

# VERTRAGSGESTALTUNG IM (AUCH INTERNATIONALEN) VERTRIEBSRECHT

Das «Vertriebsrecht» bezeichnet eine Reihe von Regelungen betreffend den Absatz von Waren und Dienstleistungen. Der Lieferant kann seine Produkte direkt an die Endkunden (Direktvertrieb) oder durch die Einsetzung von rechtlich selbstständigen Absatzmittlern erbringen. Dieser Beitrag befasst sich mit der Vertragsgestaltung von zwei Typen von Absatzmittlerverträgen: dem Agenturvertrag und dem Vertragshändlervertrag.

■ Von Stefano Caldoro



## Begriffe

Mit einem *Agenturvertrag* verpflichtet sich der Agent, dauernd für den Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln (Vermittlungsagent, ohne Vertretungsmacht) oder im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers selbst Verträge abzuschliessen (Abschlussagent).

Nach dem *Vertragshändlervertrag* erwirbt der Händler im Rahmen eines auf Dauer angelegten Vertragsverhältnisses mit dem Lieferanten dessen Produkte und vertreibt sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (d.h. mit eigenem Absatzrisiko). Unterarten sind (i) der nicht exklusive Händlervertrag, (ii) der Alleinvertriebsvertrag mit einem ausschliesslichen Bezugsrecht und der Absatzförderungspflicht des Händlers und (iii) der Selektivvertriebsvertrag, unter dem nur ausgewählte Einzelhändler beliefert werden.

## Anwendbare Normen und Vertragsfreiheit

Der Agenturvertrag ist in der Schweiz eine weitgehend kodifizierte Vertriebsform gemäss Art. 418a–418v OR mit Verweisen auf die Normen des Makler-, Kommissions- und Auftragsrechts. Die Gesetzesbestimmungen betreffend Delkredere, Konkurrenzverbot, Kundschadensentschädigung und Auflösung aus wichtigem Grund sind zwingendes Recht und der Vertragsfreiheit entzogen.

Obwohl der Agenturvertrag formfrei zustande kommt, sieht das Gesetz das Schriftlichkeitserfordernis für bestimmte Vereinbarungen vor. Der Vertragshändlervertrag ist ein Innominatvertrag mit diversen, u.a. kaufrechtlichen und agenturrechtlichen Vertragselementen (Bestimmungen des Agenturrechts sind teils direkt oder analog anwendbar). Die Parteien kön-

nen Rechte und Pflichten weitgehend frei gestalten.

## Rolle des Absatzmittlers Absatzförderung

Der Absatzmittlervertrag setzt in der Regel fest, dass der Absatzmittler im Rahmen eines gemeinsam festgelegten Plans von Massnahmen (z.B. Marktanalysen, Teilnahme an Messen, Schalten von Werbung, Mitarbeiterausbildung, Kundendienst, aktives Angehen potenzieller Kunden) und Leistungszielen (z.B. quantitative Zielmengen) den Absatz der Produkte des Auftraggebers/Lieferanten aktiv fördern muss.

Beim Vertragshändlervertrag ist die Absatzförderungspflicht oft das Gegenstück zum Alleinvertriebsrecht in einem bestimmten Vertragsgebiet (Alleinvertriebsvertrag). Die Absatzförde-

rungspflicht impliziert eine Pflicht des Lieferanten, die Vertragsprodukte an den Händler zu verkaufen; will es der Lieferant nicht, muss er sich dies vertraglich vorbehalten.

### Geschäftsabwicklung

Der Agent muss sorgfältig im Interesse des Auftraggebers tätig werden und seine Weisungen befolgen. Er führt die Vertragsverhandlungen mit den Kunden und folgt den im Agenturvertrag festgelegten Vorgaben zur Geschäftsabwicklung (z.B. zu Preisen, Bedingungen usw.). Die Parteien können zusätzliche Befugnisse und Pflichten des Agenten vereinbaren, etwa Entgegennahme von Zahlungen, Gewährung von Zahlungsfristen, Geltendmachung von Rechten zur Beweissicherung, Überwachung der Ausstände, Eintreibung der Forderungen. Solange dem Agenten eine Inkassovollmacht erteilt wird, ist dieser zu einer Inkassoprovision berechtigt.

Der Vertragshändler kauft die Vertragsprodukte vom Lieferanten zu den im Vertragshändlervertrag vereinbarten Konditionen (z.B. Preis, Gewährleistung, Liefer- und Zahlungsfristen); bei Wiederverkauf muss er hingegen aus kartellrechtlichen Gründen frei sein, und der Lieferant darf keine Vorgaben von Fest- oder Mindestpreisen setzen (zulässig sind nur Vereinbarungen mit dem Lieferanten über Höchstpreise).

### Treuepflicht, Allein-/ Mindestbezugspflicht, Konkurrenzverbot

Der Agent hat eine Treuepflicht gegenüber dem Auftraggeber, insbesondere eine Unterlassungspflicht von Doppelvertretung und Selbstkontrahieren sowie eine Geheimhaltungspflicht auch nach Beendigung des Vertrags. Aus der Treuepflicht ergibt sich auch ein Konkurrenzverbot während des Agenturverhältnisses (möglich sind explizit im Agenturvertrag definierte Ausnahmefälle). Für die Zeit danach gilt es nur, wenn es schriftlich vereinbart worden ist und die übrigen Voraussetzungen nach Art. 340 und 340c OR erfüllt sind. Wird ein nachvertragliches Konkurrenz-

verbot vereinbart, steht dem Agenten ein unabdingbarer Anspruch auf eine angemessene Karenzentschädigung zu. Die Parteien können die Höhe des Entgelts im Vertrag festsetzen, wobei der Richter die Angemessenheit überprüfen kann (Ausgangspunkt ist das Einkommen, das der Agent bei Aufnahme der Konkurrenzfähigkeit hätte erzielen können, wobei tatsächlich neu erzielte oder versäumte Verdienste abgezogen werden).

Eine Mindest- oder Alleinbezugspflicht des Händlers besteht nur bei entsprechender Vereinbarung, wobei zu beachten ist, dass eine Beschränkung von Parallelimporten von Vertragsprodukten aus kartellrechtlichen Gründen unzulässig ist. Eine Beschränkung des Absatzrechts von Konkurrenzprodukten kann für höchstens fünf Jahre während des Vertrags vertraglich vereinbart werden. Ein nachträgliches Konkurrenzverbot kann in analoger Anwendung des Agentenrechts vereinbart werden, aber aus kartellrechtlichen Gründen nur für ein Jahr.

### Exklusivität

Dem Agenten kann ferner ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugesprochen werden. In diesem Fall gilt die gesetzliche Vermutung der Exklusivität. Will der Auftraggeber keinen exklusiven Anspruch gewähren, ist dies schriftlich zu vereinbaren.

Der exklusive Agent hat einen Provisionsanspruch auf jedem Geschäft, das mit Kunden im Vertragsgebiet (mit oder ohne seine Mitwirkung) während des Agenturverhältnisses abgeschlossen wird. Direktgeschäfte durch den Auftraggeber sind ungeachtet der Exklusivitätszusicherung zulässig, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren.

Im Fall eines Alleinvertriebsvertrags verpflichtet sich der Lieferant, die Vertragsprodukte im Vertragsgebiet ausschliesslich an den Händler zu liefern. Ohne andere vertragliche Regelung ist davon auszugehen, dass auch der Lieferant es unterlassen muss, die Vertragsprodukte selber zu vertreiben.

Ferner darf der Abnehmer erwarten, dass der Lieferant den gebietsfremden Absatzmittlern untersagt, im Vertragsgebiet aktiv Kunden zu werben. Generelle Verbote von Passivverkäufen ausserhalb des Vertragsgebiets (d.h. von Geschäften, bei denen Kunden aus dem Vertragsgebiet von sich aus an einen gebietsfremden Abnehmer gelangen und diesen um Abschluss eines Kaufvertrags ersuchen) sind jedoch unzulässig.

### Weitere Pflichten

Zu den Pflichten des Agenten gehören eine ordentliche Buchhaltung und die Informationspflicht. In der Regel wird der Umfang der geforderten Informationen seitens des Agenten bzw. Händlers vertraglich weit definiert (z.B. tätigkeits-, produkt-, marktbezogen).

Die Übernahme der Delkrederehaftung (d.h. für die Erfüllung der vermittelten Geschäfte und für die Inkassokosten) durch den Agenten kann nur schriftlich vereinbart werden. In diesem Fall hat der Agent einen unabdingbaren Anspruch auf eine angemessene Delkredereprovision.

### Vergütung, Kosten, weitere Rechte des Absatzmittlers

Während sich der Geschäftsgewinn des Händlers aus der Differenz zwischen Beschaffung und Wiederverkauf ergibt, wird der Agent mit einer Provision entschädigt. Es wird gesetzlich vermutet, dass der Agent nur zur Vermittlung berechtigt ist und dass daher die Provisionen infolge der Vermittlungstätigkeit (selbst wenn das Geschäft erst nach Vertragsbeendigung abgeschlossen wurde) bzw. Werbetätigkeit des Agenten geschuldet sind.

Grundsätzlich sind alle Regelungen über die Provisionen dispositiver Natur. Die Parteien können z.B. die Voraussetzungen sowie die Fälle von Beschränkung, Ausschluss und Dahinfallen des Anspruchs, die Höhe, Berechnungsmodalitäten, Fälligkeit und Abrechnung der Provisionen, den Zeitpunkt der Anspruchsentstehung vereinbaren (wobei für die Bestimmungen

zum Exklusivagenten, den Zeitpunkt der Anspruchsstehung sowie die Pflicht des Agenten zur Provisionsabrechnung Schriftlichkeit vorausgesetzt ist). Der Agent hat ein im Voraus unverzichtbares Recht, in die für die Abrechnung massgebenden Bücher und Belege Einsicht zu nehmen.

Mit der Ausnahme von Kosten bei besonderen Weisungen des Auftraggebers oder als Geschäftsführer ohne Auftrag, z.B. für Frachten, Zölle, spezifische Werbemassnahmen und Reisen zum Auftraggeber, muss der Agent alle anfallenden Kosten und Auslagen selber tragen. Die Regelung ist dispositiver Natur. Achtung aber: Bei vertraglicher Abweichung könnte der Vertrag als Arbeitsvertrag qualifiziert werden. Der Vertragshändler trägt hingegen die Kosten mit seiner Bruttogewinnmarge.

Der Agent hat ein Recht auf Unterstützung durch den Auftraggeber (z.B. in Bezug auf die Absatzförderungspflicht) und ein Retentionsrecht zur Sicherung seiner Ansprüche, das vertraglich nicht im Voraus wegbedungen werden kann. Der Händler hat diese Rechte nur bei entsprechender Vereinbarung.

### Beendigung

Der befristete Agenturvertrag endet mit dem Ablauf der Vertragsdauer und kann vorzeitig nur aus wichtigen Gründen gekündigt werden; bei Fortsetzung des Verhältnisses gilt der Vertrag für die gleiche Zeitspanne (aber höchstens für ein weiteres Jahr) als stillschweigend verlängert. Ein unbefristeter Agenturvertrag kann ordentlich gekündigt werden. Die Kündigungsfrist muss gleich lang für beide Parteien sein; sie beträgt einen Monat im ersten Vertragsjahr und mindestens zwei Monate ab dem zweiten Jahr (d.h. sie kann nur verlängert werden).

Dauert der Vertragshändlervertrag weniger als ein Jahr, gilt die auftragsrechtliche Kündigungsfrist. Nach dem ersten Jahr kann der Vertrag in Analogie zum Gesellschaftsrecht mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden.

## WICHTIGER HINWEIS



Das Recht beider Parteien auf jederzeitige Kündigung aus wichtigem Grund (wenn die Fortsetzung des Vertrags für den Kündigenden als unzumutbar gilt) ist zwingender Natur und kann nicht vertraglich wegbedungen werden.

### Kundschaftsentschädigung

Nach der Vertragsbeendigung, die nicht auf einen vom Agenten zu vertretenden Grund zurückzuführen ist, hat der Agent einen unabdingbaren Anspruch auf die Kundschaftsentschädigung, wenn (i) der Kundenkreis kausal durch seine Tätigkeit wesentlich erweitert wurde, (ii) dem Auftraggeber mit der erworbenen Kundschaft auch nach der Vertragsauflösung erhebliche Vorteile erwachsen und (iii) der Anspruch nicht unbillig erscheint (z.B. wenn der Agent für die erbrachten Leistungen durch hohe Provisionssätze oder während einer langen Vertragsdauer bereits ausreichend entschädigt worden ist). Die Entschädigung kann von den Parteien frei vereinbart werden, muss aber angemessen sein und in einem vernünftigen Verhältnis zum Jahresverdienst stehen. Als Obergrenze gilt der Nettojahresverdienst des Agenten, berechnet aus dem durchschnittlichen Jahreseinkommen der letzten fünf Jahren.

Der Vertragshändler hat hingegen grundsätzlich keinen Anspruch auf Kundschaftsentschädigung. Ausnahmsweise wird diese gerichtlich zugesprochen, wenn der Händler weitgehend in die Verkaufsorganisation des Lieferanten eingegliedert ist und die agenturrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

In EU-internationalen Vertriebsverhältnissen ist jedoch Folgendes zu beachten: Seit dem *«Ingmar»*-Entscheid des EuGH vom 9.11.2000 (C-381/98) anerkennen die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten die Rechtswahl eines Drittstaats nicht mehr, wenn die gewählte Rechtsordnung keinen Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters für neu geworbene Kunden im Sinne der Han-

delsvertreter-Richtlinie Nr. 86/653/EWG vorsieht; vielmehr wenden sie die jeweils nach objektiven Anknüpfungspunkten kollisionsrechtlich anwendbare nationale Umsetzungsvorschrift über den Ausgleichsanspruch als international-zwingende Eingriffsnorm an. Wenn ein EU-Mitgliedstaat dem *Vertragshändler* einen Ausgleichsanspruch wie einem Agenten als unerlässlichen Anspruch gewährt, gilt auch dieser als international-zwingende Eingriffsnorm (einige EU-Gerichte haben diese Praxis nach dem *«Unamar»*-Entscheid des EuGH vom 17.10.2013 [C-184/12] entwickelt).

Darüber hinaus kann eine Gerichtsstandsvereinbarung in einem Absatzmittlervertrag als unwirksam qualifiziert werden, wenn die Gefahr besteht, dass ein EU-ausländisches Gericht den Ausgleichsanspruch nicht als Eingriffsnorm beachtet und nicht anwendet.

Da der Händler nach Schweizer Recht grundsätzlich keinen Anspruch auf die Kundschaftsentschädigung hat, besteht die Gefahr, dass die EU-Gerichte die eigene Zuständigkeit unabhängig von einer Gerichtsstandsklausel erklären und den Ausgleichsanspruch nach ihrem Recht als international-zwingende Eingriffsnorm anwenden. Der Vertragshändlervertrag sollte daher am besten die Details der Kundschaftsentschädigung regeln.

### AUTOR



**Dr. Stefano Caldoro LL.M.**, ist Rechtsanwalt und Partner bei LANTER in Zürich. Früher war er als Inhouse-Counsel und Head Compliance in der Grossindustrie sowie als Anwalt in anderen Kanzleien tätig. Seine Fachgebiete sind Handels- und Vertragsrecht, M&A, Gesellschaftsrecht, Corporate Governance, Wettbewerbs- und Kartellrecht und Compliance.