

Lösungsvorschlag zum Sachverhalt des Klausurenkurses vom 3. Juni 2006
Oberassistent Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

Methode

Um die einzelnen Fragen beantworten zu können, ist jeweils eine Qualifikation des ganzen Vertrags sowie des unmittelbar betroffenen Teils notwendig. Wird Recht aus Nominatkontrakten analog angewandt, muss stets überprüft werden, ob es zu sachgerechten Lösungen führt und mit der ratio legis übereinstimmt.

Frage 1

Der vorliegende Vertrag ist ein Innominatkontrakt, der als *Alleinvertriebsvertrag* bezeichnet wird, hier mit Elementen des Franchisingvertrags. Die Leistungen werden durch Kaufverträge i.S.v. Art. 184 OR abgewickelt. Tanner schliesst die Verträge im eigenen Namen ab, nicht als Stellvertreter Meiers; dies ist zugleich die Abgrenzung zum Agent i.S.v. Art. 418a OR, der im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers handelt und zum Handelsreisenden, der Angestellter ist und auf Rechnung des Arbeitgebers handelt (Art. 347 OR). Auch die Kommission liegt nicht vor: Dort handelt der Kommissär für Rechnung des Kommitenten (Art. 425 Abs. 1 OR). Bezüglich der Exklusivität lässt sich eine Nähe zur *Garantie* des Exklusivgebiets (Gebietsschutz) i.S.v. Art. 111 OR feststellen. Das Alleinvertriebsrecht als solches lässt sich keinem Vertragstypus zuordnen. Dasselbe gilt für die Absatzförderungspflicht, die am ehesten zum Auftragsrecht gehört– dabei ist aber zu beachten, dass die Erfüllung der Absatzförderungspflicht auch im eigenen Interesse erfolgt.¹ Der vorliegende Vertrag enthält auch Elemente des Produkt- und Betriebsfranchisings, denn Tanner darf die Marke Meiers benutzen (Lizenzvertrag, vgl. Art. 18 des BG über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben; MSchG, SR 232.11) und erhält Werbematerial und Verkaufsgestelle von ihm. Tanner muss seine Angestellten überdies in einen Kurs schicken. Alle Anstrengungen Tanners werden mit der Differenz zwischen dem Ankaufs- und dem Weiterverkaufspreis abgegolten. Die Lehre behandelt den Alleinvertriebs- und den Franchisingvertrag als Innominatkontrakte mixti iuris.²

Bei der Beurteilung der Frage 1 stellt sich vorliegend die Frage, ob Tanner auch Konkurrenzprodukte vertreiben darf und was unter der Absatzförderungspflicht zu verstehen ist. Die eingetretene Situation ist für Meier eindeutig nachteilig. Kunden sehen die Produkte Meiers bei Tanner zusammen mit billigeren Konkurrenzprodukten und entscheiden sich für diese. Die schriftliche Vereinbarung gibt darüber keine Auskunft. Während Meier sich explizit verpflichtet, keine Verkäufe in das Exklusivgebiet Tanners vorzunehmen, fehlt eine derartige spiegelbildliche Verpflichtung Tanners, keine fremden Produkte in seinem Exklusivgebiet zu verkaufen. Tanner hat das Exklusivrecht, welches i.c. bewirkt, dass die billigere Konkurrenz die Produkte Meiers „exklusiv“ ausstechen kann, denn andere Verkaufskanäle darf Meier in den Vertragskantonen nicht

¹ Siehe dazu Walter R. Schlupe, Innominatverträge, SPR VII/2, S. 844 und dort Fn. 30, der von einer besonderen *Eigennützigkeit* der Tätigkeit des Abnehmers ausgeht (*mandatum mea et tua gratia*); dazu auch BK-Fellmann, OR 394 N 106.

² Siehe zum Alleinvertriebs- und Franchisingvertrag BSK-Schlupe/Amstutz, Einl. vor OR 184 ff. N 131 ff. und 148 ff.; Schlupe, SPR VII/2, S. 841 ff. und 849 ff.

benützen. Tanner hat sich hingegen dazu verpflichtet, eine *konsequente* Absatzförderung für die Produkte Meiers vorzunehmen.

Es stellt sich die Frage, ob Tanner an ein Konkurrenzverbot gebunden ist, auch wenn es im Vertrag nicht explizit vereinbart worden ist. Hier ist ein Blick auf die ähnliche Interessenlage im Agenturvertrag angezeigt. Das Agenturrecht bestimmt in Art. 418c OR, dass der Agent die Interessen des Auftraggebers zu wahren hat und hält in Abs. 2 fest, dass der Agent auch für andere Auftraggeber tätig sein darf ausser im Falle einer schriftlichen gegenteiligen Abrede. Dies bedeutet bei der Agentur, dass der Agent zwar für mehrere Auftraggeber tätig sein darf, aber noch nicht unbedingt, dass er auch als Agent für Konkurrenzprodukte tätig sein kann, weil es mit der Treupflicht kollidiert. Die Lehre ist sich hier uneinig.³

Die Lehre verneint weitestgehend ein Konkurrenzverbot des Alleinvertreters und erwähnt die wesentlichen Faktoren der Beurteilung. So spricht eine im Vertrag genannte Mindestabsatzmenge gegen ein Konkurrenzverbot. Mit Erreichen der vertraglich geforderten Absatzmenge erfüllt der Alleinvertreter den Vertrag richtig, egal, ob er auch andere Produkte verkauft.⁴ Eine Mindestabsatzmenge ist i.c. nicht vereinbart. Wyniger bejaht ein Konkurrenzverbot aufgrund der Absatzförderungspflicht sogar dann, wenn der Vertrag keine derartige Pflicht explizit erwähnt.⁵ Schluép/Amstutz machen das Bestehen eines Konkurrenzverbots davon abhängig, wie fest der Alleinvertreter in die Vertriebsorganisation eingebunden ist.⁶ Vorliegend ist aus dem Vertrag nur ersichtlich, dass Tanner eigene Baumarktgeschäfte hat, in denen er auch andere Produkte verkauft. Er muss lediglich 20m² der Ladenfläche für Meier-Produkte benützen. Deshalb ist nicht von einem besonders starken Einbezug Tanners auszugehen und ein striktes Konkurrenzverbot eher zu verneinen.

Tanners Verhalten entspricht jedoch möglicherweise nicht einer „konsequenten Absatzförderung“, wie sie vertraglich abgemacht worden ist. Die Klausel, wonach der Absatz konsequent zu fördern sei, erhält ihren Inhalt erst durch die Konkretisierungen der Verwendung der Marke, der Werbematerialien und der Verkaufsgestelle in Ziff. 3.⁷ Die Absatzförderungspflicht wird dann ungenügend erfüllt, wenn die Werbematerialien nicht benützt, die Meier-Geräte im Sortiment versteckt oder unattraktiv präsentiert werden. Der Sachverhalt erwähnt keine Indizien, die für eine Verletzung der Verkaufsförderungspflicht sprechen. Auf dem Weg der Absatzförderungspflicht lässt sich vorliegend kein Konkurrenzverbot durch die Hintertüre einführen. Eine allfällige Schlechterfüllung dieser Pflicht würde unter Art. 97 ff. OR fallen.⁸ Auch Auftragsrecht wäre hier anwendbar (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR). Die Voraussetzungen des Schadens (entgangene Verkäufe), der Verletzung der Verkaufsförderungspflicht,

³ BK-Gautschi, OR 418c N 3c (gegen ein Konkurrenzverbot des Agenten); ZK-Bühler, OR 418c N 17-23 und BSK-Wettenschwiler, OR 418c N 4 (für ein Konkurrenzverbot des Agenten).

⁴ BK-Gautschi, OR 418c N 3c und OR 418d N 4d.

⁵ Charles Wyniger, Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. Bern 1963, S. 30.

⁶ BSK-Schluép/Amstutz, Einl. vor OR 184 ff. N 138 und 146 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Christian Alexander Meyer, Der Alleinvertrieb, Diss. St. Gallen 1990, S. 53.

⁷ Vgl. Meyer, S. 56, der davon ausgeht, dass abstrakte Absatzförderungsklauseln meist nur sittliche und moralische Bedeutung haben.

⁸ Vgl. Moritz Kuhn, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini, Walter R. Schluép (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 200.

des adäquaten und natürlichen Kausalzusammenhangs sowie des Verschuldens müssten dann gegeben sein.

Frage 2

Hier stellt sich die Frage, ob Meier für das Verhalten seines anderen Alleinvertreters einstehen muss. Tanner hat nur einen Vertrag mit Meier. Er kann vertraglich nicht gegen Schmid vorgehen. Der Vertrag zwischen Meier und Tanner räumt Tanner das Exklusivrecht ein. Meier präzisiert im Vertrag, dass er keine Verkäufe im Vertragsgebiet tätigen werde. Es fragt sich deshalb, ob Meier nicht für das Verhalten von Schmid in analoger Anwendung von Art. 111 OR einstehen muss, weil er Tanner das Exklusivrecht (vgl. Titel sowie Ziff. 2 des Vertrags) versprochen hat. In der Rechtsprechung und Lehre wird die Gewährung des Exklusivrechts als Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR verstanden.⁹ Nach h.L. schuldet der Promittent das positive Interesse.¹⁰ Vorliegend ist Tanner so zu stellen, wie wenn Schmid sein Territorium nicht ausgeweitet hätte und Tanner die Verkäufe hätte tätigen können.¹¹

Die Verweigerung der Bezahlung der letzten Lieferung Meiers aufgrund von Art. 82 OR ist nicht möglich. Art. 82 OR ist anwendbar, wenn ein synallagmatischer Vertrag vorliegt, die beiden Leistungen fällig sind sowie in einem Austauschverhältnis stehen und die Erfüllungsbereitschaft bei der anderen Vertragspartei fehlt.¹² Beim Alleinvertriebsvertrag ergibt sich ein so genanntes Doppelsynallagma. Das erste Synallagma betrifft das Pflichtenpaar Alleinverkaufsrecht und Verkaufsförderungspflicht, das zweite Synallagma den Verkauf der Ware und deren Bezahlung.¹³ Vorliegend ist das Alleinverkaufsrecht betroffen. Die dazu synallagmatische Leistung ist die Verkaufsförderung, nicht die Bezahlung des Kaufpreises. Eine Einrede „übers Kreuz“ ist nicht zulässig.¹⁴

Frage 3

Kaufrecht regelt die Abwicklung des Erwerbs der vom Alleinvertriebsvertrag erfassten Ware.¹⁵ Die Rasenmäher dürfen wegen einer Patentverletzung nicht mehr verkauft werden.

Es stellt sich die Frage, ob das Verkaufsverbot aufgrund einer Patentverletzung einen *Rechts-* oder einen *Sachmangel* darstellt, und mit anderen Worten, ob hier die Normen der Rechtsgewährleistung (Art. 192 ff. OR) oder der Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) zur Anwendung gelangen. Die Rechtsgewährleistung betrifft Einschränkungen aufgrund privater Rechte Dritter. Hier wird jedoch der Gegenstand nicht entzogen, wie es Art. 192 OR voraussetzt.¹⁶ Die Rasenmäher bleiben Tanner erhalten, doch darf er sie aufgrund der Patentverletzung nicht mehr verkaufen.

⁹ Siehe BGE 82 II 238 ff., 247: „*Dans cette mesure, la clause d'exclusivité constitue une promesse de porte-fort (art. 111 CO) et oblige le recourant à des dommages-intérêts si elle n'a pas été respectée par son fournisseur ou le fabricant*“; vgl. BSK-Schluép/Amstutz, Einl. vor OR 184 ff. N 159.

¹⁰ Siehe BSK-Pestalozzi, OR 111 N 14.

¹¹ Vgl. Meyer, S. 292.

¹² BSK-Leu, OR 82 N 3.

¹³ Siehe BSK-Schluép/Amstutz Einl. vor OR 184 ff. N 141; ZR 1932 Nr. 192 S. 366 ff.

¹⁴ BSK-Schluép/Amstutz Einl. vor OR 184 ff. N 141; Schluép, S. 847; ZR 1932 Nr. 192 S. 366 ff.

¹⁵ BSK-Schluép/Amstutz, Einl. vor OR 184 ff., N 140.

¹⁶ ZK-Schönle/Higi, OR 192 N 35; a.M. BK-Giger, OR 192 N 23, der in der Unmöglichkeit des Weiterverkaufs eine *teilweise Entwehrung* sieht. Zu den unterschiedlichen Folgen bei Sachmängel- oder Rechtsmängelgewährleistung siehe ZK-Schönle/Higi, OR 192 N 18 und BSK-Honsell, OR 192 N 11.

Ein Sachmangel kann auch rechtlicher Art sein. Er schmälert den Wert des Rasenmähers und reduziert dessen Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch.¹⁷ Anwendbar sind somit Art. 197 ff. OR. Tanner kann die unverkäuflichen Rasenmäher wandeln (Art. 205 Abs. 1 OR). Meier muss den Verkaufspreis zurückbezahlen (Art. 208 Abs. 2 OR). Der Schaden dürfte i.c. hauptsächlich im entgangenen Gewinn liegen. Aufgrund des Art. 208 Abs. 3 OR ist Tanner berechtigt, den entgangenen Gewinn zu fordern.¹⁸ Das bei Art. 208 Abs. 3 OR geforderte Verschulden ist nicht einfach dadurch gegeben, dass Meier ein Produkt herstellt und verkauft, welches ein Patent verletzt. Es kommt darauf an, ob Meier das verletzte Patent kannte oder hätte kennen müssen. Beim Patentregister existiert keine Kenntnisfiktion. Ist Meier (oder seine Gesellschaft) Experte auf dem Gebiet der Herstellung und Entwicklung von Rasenmähern, dann müsste er sich möglicherweise vorwerfen lassen, dass er das verletzte Patent nicht gekannt hat – ein Verschulden wäre dann gegeben.¹⁹

Der Verkauf der Rasenmäher machte 53% des Gewinns und des Umsatzes mit Meier-Geräten aus. Tanner will sich deshalb vom Vertrag lösen. Eine mögliche Begründung könnte durch das den Dauerschuldverhältnissen innewohnende Kündigungsrecht aus wichtigem Grund erfolgen. Der wichtige Grund darf für die kündigende Partei nicht voraussehbar oder durch sie verschuldet sein. Beides trifft zu; der Sachverhalt erwähnt keine Indizien, wonach Tanner gewusst haben könnte, dass die Meier-Geräte ein Patent verletzen und deswegen unverkäuflich werden. Es stellt sich die Frage, ob der Wegfall der Rasenmäherverkäufe das Festhalten am Vertrag unzumutbar macht. Der Vertrag hat eindeutig nicht mehr die frühere wirtschaftliche Bedeutung; zwar schuldet Tanner keine fixen Entschädigungen, sondern muss nur für tatsächlich gelieferte Ware bezahlen. Er muss jedoch mindestens 20m² pro Geschäft für Meier-Produkte reservieren. Diese Ladenfläche ist viel weniger produktiv. Es rechtfertigt sich hier eine Auflösung des Vertrags. Aus der Art des Mangels – eine Patentverletzung – kann geschlossen werden, dass weitere Lieferungen ausbleiben oder ebenso mangelhaft sein werden, denn ein neuer Rasenmäher kann nicht über Nacht entwickelt werden. Tanner muss, um weitere Einbussen zu vermeiden, den für die Meier-Geräte vorgesehenen Platz anderweitig verwenden können, was eine fristlose Kündigung rechtfertigt.

Den entgangenen Gewinn *für die restliche Vertragsperiode* kann Tanner nur bei Verschulden Meiers einfordern.²⁰

Frage 4

Es stellt sich die Frage, ob Tanner Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung hat. Das Agenturvertragsrecht gewährt eine Kundschaftsentschädigung unter den in Art. 418u OR genannten Voraussetzungen. Es stellt sich die Frage, ob dies auch beim Alleinvertragsrecht eine stimmige Lösung darstellt.

Beim Agenturvertrag gewinnt der Agent Kunden für den Auftraggeber. Der Auftraggeber schliesst den Vertrag ab bzw. der Agent im Namen des Auftraggebers (Art. 418a OR). Beim vorliegenden Vertrag gewinnt Tanner eigene Kunden. Kann er nach Ablauf des Vertrags die Meier-

¹⁷ Siehe BGE 82 II 238 ff., 248 und BSK-Honsell, OR 192 N 2.

¹⁸ BSK-Honsell, OR 208 N 8.

¹⁹ Vgl. Blum/Pedrazzini, Das Schweizerische Patentrecht, Band III, 2.A., Bern 1975, Art. 60, Anm. 6, S. 391 und Art. 73, Anm. 11, S. 574.

²⁰ Vgl. BSK-Wettenschwiler, OR 418r N 7 und ZK-Bühler, OR 418r N 12.

Produkte durch Konkurrenzprodukte ersetzen, kann er den früheren Käufern von Meier-Produkten neu Konkurrenzprodukte anbieten. Meier hingegen muss sich ein neues Vertriebsnetz aufbauen. Er kann zwar die Kunden anschreiben. Er hat jedoch keine Sicherheit, ob sie wegen der Gartengeräte zu ihm kommen werden. Es ist deshalb fraglich, ob Tanner wirklich einen Kundenstamm für Meier aufgebaut hat. Wahrscheinlicher ist es, dass er seinen eigenen Kundenstamm in den Baumärkten vergrössert hat. Die ratio legis des Art. 418u OR macht bei diesem Vertrag keinen Sinn. Die Entschädigung Tanners liegt somit abschliessend geregelt in der Differenz zwischen Ankaufs- und Verkaufspreis. Lehre und Rechtsprechung verneinen ebenfalls eine analoge Anwendung von Art. 418u OR auf den Alleinvertriebsvertrag.²¹

²¹ Vgl. BSK-Schluep/Amstutz, Einl. vor OR 184 ff. N 145; BSK-Wettenschwiler, OR 418u N 1; BGE 88 II 169 ff., 171.