung *Meyer*, Entschädigung für neu geworbene Kunden, NZZ vom 22. Oktober 2008.

133 Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 14. Mai 2013, RJN 2013 221 und Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010.

134 *Meyer*, Gedanken, Rn. 24 ff.

135 BGE 134 III 497.

lung aufweist und die betroffene Partei ein mit dem Agenten vergleichbares Risiko trägt.¹³⁶

Der Bundesrat antwortete damals: „Ob sich die wirtschaftliche Situation des Alleinvertreters mit derjenigen des Agenten vergleichen lässt und damit eine analoge Anwendung von Artikel 418u OR in Betracht kommt, ist immer aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden (BGE 134 III 497, E. 4.3). Das Bundesgericht hat eine Reihe von Kriterien aufgestellt, die für eine Abgrenzung herangezogen werden können. Damit wurde die für die Praxis notwendige Rechtssicherheit geschaffen; für eine Regelung im Gesetz besteht zurzeit kein Bedürfnis. Eine gesetzliche Regelung würde ausserdem einer anwendungsfallbezogenen Weiterentwicklung der Rechtsprechung entgegenstehen und der Vielfalt der in der Praxis bestehenden Vertragsverhältnisse nicht gerecht werden. Hinzuweisen ist weiter darauf, dass es den Vertragsparteien unbenommen ist, einen Alleinvertriebsvertrag so auszugestalten, dass eine analoge Anwendung von Artikel 418u OR nicht in Betracht kommt.“¹³⁷ Soweit der Stand der Diskussion zur analogen Anwendung des Art. 418u auf Vertriebsverträge in der Schweiz. Für die EU gilt Art. 17 RL Handelsvertreter und das daraus abgeleitete nationale Recht der Mitgliedsstaaten¹³⁸ sowie die Praxis zum Vertragshändler.¹³⁹

Die Praktiker sind aufgerufen, bei der Prüfung der Voraussetzung Fairness walten zu lassen und auf Kürzungen zu verzichten, wenn es dem Agenten gelungen ist, die erheblichen Vorteile des Prinzipals überzeugend darzulegen. Unbilligkeit dürfte wohl nur in krassen Fällen anzunehmen sein und auch dort nur zurückhaltend. Was sind etwa besonders hohe Provisionssätze bei Billigkeitsüberlegungen, wenn der Richter meist die betroffene Branche und deren Gepflogenheiten gar nicht kennt?¹⁴⁰

Man mag heute weiterhin den Zweck von Art. 418u OR ignorieren und sowohl Agent als auch Abnehmer mit allen zur Verfügung stehenden Argumenten jede fair geschuldete Entschädigung kürzen oder meist vorenthalten. Wünschbar ist, durch klar bestimmte vorhersehbare Kriterien Recht zu diesem Thema vom Richter zu erlangen. Dabei sind die Parteivertreter genauso in der Pflicht. Der schlecht vorgetragene Fall schafft kein gutes Recht.

Es geht nicht darum nun masslose Kundschaftsentschädigungen zu fordern und zuzusprechen. Vielmehr soll der Blick sich auf das Wesentliche konzentrieren, um dem Gesetz die verdiente Nachachtung zu verschaffen. Obergrenze für die Abgeltung des erschafften Vorteils wird immer ein dem Abnehmer zurechenbarer Netto-Jahresverdienst bleiben. Bei der Berechnung sind die strukturellen Unterschiede zwischen Agent und Abnehmer zu berücksichtigen – und nicht Äpfel mit Birnen gleichzusetzen. Aus dem Gesamtzusammenhang des Vertriebsvertragsverhältnisses sind nie Unsummen geschuldet. In krassen Fällen müssen diese auch gekürzt werden. Für die Kürzung sind aber sachlich gerechtfertigte Kriterien heranzuziehen und nicht Branchenunverstand oder willkürliche Billigkeit.

¹³⁶ Motion 12.3855, Klärung der Anwendung von Artikel 418u des Obligationenrechts auf Vertriebsverträge, Stellungnahme abrufbar unter www.parlament.ch.

¹³⁷ Motion 12.3855, Klärung der Anwendung von Artikel 418u des Obligationenrechts auf Vertriebsverträge, Stellungnahme, abrufbar unter www.parlament.ch.

¹³⁸ Vgl. Meyer, Gedanken, Rn. 14 ff.

¹³⁹ Dazu Martinek, § 27 Abschnitt I.6.

¹⁴⁰ Wettenschwiler, Rn. 10 zu Art. 418u.

Dem reinen Ausschluss der Kundschaftsentschädigung beim Alleinabnehmer steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen.¹⁴¹ Erfahrene Vertriebspartner regeln die Details der Kundschaftsentschädigung am besten im Vertrag mit Blick auf ihre Branchenkenntnis.¹⁴²

Die Voraussetzungen im harmonisierten Recht der EU Mitgliedsstaaten für die unabdingbare Entschädigung des Handelsvertreters dort sind Vorteil positiv und Unbilligkeit negativ.¹⁴³

Falls ein neuer Abnehmer in ein bestehendes Vertriebsgebiet des Lieferanten eintritt, ist es ratsam zu sagen, was bisher im Gebiet bereits als Kundenkreis des Lieferanten zu betrachten ist. Man darf bestehende Kundschaft dem Abnehmer zu Beginn durchaus auch verkaufen¹⁴⁴, muss dann fairerweise die Tatsache des Kaufes auch bei der Bemessung der neu geschaffenen Kundschaft mit berücksichtigen, wenn sie der Abnehmer zu Beginn abgegolten hat. Auch der „Verkauf“ der Kundschaft durch den ausscheidenden an den neuen Abnehmer wohl unter Vermittlung des Lieferanten ist denkbar.

3. Berechnung der Abgeltung für Agenten und Abnehmer

Lehre und Praxis¹⁴⁵ sagen bisher wenig zur detaillierten Berechnung¹⁴⁶ der jeweiligen Entschädigung für den Agenten¹⁴⁷ und den Abnehmer¹⁴⁸.

Dabei ist zunächst die Provision des Agenten von der Gewinnmarge des Abnehmers abzugrenzen. Bei allen Abnehmern ist ein Blick auf ihre Infrastruktur wichtig. Der Agent betreibt vielleicht ein eigenes Büro, zum Teil zu Hause, wenn er als Einzelperson tätig ist. Eine juristische Person, etwa eine Versicherungsagentur, hat dagegen eigenes Personal und eine eigene Infrastruktur, die der Agenturvertragserfüllung dient. Der Alleinabnehmer hat auch als Einzelperson eine Infrastruktur zu unterhalten, die über das Home-Office des Einzelagenten hinausgeht. Der Abnehmer, etwa auf Stufe eines Generalimporteurs für Nutzfahrzeuge, betreibt neben Büros Verkaufsstellen, Reparaturwerkstätten und Zwischenlager für die neuen Fahrzeuge und Ersatzteile.¹⁴⁹

Bei der Abwicklung des Vertrages durch den Agenten oder den Abnehmer entsteht spezifischer Aufwand, den der Agent und der Abnehmer unterschiedlich tragen. Liefert der Auftraggeber die Ware seinem kaufenden Vertragspartner direkt, hat der Agent gar keinen Aufwand. Muss

¹⁴¹ Hier gibt es eine Einschränkung für Abnehmer mehrerer Lieferanten, denn wie beim Agenten im Nebenamt kann die Kundschaftsentschädigung bei mehreren Lieferanten vertraglich wegbedungen werden: 418a Abs. 2 OR. Die Diskussion dreht sich dann um die Analogie zum Begriff „Nebenberuf“ für den Abnehmer mit mehreren Lieferanten. Vgl. dazu auch Gautschi: Rn. 15a ff. zu Art. 418a-418b.

¹⁴² Das Bundesgericht schützt bei der Interpretation von vereinbarten Abfindungsklauseln in Vertriebsverträgen den Wortlaut nach dem Vertrauensprinzip auszulegen und nicht auf den Sinngehalt von Art. 418u OR abzustützen, Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010 E. 1.1.

¹⁴³ RL Handelsvertreter, 17 ff., Art. 17. Vgl. Meyer, Gedanken, Rn. 14 ff.

¹⁴⁴ Meyer, Der Alleinvertrieb, 326 f.

¹⁴⁵ BGE 134 III 497 ff. verweist für die Berechnung für den Abnehmer im Entscheid an die Vorinstanz E. 4.5 und E. 4.1. BGE 84 II 529 und Meyer, Der Alleinvertrieb, 320 FN 646 und 647.

¹⁴⁶ Wünschbar ist, das Vorurteil *iudex non calculat* zu überwinden. Die Gerichte entscheiden nur was ihnen vorgetragen wird. Der Vortrag zur Berechnungsweise des Vorteilsausgleiches ist mangels bisheriger Fundstellen dazu hilfreich.

¹⁴⁷ Bühler, Rn. 55 ff. zu Art. 418u oder Wettenschwiler, Rn. 11-14 zu Art. 418u.

¹⁴⁸ Amstutz/Morin, Rn. 126 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR, Meyer, Der Alleinvertrieb, 316-326.

¹⁴⁹ Vgl. auch Meyer, Gedanken, Rn. 112 ff.

umgekehrt ein Autoverkäufer den Neuwagen nach dem Transport erst „entsiegeln“ und für den Kunden zur Auslieferung bereit machen, fallen in der Regel ein paar Stunden Arbeit an, neben der Administration bei der Vertragsabwicklung zwischen ihm und seinem Kunden. Oft rechnet der Auftraggeber die Geschäfte mit dem Agenten direkt ab.¹⁵⁰ Der Alleinabnehmer braucht meist eine eigene Buchhaltungsabteilung neben der Administration. Dazwischen gibt es alle Mischformen, auch den Agenten mit Delkredererisiko¹⁵¹ oder den Abnehmer, der die ganze Büroadministration bei seinem Lieferanten ausgelagert hat.

Es gibt somit bereits unter den Agenten verschieden ausgeprägte Risikoformen, etwa mit und ohne Delkredere. Das widerspiegelt sich in der unterschiedlich hohen Provision. Deshalb ist das kein Grund dem Agenten mit dem Delkredererisiko oder dem Inkassomandat¹⁵² die Provision, die höher ist als beim Agenten ohne Delkredererisiko¹⁵³, zu kürzen. Er hat maximal Anspruch auf den Nettjahresverdienst. Der Umfang der Nettoprovision ergibt sich aus Art. 418g und 418k OR. Die Unkostenzuordnung zwischen Auftraggeber und Agent ergibt sich aus Art. 418n OR. Nur besondere auf Weisung des Auftraggebers gemachte Auslagen des Agenten, namentlich für Fracht oder Zölle, sind zu vergüten. Abgesehen davon ist die ganze Provision des Agenten sein Nettoverdienst.¹⁵⁴

Seit 2008 hat auch der typischen Alleinabnehmer nach Schweizer Recht Anspruch auf den „Nettojahresgewinn“ falls dieser positiv ist: „Par gain annuel net, il faut entendre le gain réalisé par l'agent après déduction de tous les frais qu'il a engagés à cet effet. Lorsque ceux-ci sont égaux ou supérieurs aux provisions touchées par l'agent, ce gain est nul et toute indemnité refusée à l'agent (ATF 84 II 164 consid. 5 in fine).“¹⁵⁵

Der Abnehmer finanziert mit einem grossen Teil seiner Bruttogewinnmarge sein Unternehmen und damit sein Risiko. Er trägt das Delkredere, er hat die Infrastrukturkosten, verantwortet das Lagerrisiko für die Ware und alle Unkosten für seine Verkaufsanstrengungen¹⁵⁶. Dass der Lieferant den Abnehmer beim Marketing unterstützt, wirkt sich im Einzelfall ganz unterschiedlich auf die Kosten aus. Stellt er nur das Bildmaterial für Werbung bereit, muss der Abnehmer die Übersetzung, das Vertonen und Sendezeit in Radio und Fernsehen selber kaufen. Gleiches gilt für Anzeigen online oder in Printmedien. Prospektmaterial und Verkaufsaktionen liegen mal in der Kostensphäre des Lieferanten, mal beim Abnehmer. Oft ist ein Teil des Umsatzes des Abnehmers vertraglich für dessen Marketing im Vertragsgebiet zu verwenden. Diese Beispiele lassen sich beliebig ergänzen.¹⁵⁷

Im Einzelfall muss deshalb geprüft werden, welche Infrastruktur der Abnehmer vernünftigerweise mit und ohne Vertriebsvertrag braucht und was ihn diese kostet.¹⁵⁸ Wie hoch sind bei ihm oder in der Branche die Kreditausfälle und die Debitorenverluste? Welche Lohn- und Lohnne-

benkosten können dem Vertriebsvertrag als Kostenträger zugeordnet werden? Wer trägt das Preisschwankungs- und das Währungsrisiko?

Allgemein sind beim Abnehmer solche Kosten als händler-typisch zu beachten, die beim Agenten naturgemäss nicht entstehen, die der Abnehmer, der sein Geschäft auf eigenen Namen und eigene Rechnung führt, bei dieser Einkaufs- und Verkaufstätigkeit typischerweise selbst trägt.¹⁵⁹

Was ist branchentypisch¹⁶⁰? Gibt es in der Branche auch Agenten neben den Abnehmern? Welche Kosten des Absatzes, wie Verkaufsaktionen, Werbung, die Gewährung von Rabatten und Skonti, werden von der Provision abgezogen? Kosten die der Lieferant trägt und die vereinbarungswise dem Agenten von der Provision abgezogen werden können, dürfen nicht von der Gewinnmarge des Abnehmers abgezogen werden. In diesem Fall ist die Leistung des Lieferanten kein Teil der Leistung, die der Abnehmer mit seiner Gewinnmarge finanziert.¹⁶¹ Auch wenn der Lieferant Zuschüsse zur Gewährung von Rabatte gegenüber Grosskunden des Abnehmers gewährt, sind diese Leistungen kein Teil der Gewinnmarge oder des Unternehmerrisikos und unbeachtlich. Umgekehrt sind die Leistungen, die der Lieferant in einer Branche erbringt, die ein Auftraggeber in derselben auf den Agenten abwälzt, zu beachten und von der Gewinnmarge des Abnehmers abzuziehen. Ratsam ist, die Abgrenzung für die letzten fünf Jahre gleichzeitig zu machen.

Die am Ende dieses Artikels stehende **Tabelle** erleichtert die Zuordnung der anfallenden Vertriebskosten unter den Kostenträgern.

Die darin aufgeführten zusätzlichen Kosten in Spalte fünf gegenüber der Spalte drei verringern die Bruttogewinnmarge des Alleinabnehmers gegenüber der dem Agenten zukommenden Provision und müssen bei der Bemessung und Berechnung der Kundschaftsentschädigung angemessen abgegrenzt und abgezogen werden.

Bei der Berechnung ist vom produktbezogenen Bruttogewinn¹⁶² des Abnehmers auszugehen. Das ist zunächst der Verkaufspreis aller Vertragsware abzüglich aller gewährten Rabatte. Das ergibt den Bruttoverkaufserlös. Davon ist der Einstandspreis aller Ware abzuziehen. Das ergibt den Nettoverkaufserlös oder die Bruttogewinnmarge des Abnehmers, vor Abzug seiner eigenen Kosten. Alles immer bezogen auf die betrachtete Periode. In Deutschland wurde die Bruttomarge dann zum Teil und aus verschiedenen Gründen bei einem Autoabnehmer konkret um knapp 60% gekürzt.¹⁶³ Die Bruttogewinnmarge ergibt nach Abzug aller eigenen produktbezogenen Kosten die Nettogewinnmarge des Abnehmers, eben seinen Nettogewinn. Die branchenspezifischen Durchschnittskosten eines Abnehmers pro verkaufte Einheit oder Periode sind oft bei Branchenverbänden erhältlich, welche solche Zahlen unter ihren Mitgliedern periodisch erheben. Dabei darf allerdings Ineffizienz und wenig Kostenbewusstsein und damit verbundene hohe Unkosten nicht einfach für den Einzelfall übernommen werden. Auszugehen ist vom sorgfältig kalkulierenden Unternehmer, der sich entsprechend auch um seine Kosteneffizienz kümmert. Dann ist der konkrete Fall zu untersuchen. Ob die normale Nettogewinnmarge bei 43.5% liegt, wie 2010 im zitierten Fall in Deutschland oder 400% wie

150 Art. 418k OR.

151 Art. 418c Abs. 3 OR.

152 Art. 418l OR.

153 Art. 418c Abs. 3 OR spricht vom angemessenen besonderen Entgelt.

154 *Bühler*, Rn. 55-58 zu Art. 418u OR.

155 BGE 134 III 500.

156 BGH, Urt. v. 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rn. 44 ff.

157 Diesbezüglich hilfreich ist der Verweis auf die reichere deutsche Praxis dazu, soweit es darum geht, die Provision von der Gewinnmarge abzugrenzen: BGH, Urt. v. 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rn. 28-50.

158 Dafür gibt es schlaue Abgrenzungsansätze aus dem Raumplanungsrecht/Lex Koller zum Begriff der betriebsnotwendigen Immobilien.

159 *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 322 mit Verweis.

160 Vgl. auch den Hinweis *Meyer*, Gedanken, Rn. 130 zur kartellrechtsrelevanten Kostenverlagerung hin zum Agenten.

161 *Meyer*, Der Alleinvertrieb, 322.

häufig im Modebereich¹⁶⁴, hängt immer von den Umständen des Einzelfalles ab.

Pauschalierungen sind zu vermeiden. Trotzdem und zur Orientierung ist aus Erfahrung eine Bandbreite von 30-50% der vorstehend beschriebenen Bruttogewinnmarge des Abnehmers häufig.¹⁶⁵ Man kann alternativ auch 5-15% des Bruttoumsatzes (i.E. hier des vereinnahmten vorstehend beschriebenen Bruttoverkaufserlöses) des Abnehmers zur Berechnung beziehen, um zumindest eine grobe Idee zu bekommen. Die beteiligten Parteien kennen die anfallenden und notwendigen Kosten immer am besten. Deshalb ein weiteres Mal der Rat, im Vertrag etwa zu schreiben, der Abnehmer hat Anspruch auf die Vergütung für die neu geworbene Kundschaft (Prozentzahl im Rahmen von 38 oder 54%) seines definierten Bruttogewinns. Alternativ helfen etwa 7 oder 16% seines vereinnahmten Bruttoverkaufserlöses mit der Vertragsware, je nach Branche und betroffenen Produkten.¹⁶⁶ Nicht zu vergessen ist, alle buchhalterisch verwendeten Begriffe im Vertriebsvertrag zu definieren und allenfalls gar ein Rechenbeispiel anzufügen. Nur so vermögen andere Juristen, die vielleicht weniger bilanzsicher sind, den Ausführungen dann auch uneindeutig zu folgen.

Steuern sind bei dieser Berechnung nicht mitzuberechnen.

Damit ist die Aufgabe immer noch keine leichte, die vertriebsvertragsbezogene Nettogewinnmarge des Abnehmers im Vergleich zu einer Nettogehaltsprovision des Agenten buchhalterisch zu ermitteln. Immerhin bekommt der Buchhalter jetzt gewisse Berechnungsvorgaben.

4. Warenlager

Trotz just in time-Logistik halten viel Abnehmer ein Warenlager. Details dazu sind meist vertraglich genau bestimmt, auch bei der Beendigung. Sonst gilt, dass im ge-

kündigten Vertrag normale Warenbezüge zu honorieren bleiben aber überhöhte Bestellmengen nicht zu liefern sind, weil der Abnehmer dadurch nicht den Vertrag de facto zu verlängern darf. Entweder ist die Rücknahme oder der Abverkauf von Produkten in Mengen, die sich aus der bisherigen Vertragsbeziehung und im zu erwartenden Umfang für die verbleibende Zeit ergeben, zu regeln. Missbräuchlich wäre, die Rücknahme des gehörig unterhaltenen Warenlagers zu verweigern und den ordentlichen Ausverkauf für einen vernünftigen Zeitraum nach der Beendigung zu verbieten, auch nicht für Markenwaren.¹⁶⁷

V. Ergebnis

Die ausserordentliche Beendigung von Vertriebsverträgen nach Schweizer Recht aus wichtigen Gründen ohne arbeitnehmergleiche Abnehmer ist abzulehnen. Die Vertragstreue überwiegt. Transaktionale Leistungsstörungen sind via Verzugs- und Rücktrittsregelungen zu bewältigen, stets eingebettet in die rahmenvertragliche Treupflicht. Die Kundschaftschädigung ist Entgelt für den dem Lieferanten geschaffenen Vorteil und soll, falls der Vorteil erkannt ist, nicht unbillig gekürzt werden. ■

¹⁶² Angesichts der Vielzahl des möglichen Verständnisses und der Berechnungsweisen buchhalterischer Begriffe ist es ratsam all diese Begriffe im Vertrag zu definieren, so dass die Parteien gemäss Vertriebsvertrag zumindest das gleiche Verständnis dazu haben. Art. 18 Abs. 1 OR, falsa demonstratio non nocet.

¹⁶³ BGH, Urt. v. 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rn. 52 ff.

¹⁶⁴ Branchenspezifisch muss über den Normalverkauf auch der Ausverkauf zu wesentlich tieferen Preisen mitfinanziert werden.

¹⁶⁵ Diese Bandbreite bleibt zufällig, deckt sich aber mit den Erhebungen zu Meyer, Der Alleinvertrieb in den 1980er Jahren und dem inzwischen dazu Gesehenen.

¹⁶⁶ Meyer, Der Alleinvertrieb, 324 und Meyer, Entschädigung für neu geworbene Kunden.

¹⁶⁷ Derartige Bestimmungen trifft man vereinzelt in Verträgen mit Lieferanten aus dem Common Law Raum.

Kostenart auf Vertriebsstufe	Kostenträger			
	Agenturvertrag		Vertriebsvertrag	
	Auftraggeber	Agent	Lieferant	Alleinabnehmer
Büros		(+)		+
Imagewerbung	+		+	
Showroomkosten	+			+
Eigene Läden	+			+
Eigene Mitarbeiter	+			+
Messebesuch, Stand	+	(+)		+
Logistik, Transport	+			+
Zulassungskosten	+			+
Markenpflege	+			+
Lagerhaltung	+			+
Delkredere-Risiko	+			+
Garantieansprüche	+			+
Produktehaftpflicht	+			+
Währungsrisiko	+			+