

Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_61/2008 (BGE 134 III 497) vom 22. Mai 2008 i.S. X und Y (Beschwerdeführer) gegen Z SA (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von MLaw Johannes Vetsch und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Überblick

2. Kundschaftsentschädigung

- 2.1 Kundschaftsentschädigung im Agenturrecht (Art. 418u OR)
- 2.2 Analoge Anwendung im Alleinvertriebsrecht
- 2.3 Prüfung der Anwendung im konkreten Fall

III. Bemerkungen

1. Kontext

- 1.1 Vertriebssysteme der arbeitsteiligen Wirtschaft
- 1.2 Die Bedeutung des BGE 134 III 497

2. Spezielle Konstellation bei Vertriebsverträgen

- 2.1 Unvollständige Verträge und deren Durchsetzung
- 2.2 Transaktionspezifische Investitionen
- 2.3 Konsequenzen
- 2.4 Investitionsschutz

3. Die Kundschaftsentschädigung

- 3.1 Die doppelte Funktion der Kundschaftsentschädigung
 - 3.1.1 Investitionsschutz
 - 3.1.2 Vorteilsausgleichung
- 3.2 Eine Kundschaftsentschädigung in anderen Vertriebssystemen?
 - 3.2.1 Berücksichtigung der speziellen Natur des Art. 418u OR
 - 3.2.2 Investition
 - 3.2.3 Zukünftig wirtschaftlich verwertbare Kundschaft
 - 3.2.4 Verlust des Vermögenswerts bei Vertragsende
 - 3.2.5 Weiternutzungsmöglichkeit
- 3.3 Der Tatbestand des Art. 418u OR
 - 3.3.1 Erweiterung des Kundenkreises und entsprechende Vorteile
 - 3.3.2 Unbilligkeit
- 3.4 Die Modalitäten der Kundschaftsentschädigung
 - 3.4.1 Berechnung der Höhe
 - 3.4.2 Zwingende Natur der Kundschaftsentschädigung

IV. Fazit

I. Sachverhalt

Die schweizerische Z SA mit Sitz in Genf (Beklagte und Beschwerdegegnerin) bezweckt die Herstellung und den Verkauf von kosmetischen Produkten. Den Vertrieb eines Markenparfüms auf dem

Gebiet der ehemaligen Tschechoslowakei organisierte die Z SA ab Anfang 1992 über die tschechoslowakische Gesellschaft X (Klägerin 1 und Beschwerdeführerin 1). Nach der Teilung der Tschechoslowakei wurde der Vertrieb ab Januar 1993 mittels der nun tschechischen X und einer neu gegründeten slowakischen Gesellschaft Y (Klägerin 2 und Beschwerdeführerin 2) als exklusive Abnehmer organisiert.

Die (auf jeweils Ende Jahr kündbaren) Lieferverträge sahen ein nur von wenigen Ausnahmen durchbrochenes alleiniges Vertriebsrecht auf dem jeweiligen Gebiet vor. Neben dem Vertrieb übernahmen die X und Y diverse Pflichten gegenüber der Z SA, so insb. zur Zahlung des Kaufpreises, zur Förderung des Absatzes, zum Bezug von Mindestmengen und der Bereithaltung eines Mindestlagers. Ausserdem schuldeten sie der Z SA ausführliche Information zum Geschäftsverlauf. In den Verträgen wurde schliesslich festgehalten, dass X und Y nicht als Agenten fungierten, und dass die spezifische Ausgestaltung ihrer Tätigkeit diese Qualifikation nicht beeinflusse. Die Verträge unterstanden Schweizer Recht und der schweizerischen Gerichtsbarkeit.

Am 12. April und am 11. Juli 2001 geriet die Z SA zweimal in Lieferschwierigkeiten, was zur Annullierung von Lieferungen durch X führte. Aufgrund einiger Unstimmigkeiten in der Folge erachtete die Z SA das Vertragsverhältnis als nachhaltig gestört und kündigte sowohl X als auch Y vertragsgemäss per Ende 2001.

Vorerst forderten X und Y von Z SA umgerechnet rund CHF 500 000.– als Entschädigung für die erlittenen Einbussen sowie entgangenen Gewinn für die nächsten Geschäftsjahre. Einen Pauschalabfindungsvorschlag der Z SA im Umfang von USD 40 000.– lehnten sie ab. Stattdessen machten sie am 6. November 2002 vor Genfer Gerichten Schadenersatz wegen entgangenen Gewinns (im Umfang von umgerechnet CHF 127 249.– für X und CHF 68 195.– für Y, jeweils zuzüglich Zinsen) sowie eine Kundschaftsentschädigung (von CHF 170 197.– für X und CHF 157 335.– für Y, zuzüglich Zinsen) geltend. Die Schadenersatzforderung begründeten sie mit den Gewinneinbussen wegen der verspäteten Lieferungen; Anspruch auf Kundschaftsentschädigung hätten sie aufgrund einer analogen Anwendung von Agenturvertragsrecht (Art. 418u OR). Gemäss diesem Artikel steht dem Agenten unter Umständen eine Entschädigung für die Erweiterung des Kundenkreises des Auftraggebers zu.

* Johannes Vetsch ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

Nach mehrjährigen Untersuchungen und Anhörungen wies das erstinstanzliche Genfer Gericht die Klage im März 2007 vollumfänglich ab. Auch die zweite Instanz verneinte im Dezember 2007 beide Ansprüche. Mit Beschwerde in Zivilsachen gelangten die Beschwerdeführerinnen X und Y wegen Verletzung von Bundesrecht an das Bundesgericht.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Überblick

Das Bundesgericht stellt vorab fest, dass die Qualifikation der Lieferverträge mit X und Y als Alleinvertriebsverträge – verstanden als *Innominatkontrakt sui generis* – unbestritten sei. Nicht zu beurteilen sei sodann die Frage der Auswirkung der Teilung der Tschechoslowakei auf die vertraglichen Pflichten.¹ Strittig blieben vorliegend deshalb einzig die Fragen nach dem Anspruch auf Schadenersatz und auf Kundschaftsentschädigung: Den Anspruch auf Schadenersatz verneint das Bundesgericht mangels genügend bewiesenen Kausalzusammenhangs zwischen den verspäteten Lieferungen und den Gewinneinbussen.² Die zentrale Problematik des vorliegenden Entscheids sei somit die Frage nach der Möglichkeit einer Kundschaftsentschädigung im Alleinvertriebsrecht.

2. Kundschaftsentschädigung

2.1 Kundschaftsentschädigung im Agenturrecht (Art. 418u OR)

Gemäss Art. 418u Abs. 1 OR habe der Auftraggeber dem Agenten bei Vertragsende eine Entschädigung für die Erweiterung des Kundenstammes zu bezahlen. Zweck dieser Bestimmung sei, dem Agenten eine Gegenleistung zu gewähren für einen von ihm geschaffenen Geschäftswert, nämlich den nach Vertragsende durch den Auftraggeber weiterhin nutzbaren Kundenstamm. Die Entschädigung sei unter Berücksichtigung aller relevanten Kriterien zu

bestimmen,³ wobei ein durchschnittlicher Jahresgewinn vom Gesetz als Höchstwert festgelegt werde (Art. 418u Abs. 2 OR). Keine Entschädigung sei geschuldet, wenn die Auflösung des Vertrages durch den Agenten zu verantworten ist (vgl. Art. 418u Abs. 3 OR).⁴

2.2 Analoge Anwendung im Alleinvertriebsrecht

Zu prüfen sei, ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 418u OR auf den Alleinvertriebsvertrag analog angewendet werden könne. In einem Grundsatzentscheid habe das Bundesgericht in BGE 88 II 169 festgehalten, dass Art. 418u OR grundsätzlich nicht analog auf das Alleinvertriebsrecht übertragen werden könne. Im Gegensatz zum Agenten sei der Abnehmer in eigenem Namen und auf eigene Rechnung tätig, womit der Kundenstamm ihm selbst zukomme. Auch habe das Gericht die Kundschaftsentschädigung als Ausnahmebestimmung des schweizerischen Zivilrechts bezeichnet. Nur ausnahmsweise dürfe eine Kundschaftsentschädigung dem Abnehmer nach dieser Rechtsprechung analog zugesprochen werden, wenn eine starke Analogie der Situation des Abnehmers mit derjenigen des Agenten bestünde. Dies wäre der Fall, wenn dem Lieferanten starke Kontrollrechte zustünden, der Abnehmer in dessen Absatzorganisation eingegliedert sei, und bei Vertragsende eine Pflicht zur Übertragung des Kundenstammes auf den Lieferanten bestünde. Das Bundesgericht führt weiter aus, dass die kantonale Rechtsprechung mit wenigen Ausnahmen die analoge Anwendung ebenfalls verneinte.⁵

Eine analoge Anwendung sei aber in jedem Einzelfall zu prüfen. Dabei berücksichtigt das Bundesgericht die in der Lehre überwiegend vertretene Position, dass die Rechtsprechung des BGE 88 II 169 von einer formalistischen Trennung zwischen Agenturvertrag und Alleinvertrieb ausgegangen sei. In der modernen Form des Alleinvertriebs könne die wirtschaftliche Situation des Abnehmers durchaus derjenigen eines Agenten gleichen. Auch könne nach Ver-

¹ Urteil des BGer. 4A.61/2008 Erw. 2 (in der amtlichen Sammlung [BGE 134 III 497] nicht publizierte Erwägung).

² Urteil des BGer. 4A.61/2008 Erw. 3.2 (in der amtlichen Sammlung [BGE 134 III 497] nicht publizierte Erwägung).

³ Das Bundesgericht verweist dabei auf die in BGE 84 II 529 herausgearbeiteten Kriterien (vgl. BGE 84 II 529, 532 f. Erw. 2), vgl. BGE 134 III 497, 500 Erw. 4.1. Vgl. zu deren Diskussion nachfolgend III.3.4.1.

⁴ BGE 134 III 497, 499 f. Erw. 4.1; mit Verweis auf die langjährige Rechtsprechung nach BGE 84 II 529.

⁵ BGE 134 III 497, 501 Erw. 4.2.1; mit Verweis auf BGE 88 II 169, 171 Erw. 7.

tragsende unter Umständen der Kundenstamm des Abnehmers faktisch – aufgrund einer Bindung der Kunden an die Lieferantenmarke – auf den Auftraggeber übergehen. Das Bundesgericht erwähnt auch die deutsche Rechtsprechung, wonach die entsprechende Bestimmung des deutschen Rechts auf den Abnehmer analog angewendet würde.⁶ Das Bundesgericht schliesst daraus, dass die in der früheren Rechtsprechung als Ausnahmekriterien bezeichneten Merkmale im Alleinvertrieb durchaus erfüllt sein können.⁷

2.3 Prüfung der Anwendung im konkreten Fall

Im konkreten Fall vergleicht das Bundesgericht daher die wirtschaftlich-tatsächlichen Interessenlagen von Agent und Abnehmer: Diverse Punkte der Vertragsgestaltung wiesen auf eine starke Integration der Abnehmer X und Y in die Absatzorganisation der Z SA hin.⁸ Durch die Pflicht zur regelmässigen Offenlegung von Kundendaten gegenüber dem Auftraggeber bestehe ausserdem die faktische Möglichkeit des Überganges des Kundenstammes nach Beendigung des Vertrages. Ausserdem würden die Kunden – gerade bei Markenprodukten des regelmässigen Bedarfs – in aller Regel der Marke treu bleiben, auch wenn der Abnehmer wechsele (sog. «Sogwirkung der Marke»). Schliesslich sei für die Einführung und den Aufbau der Parfümmarke in der ehemaligen Tschechoslowakei ein erheblicher Marketingaufwand angefallen. Aus diesen Gründen sei eine analoge Anwendung der Bestimmung angebracht.⁹

Auf Tatbestandsebene erwähnt das Bundesgericht kurz die Erweiterung des Kundenstammes um

rund 200 Kunden, woraus dem Auftraggeber ein erheblicher Vorteil erwachse. Im Rahmen der Unbilligkeit sei etwa die Erleichterung der Vertriebsbedingungen durch die Bekanntheit der Marke zu berücksichtigen. Es sei jedoch angemessen, den Abnehmern eine Entschädigung für den von ihnen geschaffenen Mehrwert zuzusprechen. Zur Berechnung der Höhe dieser Entschädigung verweist das Bundesgericht den Fall zurück an die Vorinstanz.

III. Bemerkungen

1. Kontext

1.1 Vertriebssysteme der arbeitsteiligen Wirtschaft

Die arbeitsteilige Wirtschaft hat verschiedene Formen der Auslagerung von Teilaufgaben einer Tätigkeit hervorgebracht.¹⁰ Die Organisationsform solcher Systeme wird als *Principal-Agent*-Beziehung bezeichnet: Die *agency theory* beschreibt die Effekte einer arbeitsteiligen Organisation ökonomischer Vorgänge, bei welchen der *Principal* den *Agent* mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt.¹¹ Weil dem *Agent* in der Ausführung ein Entscheidungsspielraum zukommt, entstehen Informationsasymmetrien zwischen *Principal* und *Agent*.¹² *Principal-Agent*-Beziehungen finden sich je nach konkreter Ausgestaltung auch im Bereich der Agentur, des Franchising oder des Alleinvertriebs.

Der *Agent* übernimmt Kundenakquisition und -betreuung seines Auftraggebers (Art. 418a OR). Er

⁶ BGE 134 III 497, 504 f. Erw. 4.2.3. Es handelt sich um § 89b HGB, welcher in der Ausgestaltung auf Art. 418u OR basiert.

⁷ BGE 134 III 497, 505 f. Erw. 4.3.

⁸ Das Bundesgericht nennt als relevante Vertragspunkte: Mindestabnahmepflicht; Duldung von einseitigen Änderungen des Preises sowie der Lieferbedingungen seitens des Lieferanten; Duldung der Einstellung der Produktion oder des Vertriebs von Waren seitens des Lieferanten; Aufwendung einer bestimmten Summe für die Werbung für Produkte des Lieferanten; Bereithaltung eines Mindestvorrats; monatliche Rechenschaftsablage betreffend Geschäftsverlauf, Weiterleitung von Verkaufslisten sowie Informationen über die Tätigkeit der Konkurrenz; Einsichtsrecht des Lieferanten in alle Bücher; nachvertragliches Konkurrenzverbot; Abgabe von Namen und Adressen der Kunden (vgl. BGE 134 III 497, 507 f. Erw. 4.4.2).

⁹ BGE 134 III 497, 508 Erw. 4.4.2.

¹⁰ Vgl. *Carl Baudenbacher*, Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen und im europäischen Recht, in: *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, 2. Aufl., Bern u.a. 1992, S. 365 ff., 365 f.

¹¹ Der *Agent* ist dem *Principal* nicht notwendig untergeordnet. Sein Handeln zeitigt aber sowohl für ihn selbst wie auch für den *Principal* Auswirkungen. Die Theorie sucht die optimale Ausgestaltung der *Principal-Agent*-Beziehung. Vgl. etwa *Silvia Hunziker*, *Das Principal-Agent-Problem im schweizerischen Vertragsrecht*, Zürich 2007, S. 9 ff. und 27 ff. Zur Verdeutlichung der Abgrenzung zum *Agenten* (nach Art. 418a ff. OR) werden im Folgenden die Begriffe *Principal/Agent* jeweils in der englischen Form verwendet und kursiv gestellt.

¹² Diese Informationsasymmetrie steigt mit der Komplexität des Mandats: Die Fachkompetenz, die Nähe zum Geschehen und die verfügbaren Instrumentarien des *Agent*, sowie die Kosten der Informationsbeschaffung seitens des *Principal* tragen dazu bei.

handelt als dessen direkter Stellvertreter. Seine Aufgabe ist es, für den Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder abzuschliessen.¹³ Agenten können natürliche Personen sein, die für einen Auftraggeber regelmässig Geschäfte vermitteln oder abschliessen. Bedeutend sind jedoch insb. auch Agenturen, die als juristische Personen mit umfassender Organisation für eine Vielzahl von Klienten tätig sind.¹⁴

Das Franchising dient der oft weit verzweigten Bereitstellung gleichartiger Produkte oder Dienstleistungen. Der Franchisegeber überlässt dem Franchisenehmer gegen Entgelt ein Absatzkonzept für bestimmte Waren oder Dienstleistungen. Neben dem Marketingkonzept sind vertraglich regelmässig Schulungsdienstleistungen, die Weitergabe von Know-how, Nutzungs- und Schutzrechte oder Warenbezugskanäle vorgesehen. Der Franchisenehmer verpflichtet sich im Gegenzug – oft im Rahmen strenger Vorgaben – zum förderlichen Vertrieb der Produkte. Das Vertriebsrisiko liegt beim Franchisenehmer.¹⁵ Es wird unterschieden zwischen Produkt-¹⁶ oder Betriebsfranchising,¹⁷ wobei Letzteres regelmässig eine höhere Kooperationsintensität aufweist. Unterschieden wird zudem nach der Intensität der Einordnung in die

Absatzorganisation, die beim Partnerschaftsfranchising schwach, beim Subordinationsfranchising hingegen stark ausgeprägt ist.¹⁸ Während der Franchisenehmer zwar als eigenständig organisierter Unternehmer handelt, tritt er meist hinter dem Absatzkonzept resp. der Marke des Franchisegebers zurück.¹⁹

Der Abnehmer im Alleinvertrieb verpflichtet sich gegenüber dem Lieferanten, dessen Produkte sukzessive zu kaufen und sie zu vertreiben. Dazu räumt ihm der Lieferant ein räumlich exklusives Vertriebsrecht ein, während der Abnehmer eine Absatzförderungspflicht übernimmt.²⁰ Der Abnehmer tritt als eigenständiger Unternehmer unter eigenem Namen auf. Er trägt somit das Vertriebsrisiko – insb. die Kredit-, Absatz-, Lager- und Preisschwankungsrisiken – selbst.²¹ Sein Einkommen besteht in der Differenz zwischen den Erträgen aus dem Weiterverkauf und den Anschaffungs- und Unterhaltskosten. Abnehmer können für ein ganz bestimmtes Produkt eingesetzt werden;²²

¹³ Art. 418a ff. OR.

¹⁴ *Lukas Cotti*, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Fribourg 2001, S. 328 f.

¹⁵ Der Franchisevertrag ist ein Dauervertrag und gilt entweder als Innominatkontrakt *sui generis* oder als gemischter Vertrag. Je nach Ausgestaltung werden Normen des Kauf-, Miet- resp. Pachtrechts, des Arbeits-, Agentur-, Auftrags-, Gesellschafts- und Lizenzvertragsrechts analog angewendet. Vgl. *Marc Amstutz/Walter Schluep*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel u.a. 2007, N 67 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, S. 435 ff.

¹⁶ Dies betrifft den Absatz spezifischer Waren (z.B. Coca Cola). Das Produktfranchising kann eine hohe Ähnlichkeit mit dem Alleinvertrieb aufweisen. Vgl. zur Abgrenzung aber *Christian Alexander Meyer*, Der Alleinvertrieb, 2. Aufl., St. Gallen 1992, S. 66 ff. und 77 f. sowie *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 373 f. Unter das Produktfranchising fällt auch das industrielle Franchising: Zwecks Einsparung von Transportkosten wird die Herstellung des Produkts mit entsprechendem Know-how etc. auch an den Franchisenehmer übertragen.

¹⁷ Zum Absatz standardisierter Dienstleistungen, z.B. Restaurant- (McDonald's) oder Hotelketten (Sheraton), vgl. *Honsell* (Fn. 15), S. 436. Franchise-Systeme können daher gegen aussen den Eindruck eines Konzerns erwecken, sind aber intern arbeitsteilig organisiert, vgl. *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 365.

¹⁸ BGE 118 II 157 ff., 161 Erw. 2c; *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 372.

¹⁹ Er profitiert etwa von der Bekanntheit der Marke. Für den Eintritt in ein Franchisesystem ist daher regelmässig eine Eintrittsgebühr zu entrichten. Aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeiten aber kann der Franchisenehmer gegenüber dem Franchisegeber trotzdem eine starke Position innehaben. Vgl. *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 365.

²⁰ Der Alleinvertriebsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis und gilt als verkehrstypischer gemischter oder zusammengesetzter (Innominat-) Vertrag, auf den insb. Kauf-, Gesellschafts- und Agenturrecht analog angewendet wird. Der Abnehmer wird auch als Alleinvertreter, Eigenhändler oder Vertragshändler bezeichnet. Vgl. zum Alleinvertriebsvertrag insb. *Amstutz/Schluep* (Fn. 15), N 132 ff.; *Honsell* (Fn. 15), S. 354 und 439 ff.; *Meyer* (Fn. 16), S. 1 ff. Zur Terminologie auch *Moritz Kuhn*, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 187 ff., 187 f.

²¹ *Gilles Benedick/Paolo Bottini*, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, Jusletter 3. November 2008, S. 6; *Meyer* (Fn. 16), S. 15 f.

²² Wie etwa im besprochenen BGE 134 III 497, wo die Gesellschaften X und Y als Abnehmer sogar spezifisch für den Vertrieb des Parfüms der Z SA im Ausland errichtet wurden. Allerdings stellen sich in diesem Bereich des Absatzhandels auch Fragen der Qualifikation solcher Vertriebssysteme: werden Verkaufsläden exklusiv auf eine bestimmte Kleidermarke ausgerichtet, so kann es sich um Produkt- oder gar Betriebsfranchising handeln. Letzteres etwa bei bestimmten Verkaufskonzepten, vgl. etwa die Bedeutung der Ausstattung, der Art der Serviceleistung und der Präsentation der Ware insb. in sog. *Flagship-Stores*. Andererseits ist auch zu beachten, dass die Verstärkung von Direktabsatzkanälen wie der Verkauf via Internet den

oft aber vertreibt ein Abnehmer auch unterschiedliche Ware von verschiedenen Lieferanten.

Die beschriebenen Absatzmodelle können in ihrer konkreten Funktion und Ausgestaltung stark voneinander abweichen. Es ist jedoch in jedem System möglich, dass Kunden, die der *Agent* während der Vertragsdauer wirbt und betreut, nach Vertragsende dem *Principal* folgen.²³ Während im Agenturvertrag für die Erweiterung des Kundenkreises nach Art. 418u OR eine Entschädigung vorgesehen ist, fehlt eine gesetzliche Regelung – und damit eine Vorschrift zur Kundschaftsentschädigung – im Bereich des Franchisevertrages und des Alleinvertriebs.

1.2 Die Bedeutung des BGE 134 III 497

Seit Erlass der agenturrechtlichen Regelung der Kundschaftsentschädigung wird daher die Frage der analogen Anwendung des Art. 418u OR auf andere Vertriebsmodelle diskutiert.²⁴ Die Lehre steht einer analogen Anwendung auf Franchising und Alleinvertrieb mehrheitlich positiv gegenüber.²⁵ Das Bundesgericht hat die Thematik der Kundschaftsentschädigung im Franchising bisher nicht behandelt. Zum Alleinvertrieb hingegen hat es sich bereits 1962 geäußert: Eine Anwendung des Art. 418u OR auf den Abnehmer wurde damals im Grundsatz abgelehnt, die analoge Anwendung an strenge Ausnahmekriterien geknüpft.²⁶

Abnehmer mehr und mehr auf Serviceleistungen beschränken kann, vgl. dazu *Andreas Kirsch*, Ist der Ausgleichsanspruch des Abnehmers analog § 89b HGB am Ende?, NJW 1999 Heft 38, S. 2779 ff., 2780.

²³ Der Agent handelt im Gegensatz zum Abnehmer und dem Franchisenehmer als direkter Stellvertreter, wodurch die Kunden von Anfang an mit dem Auftraggeber vertraglich verbunden sind.

²⁴ Das Agenturrecht wurde 1949 ins OR aufgenommen. Der bereits erwähnte BGE 88 II 169 lehnte die Frage 1962 zum Alleinvertrieb ab; zum Franchising vgl. bereits *Victor G. Schulthess*, Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1967, S. 202.

²⁵ Vgl. zum Alleinvertrieb statt vieler *Amstutz/Schluop* (Fn. 15), N 177 m.w.H. sowie die in BGE 134 III 497, 502 f. Erw. 4.2.2 genannten Autoren. Zum Franchising *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 381 ff.; *Ivan Cherpillod*, La fin des accords de distribution, in: Les accords de distribution, Lausanne 2005, S. 189 ff., 211 f.; *Schulthess* (Fn. 24), S. 202 f.; *Matthias Stein-Wigger*, Die Beendigung des Franchisevertrages, Diss. Basel 1999, S. 327 ff. (zit. *Stein-Wigger*, Beendigung).

²⁶ BGE 88 II 169, 170 ff. Erw. 7.

Das Bundesgericht befasst sich in BGE 134 III 497 denn auch hauptsächlich mit den Kriterien einer analogen Anwendung im Alleinvertriebsrecht: Es beschreibt die Bedingungen der wirtschaftlich-tatsächlichen Situation, welche eine Anwendung des Art. 418u OR rechtfertigt: nach der neuen Rechtsprechung sind die Bedingungen weniger streng formuliert.²⁷ Die Tatbestandselemente werden in BGE 134 III 497 hingegen nur marginal behandelt. Im vorliegenden Entscheid spricht sich das Bundesgericht ausserdem nicht über die Modalitäten der Kundschaftsentschädigung aus. Es betrifft dies insb. die Fragen nach der Berechnung der Höhe der Entschädigung sowie der zwingenden Ausgestaltung der Norm im Falle der analogen Übertragung.

Die Regelung der Kundschaftsentschädigung wird oftmals etwas verkürzt als Entgelt für die Weiternutzung des Kundenstammes bezeichnet. Die Ausführungen des Bundesgerichts zu den Analogievoraussetzungen deuten jedoch einen zweiten Aspekt der Regelung an, nämlich die Funktion des Art. 418u OR als Investitionsschutzmechanismus. Dieser Teilaspekt soll im Folgenden etwas eingehender untersucht werden. Dazu sind vorab einige Ausführungen zur speziellen Konstellation von Vertriebsverträgen zu machen (nachfolgend 2.). Sodann kann die Kundschaftsentschädigung und deren Anwendung auf andere Vertriebsmodelle untersucht werden (nachfolgend 3.).

2. Spezielle Konstellation bei Vertriebsverträgen

2.1 Unvollständige Verträge und deren Durchsetzung

Die arbeitsteilige Wirtschaft erlaubt die Delegation von Aufgaben an spezialisierte Kräfte. Mitunter kann die Wahrnehmung der eigenen Interessen an Drittpersonen übertragen werden. Diese *Principal-Agent*-Beziehung findet sich etwa bei den vorstehend beschriebenen Vertriebssystemen. Der Entscheidungsspielraum des *Agent* in der Ausführung der Aufgabe führt zu einer ungleichen Verteilung der

²⁷ Das Bundesgericht bezeichnet den Entscheid daher als «Präzisierung der Rechtsprechung» (vgl. die Regeste in BGE 134 III 497), während *Fountoulakis* den Entscheid wohl als Änderung der Rechtsprechung versteht, vgl. *Christiana Fountoulakis*, Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags (Abnehmervertrags), recht 5/2008, S. 221 ff., 222 f.

Information zwischen *Principal* und *Agent*. Ist die *Principal-Agent*-Beziehung auf Dauer angelegt, so ergibt sich – u.a. auch wegen der Informationsasymmetrie – ein zweites Problem. In Verträgen über zukünftige Leistungen ist es in der Regel nicht möglich, alle Einzelheiten der Pflichten genau zu definieren, geschweige denn alle Eventualitäten zu berücksichtigen. *Principal-Agent*-Beziehungen sind daher meist unvollständig geregelt.²⁸ Die ungenaue Umschreibung der Leistungspflichten erschwert deren gerichtliche Überprüfung und damit die Erzwingung vertragskonformen Verhaltens mittels Gerichtsentscheidungen.²⁹

Unvollständige Verträge bedürfen daher alternativer Durchsetzungsmechanismen.³⁰ Eine entsprechende Wirkung hat etwa die Option zur Vertragsauflösung: Die Gegenpartei wird angesichts der drohenden Auflösung des Vertrages – verbunden mit dem Verlust weiterer Vorteile aus der Zusammenarbeit – ein erwartungskonformes Verhalten anstreben.³¹ Je unvollständiger die Leistungspflichten umschrieben sind, desto kürzer wird folglich die

Kündigungsfrist.³² Aus diesem Grunde finden sich bei Vertragstypen für *Principal-Agent*-Beziehungen meist kurze Kündigungsfristen. Beim einfachen Auftrag etwa – dem Regelungsgefäß komplexer Dienstleistungen mit hoher Informationsasymmetrie – wird die jeweilige Vertragslaufzeit auf null reduziert: Der Auftrag ist nach Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit widerrufbar.

2.2 Transaktionsspezifische Investitionen

Vertriebssysteme erfordern nun aber regelmässige Investitionen der Parteien hinsichtlich der vertraglichen Zusammenarbeit: Ein Produzent muss bestimmte Werkzeuge beschaffen, mittels welcher er die dem Vertragspartner zu liefernden Teile herstellt; ein Franchisenehmer investiert in die für das Absatzkonzept notwendigen Einrichtungen; ein Abnehmer legt ein Ersatzteillager an. Ist eine Investition spezifisch im Hinblick auf eine Vertragsbeziehung (Transaktion)³³ getätigt worden und hat sie ausserhalb dieser Transaktion für die investierende Partei wenig oder gar keinen Wert, so spricht man von einer transaktionsspezifischen Investition. Das erworbene Gut wird als transaktionsspezifischer Vermögenswert bezeichnet.³⁴

Rational agierende Vertragsparteien werden nur dann in einen transaktionsspezifischen Wert investieren, wenn sie damit rechnen können, aus der Vertragsbeziehung einen Vorteil zu gewinnen, die Investition also jedenfalls amortisieren zu können. Die investierende Partei wird folglich darauf bedacht

²⁸ Paul Milgrom/John Roberts, *Economics, Organization and Management*, Upper Saddle River 1992, S. 32. Der in diesem Sinne unvollständige Vertrag ist eine ökonomische Grösse: Aus rechtlicher Perspektive gilt ein Vertrag bereits dann als vollständig, wenn die wesentlichen Punkte geregelt sind (Art. 2 Abs. 1 OR).

²⁹ In einem vollständigen Vertrag sind Leistung und Gegenleistung *ex ante* umfassend definiert: Dies ermöglicht die genaue Überprüfung der Vertragserfüllung durch das Gericht. In der Praxis sind vollständige Verträge jedoch höchst selten. Ein einfacher Schuldvertrag, z.B. der Kauf einer standardisierten Ware, dürfte dem Ideal eines vollständigen Vertrages am nächsten kommen. Unvollständige Verträge sind in der Regel auf die Umschreibung der Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit beschränkt (relationale Verträge). Unvollständige Verträge können mittels klarer Zielvorgaben der formellen Durchsetzung zugänglich gemacht werden (z.B. Vorgabe einer bestimmten Performance im Vermögensverwaltungsvertrag). In Bereichen jedoch, in denen die Einzelheiten der Leistungserbringung relevant sind, ist dies nicht möglich (z.B. Anwaltstätigkeit). Vgl. Hunziker (Fn. 11), S. 27 ff.

³⁰ Die Erzwingung vertragskonformen Verhaltens kann je nach Vertragsgestaltung unterschiedlich erreicht werden: Bei klarer Definition der Leistungen hilft die Drohung der gerichtlichen Durchsetzung weiter; wiederholte Interaktionen insb. unter diversen Parteien wird durch Reputationsmechanismen gesteuert etc. Vgl. Hunziker (Fn. 11), S. 27 ff.; Hans Caspar von der Crone, *Rahmenverträge*, Zürich 1993, S. 93 ff.

³¹ Dies gilt jedenfalls solange, als die Vorteile aus der weiteren Zusammenarbeit gegenüber den Vorteilen der Nichterfüllung überwiegen (*Self-enforcing*-Mechanismus), vgl. Hunziker (Fn. 11), S. 28 ff.

³² Von der Crone (Fn. 30), S. 209 ff.

³³ Die Vertrags- oder Geschäftsbeziehung wird ökonomisch als Transaktion bezeichnet, vgl. dazu von der Crone (Fn. 30), S. 254 f.

³⁴ Der Begriff geht zurück auf Williamson, vgl. Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York 1985, S. 52 ff. («*asset specificity*»); von der Crone (Fn. 30), S. 254. Stein-Wigger unterscheidet insb. im Franchise-Bereich zwischen «*systemspezifischen*» (ein Vertriebssystem betreffend) und «*branchenspezifischen*» (in einer Branche verwertbaren) Investitionen resp. Vermögenswerten, vgl. Matthias Stein-Wigger, *Der Investitionersatzanspruch des Franchisenehmers*, AJP 2000, S. 1079 ff., 1080 (zit. Stein-Wigger, *Investitionersatz*). Investitionen können auch «*produktspezifisch*» sein (in Vertriebssystemen zum Absatz von Produkten), vgl. Mani Reinert, *Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen*, Zürich 2004, S. 111.

sein, die Vertragsdauer mindestens auf die Amortisationsdauer der Investition zu erstrecken.³⁵

2.3 Konsequenzen

Je nach Umständen kann die Vertragsdauer zwar an die Amortisationsdauer angenähert werden: Die Parteien selbst oder der Richter können unter Berücksichtigung der Einzelheiten im konkreten Fall die Vertragsmindestdauer anhand des Investitionsaufwands festlegen.³⁶ Partnerschaftliche Unternehmungen mit kleineren Informationsasymmetrien und gleich gerichteten Interessen sind nach dem Recht der einfachen Gesellschaft in der Regel mit sechsmonatiger Frist per Ende Jahr kündbar.³⁷ Je ausgeprägter aber die Unvollständigkeit des Vertrages, desto regelmässiger muss eine Kündigungsmöglichkeit bestehen: Im Arbeitsrecht ist in der Kündigungsfrist die unterschiedliche Amortisationsdauer von verschieden grossen Investitionen noch berücksichtigt.³⁸ Der einfache Auftrag aber ist, wie erwähnt, jederzeit kündbar.

Die beschriebene Konstellation in komplexen *Principal-Agent*-Beziehungen wie den beschriebenen Vertriebssystemen führt damit zu einem Zielkonflikt: Unvollständige Verträge erfordern zwecks Durchsetzung regelmässige Kündigungsmöglichkeiten; demgegenüber zwingen Investitionsschutzüberlegungen zur Anpassung der Vertragsdauer an die Amortisationsdauer. Transaktionsspezifische Investitionen werden daher regelmässig nicht über die Vertragsdauer amortisiert werden können, sodass nach Ablauf jeder Vertragslaufzeit ein nicht amortisierter Restbetrag der Investition verbleibt.

³⁵ «Kein vernünftiger Kaufmann tätigt Investitionen, die sich im Hinblick auf die eingegangene Geschäftsbeziehung nicht auch amortisieren lassen.», vgl. *Stein-Wigger*, Investitionssersatz (Fn. 34), S. 1082.

³⁶ Vgl. etwa BGE 107 II 216, wo das Gericht die Mindestdauer eines Alleinverkaufsvertrages anhand der Anlauf- und Amortisationsdauer der Investitionen auf acht Jahre festlegt; dies entspreche dem hypothetischen Parteiwillen (BGE 107 II 216 ff., 219 Erw. 3b).

³⁷ Art. 546 OR.

³⁸ Die Kündigungsfrist im Arbeitsrecht ist proportional an die Dauer der Anstellung – also an den Grad der Spezialisierung des Arbeitnehmers – gebunden (Art. 335a ff. OR).

2.4 Investitionsschutz

Diese Konstellation beeinträchtigt das Verhandlungsgleichgewicht: Während die regelmässige Kündigungsmöglichkeit für die investierende Partei keine Option mehr darstellt, erhält ihre Gegenpartei ein umso stärkeres Druckmittel zur Durchsetzung ihrer Interessen in die Hand.³⁹ Die Lösung dieses Problems erfordert alternative Ausgleichsmechanismen.

Geeignet ist etwa eine Teilung des nicht amortisierten Restbetrags der transaktionsspezifischen Investition: Damit sind die Konsequenzen der Vertragsauflösung wieder gleichmässig verteilt.⁴⁰ Wichtig ist dies insb. für jene Investitionen, die für die Erreichung des Vertragszweckes notwendig sind: Ohne Investitionsschutz ginge jeder Anreiz zur Vornahme vertragszweckbedingter transaktionsspezifischer Investitionen verloren.⁴¹ Im OR finden sich dahingehend Regelungen in verschiedenen Bereichen:

- *Einfache Gesellschaft*: Wirtschaftliche Zusammenarbeit, die auf ein gemeinsames Ziel gerichtet ist, wird nach Gesellschaftsrecht beurteilt.⁴² Die Auflösung einer einfachen Gesellschaft erfolgt gemäss Art. 548 ff. OR durch Saldierung aller

³⁹ Der *Principal* kann dann nämlich, ohne eigenes wirtschaftliches Risiko, den Vertrag jederzeit kündigen: Er erhält dadurch wirtschaftlich Zugriff auf den Vermögenswert, hält also mit anderen Worten die Investition der Gegenpartei als «Geisel» («Hostage»- resp. «Hold-up»-Problem). Vgl. *Hunziker* (Fn. 11), S. 54; *Milgrom/Roberts* (Fn. 28), S. 136; *Reinert* (Fn. 34), S. 113; *von der Crone* (Fn. 30), S. 264 ff. Zur Auswirkung transaktionsspezifischer Investitionen auf die vertragliche Organisation vgl. auch *Mariel Hoch-Classen*, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Diss. Zürich 2003, S. 96.

⁴⁰ Kann eine Investition von 500 zu 100 pro Jahr amortisiert werden, werden die Parteien bei Kündigung nach einem Jahr eine Ausgleichszahlung von $\frac{1}{2} \times (500-100) = 200$ vereinbaren. Nach zwei Jahren beträgt die Ausgleichszahlung $\frac{1}{2} \times (500-200) = 150$ etc. Ausgleichszahlungen können sich, wie im Beispiel, am Investitionswert (abzüglich bereits erfolgter Amortisierung) oder am Ertragswert orientieren (dies insb. bei laufend erfolgenden, im Voraus nicht ausreichend bestimmbareren Investitionen). Vgl. dazu *Stein-Wigger*, Investitionssersatz (Fn. 34), S. 1091 f.; *von der Crone* (Fn. 30), S. 267 ff.

⁴¹ Aus diesem Grund finden sich in den USA sogenannte «Franchise Relationship Laws», welche mittels zwingender Schutzbestimmungen einen Interessenausgleich anstreben. Vgl. *Stein-Wigger*, Investitionssersatz (Fn. 34), S. 1082 ff. m.w.H. Zu weiteren Sicherungsmöglichkeiten vgl. *Hunziker* (Fn. 11), S. 380 ff.

⁴² Darunter fallen insb. auch partnerschaftliche Varianten des Franchising, vgl. etwa BGE 118 II 157, 161 Erw. 2c.

Beziehungen zur Gesellschaft und anschliessender hälftiger Aufteilung des Saldos. Damit werden auch Investitionen hälftig geteilt.

- *Arbeitsrecht*: Wie bereits angetönt findet sich auch im Arbeitsrecht eine entsprechende Lösung. Die Investition der Arbeitszeit resp. die Spezialisierung des Arbeitnehmers im Dienst des Arbeitgebers wird gemäss Art. 336a OR dadurch ausgeglichen, dass bei vorzeitiger, unberechtigter Kündigung eine Entschädigungszahlung vorgesehen ist.⁴³
- *Einfacher Auftrag*: Im Falle der Kündigung des Auftrags zur Unzeit ist nach Art. 404 Abs. 2 OR eine Entschädigung zu entrichten. Beurteilt und bemessen wird dies anhand des Zeitpunkts der Kündigung und der bis dahin getroffenen Dispositionen.⁴⁴ Es handelt sich bei der Entschädigungszahlung also um einen Ausgleich für das negative Interesse, d.h. Ersatz der unnötig gewordenen Investitionen.⁴⁵

In der Praxis finden sich jedoch viele alternative Möglichkeiten zur Ausgleichung von vertragszweckbedingten transaktionsspezifischen Investitionen. Investitionsschutzvorkehrungen sind z.B. parteiautonome finanzielle Ausgleichslösungen, die Festlegung einer langen Vertragsdauer oder Vorkehrungen, die eine schnellere Amortisation herbeiführen. Bei Vertriebssystemen finden sich Investitionsschutzgedanken etwa in nachvertraglichen Rücknahmepflichten,⁴⁶ beidseitiger Investitionsbeteiligung,⁴⁷ überdurchschnittlich hohen Provisionen, tiefen Einkaufskosten oder Exklusivitätsabreden.⁴⁸

Da transaktionsspezifische Investitionen meist vorhersehbar und kontrollierbar sind – und auch oft parteiautonom geschützt resp. ausgeglichen werden – führen sie nicht zwingend zur Gefährdung der Interessen der investierenden Partei. Grundsätzlich genügt daher die Ausgestaltung einer gesetzlichen Aufanglösung als dispositiven Regel.⁴⁹

3. Die Kundschaftsentschädigung

3.1 Die doppelte Funktion der Kundschaftsentschädigung

3.1.1 Investitionsschutz

Die geschilderte Konstellation zeigt sich auch im Agenturrecht im Zusammenhang mit der Kundschaft. Der Agent tätigt laufend Investitionen in Form von Kundenbindungs- resp. Marketingaufwand.⁵⁰ Da Investitionen in die Bindung der Kundschaft (als wiederkehrender Wert) laufend neue Investitionen nach sich ziehen, können solche Investitionen nicht über die Vertragsdauer amortisiert werden.⁵¹ Die aufgrund der Unvollständigkeit von Agenturverträgen sinnvoll kurze Kündigungsfrist schafft hier kaum Abhilfe.⁵² Art. 418u OR stellt deshalb einen alternativen Ausgleichsmechanismus zur Verfügung: Für den Fall des Verlustes der Investition ist eine Ausgleichszahlung vorgesehen. Dies schützt die Investition resp. den entsprechenden Vermögenswert des Agenten und stärkt seine Verhandlungsposition.⁵³

son and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, in: Yale Law Journal, vol. 75 No. 3 (1966), S. 373 ff., 402. Die Thematik des Investitionsschutzes wird daher auch im Zusammenhang mit Wettbewerbsbeschränkungen diskutiert, vgl. etwa *Reinert* (Fn. 34), S. 110 ff.

⁴⁹ *Von der Crone* (Fn. 30), S. 272 und 292.

⁵⁰ Art und Zeitpunkt der Investition sind im Hinblick auf den Investitionsschutz nicht massgeblich: Jede Art von Investition vor oder während der Vertragsdauer, die aufgrund des Vertrages und im Hinblick auf dessen Beständigkeit getätigt wird, ist zu schützen. Vgl. *Stein-Wigger*, Investitionsersatz (Fn. 34), S. 1084.

⁵¹ Eine lange Vertragsdauer mit abnehmendem Kundenbindungsaufwand oder etwa höhere Provisionen können eine Amortisierung aber erleichtern, vgl. zur Berücksichtigung dieses Elementes im Rahmen der Billigkeit nachfolgend III.3.3.2.

⁵² Art. 418q OR.

⁵³ Es zeigt sich hier die erwähnte Geisel-Problematik. Vgl. auch die Möglichkeiten der Regelung in EU-Ländern: Die *Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter*

⁴³ Dies insb. vor dem Hintergrund, dass die Fortführung der Arbeit nach einer missbräuchlichen Kündigung wirtschaftlich nicht sinnvoll erscheint.

⁴⁴ BGE 110 II 380, 383 Erw. 3b.

⁴⁵ *Honsell* (Fn. 15), S. 326 f.; Vgl. auch *von der Crone* (Fn. 30), S. 296 f. Eine Anreizfunktion zur Vornahme der notwendigen Investitionen im Interesse des Auftraggebers hat dagegen Art. 402 OR, wonach dem Beauftragten die erforderlichen Auslagen zu ersetzen sind, vgl. *Hunziker* (Fn. 11), S. 378.

⁴⁶ Vgl. beim Franchising, wo den Franchisegeber aus Treuepflichten eine nachvertragliche Rücknahmepflicht vorrätiger Waren resp. Einrichtungsgegenstände treffen kann. Dazu *Stein-Wigger*, Investitionsersatz (Fn. 34), S. 1083 m.w.H.

⁴⁷ Etwa in Form eines Joint Venture.

⁴⁸ Vgl. als Beispiel für eine Exklusivitätsabrede mit Investitionsschutzcharakter das exklusive Lieferungsrecht für Eisenbahnwaggons in *Robert H. Bork*, The Rule of Rea-

Nach ständiger Rechtsprechung stellt das Bundesgericht daher zur Bemessung der Höhe auch auf den Umfang der Tätigkeit (d.h. der Investition) des Agenten ab.⁵⁴ Das Bundesgericht scheint sogar einen Fokus auf den Verlust des Vermögenswertes der Kundschaft durch den Agenten zu legen: Während nicht erforderlich ist, dass der Auftraggeber die Vorteile der Kundschaft effektiv nutzt,⁵⁵ ist für die Zuspicherung einer Entschädigung jedenfalls erforderlich, dass dem Agenten dieser Nutzen entgeht.⁵⁶ Das Bundesgericht anerkennt demnach einen Bezug zur erwähnten Problematik des drohenden Verlustes vertragspezifischer Investitionen bei regelmässiger Kündigungsmöglichkeit.

Den Ausgleich für die Effekte transaktionsspezifischer Investitionen können die Parteien, wie gezeigt, auch autonom regeln. Als paradigmatische Norm ist Art. 418u OR aber gerade wegen der typischen Situation des laufenden und daher nicht amortisierbaren Kundenbindungsaufwands sinnvoll.⁵⁷

3.1.2 Vorteilsausgleichung

Dies ist allerdings nur ein Aspekt der Regelung. Die Kundschaftsentschädigung stellt andererseits nämlich auch auf eine Besonderheit von Vertriebssystemen ab, nämlich die Möglichkeit einer wiederkehrenden Kundschaft. Die Kundschaft stellt für ein Unternehmen einen Vermögenswert dar, sofern daraus zukünftiger Nutzen für das Unternehmen zu erwarten ist.⁵⁸ Im Wirtschaftsverkehr wird der Kunden-

stamm als immaterieller Vermögenswert verstanden.⁵⁹ Im Falle einer Unternehmensübernahme ist dieser Vermögenswert als Teil des Unternehmenswertes zu vergüten. Eine Vergütung ist vernünftigerweise aber nicht nur dann zu entrichten, wenn der Vermögenswert «Kundschaft» gekauft wird, sondern auch dann, wenn die Entstehung eines Kundenstammes eines Unternehmens durch eine andere Person finanziert wurde.

Art. 418u OR regelt deshalb auch die Ausgleichszahlung für den Fall einer nachvertraglichen Nutzung der Kundschaft durch den Auftraggeber, wenn der Aufbau der Kundschaft auf die Tätigkeit des Agenten zurückgeht.⁶⁰ Dieser Aspekt wird in Lehre und Rechtsprechung betont: Die Kundschaftsentschädigung, so das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung, sei

«[...] ein Ausgleich für den Geschäftswert, den der Auftraggeber nach Beendigung des Vertrags weiter nutzen kann [...]»⁶¹

In der Berechnung der Entschädigung wird dies berücksichtigt: so ist deren Höhe teilweise anhand der künftig nutzbaren wirtschaftlichen Vorteile zu bemessen.⁶²

3.2 Eine Kundschaftsentschädigung in anderen Vertriebssystemen?

3.2.1 Berücksichtigung der speziellen Natur des Art. 418u OR

Art. 418u OR ist somit sowohl Investitionsschutz als auch Vorteilsausgleichung. In der Anwendung auf andere Verträge ist diese doppelte Natur der Norm zu

lässt den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen einem Modell, welches auf die Vorteilsausgleichung fokussiert (wie in Deutschland und Österreich), und einem Modell, welches eine Entschädigung vorsieht u.a. für «Nachteile, die sich aus der nicht erfolgten Amortisation von Kosten und Aufwendungen ergeben, die der Handelsvertreter in Ausführung des Vertrages auf Empfehlung des Unternehmers gemacht hatte» (Art. 17 Abs. 2 lit. c; dieses Modell findet sich in Frankreich).

⁵⁴ Vgl. BGE 84 II 529, 533 ff. Erw. 2 und 8, worauf BGE 134 III 497, 500 Erw. 4.1 verweist. Zur Bemessung der Höhe siehe nachfolgend III.3.4.1.

⁵⁵ BGE 103 II 277, 281 Erw. 2. Vgl. auch *Suzanne Wettenschwiler*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel u.a. 2007, N 7 zu Art. 418u OR.

⁵⁶ BGE 103 II 277, 283 Erw. 3a.

⁵⁷ Wobei dann die Ausgestaltung als dispositive Norm genügt, vgl. etwa *von der Crone* (Fn. 30), S. 292.

⁵⁸ Deshalb prüft das Bundesgericht im Rahmen des Art. 418u OR, ob «die Kundschaft dem Auftraggeber sehr wahrscheinlich treu bleibt und seinen Bedarf weiterhin bei diesem deckt», vgl. BGE 103 II 277, 282 Erw. 3a.

⁵⁹ Vgl. beispielhaft die IFRS-Definition in IAS 38 betreffend die immateriellen Vermögenswerte: Ein Kundenstamm gilt als (immaterieller) Vermögenswert, wenn er identifizierbar ist, von einem Unternehmen beherrscht wird und durch ihn «künftiger wirtschaftlicher Nutzen» erwartet wird (IAS 38.8). Die Beherrschung liegt in der Möglichkeit eines Unternehmens, «sich den künftigen wirtschaftlichen Nutzen [...] zu verschaffen, und [...] den Zugriff Dritter auf diesen Nutzen [zu] beschränken», wobei grundsätzlich, aber nicht notwendig auf die juristische Durchsetzbarkeit solcher Ansprüche abzustellen ist (IAS 38.13).

⁶⁰ Die Investition des Agenten ist daher nicht nur «Geisel» des Auftraggebers, sondern wird zum «Pfand»: der resultierende Vermögenswert ist zusätzlich verwertbar.

⁶¹ Vgl. BGE 134 III 497, 505 f. Erw. 4.3; BGE 122 II 66, 72 Erw. 3d. Die Kundschaftsentschädigung sei weder nachträglicher Lohn für den geleisteten Aufwand noch Ersatz für einen Schaden (vgl. BGE 122 II 66, 72 Erw. 3d; BGE 103 II 277, 280 Erw. 2).

⁶² Vgl. die in Fn. 54 zitierten Verweise.

berücksichtigen. Die zu vergleichende wirtschaftlich-tatsächliche Situation muss also sowohl den Aspekt der Transaktionsspezifität des Vermögenswertes «Kundschaft» (aus Sicht des *Agent*) als auch den Aspekt der Weiternutzungsmöglichkeit dieses Wertes durch den *Principal* aufweisen. Diese Konstellation wird sich vor allem bei Vertriebssystemen finden, ist jedoch im Einzelfall immer zu prüfen. Bei der Prüfung der analogen Anwendung stellt auch das Bundesgericht in BGE 134 III 497 auf die doppelte Natur des Art. 418u OR ab. Zwar orientiert es sich vorab an der Ausgleichszahlung für den vom *Principal* nach Vertragsbeendigung nutzbaren Mehrwert.⁶³

«En effet, dès lors que cette indemnité est considérée comme une compensation à verser par le mandant pour la valeur commerciale dont il continue à profiter après la fin du contrat d'agence, on ne voit pas pourquoi la même compensation ne devrait pas être imposée au concédant placé dans une situation comparable à l'expiration du contrat de représentation exclusive.»

Es verweist aber auch auf die Situation des *Agent*, der in einen Vermögenswert investiert hat, den er bei Vertragsende verliert:

«Pareille assimilation n'a rien que d'équitable si on la considère du point de vue du distributeur qui s'est employé activement à développer la notoriété de la marque du concédant, mais dont la clientèle, qu'il s'est ainsi acquise par ses efforts, restera attachée à ladite marque, à l'extinction des rapports contractuels, et, partant, lui échappera au profit de son ex-contractant.»

Voraussetzung der analogen Anwendung ist somit eine Investition des *Agent* (3.2.2) in den Vermögenswert der dauerhaft ökonomisch nutzbaren Kundschaft (3.2.3), welcher bei Vertragsende dem *Agent* verloren geht (3.2.4), dann aber durch den *Principal* weiter genutzt werden kann (3.2.5).

3.2.2 Investition

Relevant sind Investitionen in die Erweiterung oder Erhaltung der Kundschaft. Es handelt sich dabei nicht um reine Kundenabfertigungskosten: diese sind modelltypisch auf der vertraglichen Leistungsebene durch entsprechende Gegenleistung (z.B. Provision) abgegolten. Vielmehr geht es um einen Aufwand, den der *Agent* tätigt, um zusätzliche Kunden zu generieren resp. diese zu binden. Dabei kann der *Agent* einerseits die Kunden durch Überzeugungsarbeit direkt

umwerben,⁶⁴ oder aber die Bekanntheit einer Produkte- resp. Produzentenmarke fördern und so indirekt zur Erweiterung des Kundenkreises beisteuern.⁶⁵ Die relevante Investition besteht also in der Regel in Marketingaufwand.⁶⁶ Indizien für die Vornahme entsprechender Investitionen finden sich einerseits in der Buchhaltung, andererseits aber auch in vertraglichen Absatzförderungspflichten, Rückstellungspflichten und Vorgaben betreffend den Werbeaufwand.

Auch wenn ein Abnehmer einen bekannten Markenartikel vertreibt resp. ein Franchisenehmer ein umfassendes Marketingkonzept übernimmt, so sind beide doch zu Investitionen in die Kundengewinnung und -bindung gezwungen. Die Investitionen sind zwar grösser im Rahmen des Aufbaus oder der Erweiterung einer Markenbekanntheit; die Kundenbindung erfordert aber auch bei grosser Markenbekanntheit (gerade auch in Wettbewerbssituationen) fortlaufende Investitionen.⁶⁷

3.2.4 Zukünftig wirtschaftlich verwertbare Kundschaft

Das Ergebnis der Tätigkeit des Agenten ist ein zukünftig verwertbarer Kundenstamm. Nur die treue

⁶⁴ Dies ist gerade im Investitionsgütermarkt relevant.

⁶⁵ Insb. im Konsumgüter- und Dienstleistungsmarkt, vgl. *von der Crone* (Fn. 30), S. 291 f.

⁶⁶ Darunter fallen z.B. Kosten für Werbung, Rabatte, Sonderaktionen oder Kundenevents. Des Weiteren können auch Kosten für Markt- resp. Kundenerhebungen darunter fallen, wobei dies in der Regel direkt durch den *Principal* vorgenommen werden dürfte.

⁶⁷ Vgl. BGE 134 III 497, 509 Erw. 4.4.2: «[...] la notoriété de la marque peut aussi avoir pour conséquence de faciliter le travail du distributeur [...]. Cependant, doctrine et jurisprudence considèrent qu'une telle circonstance ne justifie pas de refuser toute indemnité pour la clientèle au représentant exclusif, tant il est vrai qu'un produit, tout réputé qu'il soit, ne se vend pas de lui-même.» Vgl. auch *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 382 f., der zum Franchising bemerkt, dass Qualität und Effektivität der Umsetzung eines Absatzkonzeptes auch von der Investition des Franchisenehmers abhängt. A.M. *Walter Schluemp*, in: *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse VII/2*, S. 857, wonach dann keine Entschädigung geschuldet sei, wenn der Fokus auf dem Lizenzsachverhalt (also der Marke resp. dem Absatzkonzept) liegt, es sei denn, der Franchisenehmer hätte eine Eintrittsgebühr entrichtet (zustimmend *Honsell* [Fn. 15], S. 438). Gemäss *Meyer* (Fn. 16), S. 305, soll der Franchisenehmer deshalb keine Entschädigung erhalten, weil er «ausser der Konzeptumsetzung [...] überhaupt keinen Beitrag geleistet [hat]».

⁶³ Vgl. für beide Zitate BGE 134 III 497, 505 f. Erw. 4.3.

Kundschaft stellt einen solchen «Geschäftswert» (d.h. Vermögenswert) dar: Nur sie bringt ökonomisch wiederkehrenden Nutzen. Voraussetzung für eine wiederkehrende Kundschaft ist ein Tätigkeitsbereich mit wiederholender Nachfrage.⁶⁸ Dies findet sich sowohl im Konsumgüter- als auch im Investitionsgütermarkt. Auch wiederkehrende Dienstleistungen fallen darunter. Fehlt es hingegen an der Intention zur Bindung von Kunden, so beschränkt sich die Tätigkeit auf die Kundenabfertigung, welche, wie erwähnt, bereits auf Leistungsebene vergütet wird. Dies ist vor allem bei selten nachgefragten oder aber nicht markensensitiven Waren oder Dienstleistungen der Fall.⁶⁹

Franchisingmodelle sind oft einer wechselnden Kundschaft ausgesetzt; trotzdem ist es auch in diesem Rahmen möglich, eine treue Kundschaft aufzubauen.⁷⁰ Die Erweiterung des Kundenstammes kann sich einerseits direkt in einer wachsenden Kundendatei zeigen. Gerade in Bereichen des weniger individualisierten Kundenkontakts – etwa bei Restaurantketten – kann diese Auswirkung aber auch indirekt in einer Umsatzsteigerung oder aber in der Steigerung des Markenwertes in dem vertraglich bestimmten Gebiet nachgewiesen werden.

3.2.4 Verlust des Vermögenswerts bei Vertragsende

Die Regelung erfordert ausserdem, dass der *Agent* nach Vertragsende die von ihm geworbene Kundschaft nicht mehr selber nutzen kann.⁷¹ Darin erst zeigt sich die transaktionsspezifische Natur der Investitionen in die Kundengewinnung. Die Kundschaft kann sowohl aus rechtlichen wie auch aus faktischen

Gründen nach Vertragsende nicht mehr dem *Agent* zustehen. Eine rechtliche Ursache wäre ein nachvertragliches Konkurrenzverbot des *Agent*.⁷² Faktische Gründe sind etwa die Bindung des Kunden nicht an den *Agent*, sondern an das Produkt resp. die Marke des *Principal*: weil die Kunden dann dem *Principal* folgen, gehen sie dem *Agent* verloren.

Anders liegt der Fall, wenn der *Agent* mit seiner Leistung im Vordergrund steht. Dies ist insb. relevant in Bereichen, wo die Bereitstellung von Nebenleistungen gegenüber der Hauptleistung im Vordergrund steht: Ist dem Kunden der Standort oder die Qualität der Dienstleistung des *Agent* wichtiger als die spezifische Produzentenmarke, so werden die Kunden dem *Agent* erhalten bleiben. Diese Konstellation wird sich in Branchen finden, wo innerhalb eines Qualitätssegments die Absatzorganisation verschiedener *Principals* vergleichbar ist, was die für Kunden relevanten Punkte markenunabhängig macht.⁷³ Vertreibt ein Händler nach Vertragsbeendigung andere Ware derselben Gattung, so kann er unter Umständen ebenfalls weiter von der erworbenen Kundschaft profitieren.⁷⁴ In diesen Fällen kann die Norm des Art. 418u OR nicht zur Anwendung gelangen.

3.2.5 Weiternutzungsmöglichkeit

Die doppelte Natur der Kundschaftsentschädigung erfordert die nachvertragliche Nutzungsmöglichkeit durch den Auftraggeber. Eine effektive Nutzung ist jedoch nicht erforderlich.⁷⁵ Die Möglichkeit der (agentur)vertraglichen Nutzung besteht dann, wenn etwa der Kundenvertrag von Anfang an direkt zum *Principal* besteht, oder aber wenn die Kunden

⁶⁸ Vgl. BGE 103 II 277, 282 Erw. 3a. Vgl. auch *Wettenschwiler* (Fn. 55), N 8.

⁶⁹ Ein Effekt der Kundenbindung wird abgelehnt bei Maschinen resp. Produkten mit einer hohen Lebensdauer, im Tankstellengeschäft oder bei Verkäufen im sog. Party-System, vgl. *Wettenschwiler* (Fn. 55), N 8 m.w.H. Das Bundesgericht verneint die nachvertragliche Nutzungsmöglichkeit auch in der Lebensversicherungsbranche, vgl. Urteil 4C.399/1999 Erw. 4.

⁷⁰ Vgl. etwa Hotel- oder Restaurantketten, die ihre Gäste mit Rabatten und Sonderangeboten zur wiederkehrenden Nutzung anregen. Mit der Nutzung des Internet kann die Bindung durch personalisierte Websites und individualisierter Service verstärkt werden.

⁷¹ Das Bundesgericht unterscheidet zwischen einer *clientèle personnelle* (für welche die Persönlichkeit des Verkäufers entscheidend ist und die daher auch nach Vertragsende diesem verbleibt), und einer *clientèle réelle* (welche an die Marke anknüpft und somit nach Vertragsende dem Markeninhaber verbleibt), vgl. BGE 134 III 497, 508 f. Erw. 4.4.2.

⁷² Dies wäre insb. dann relevant, wenn der *Agent* den Kundenstamm faktisch eigentlich selber weiternutzen könnte, etwa weil ihm die Kunden seiner Leistung wegen die Treue hielten.

⁷³ Die verstärkte Nutzung des Internet als Direktabsatzkanal führt ebenfalls zur grösseren Bedeutung von Serviceleistungen des *Agent*, vgl. *Kirsch* (Fn. 22), S. 2780.

⁷⁴ Voraussetzung ist dann das Fehlen eines Konkurrenzverbots. Vgl. das Beispiel der Kleidermarken in BGE 103 II 277, wo das Bundesgericht aufgrund der Weiternutzungsmöglichkeit der Kundschaft durch den Händler trotz Wechsel des Lieferanten eine Entschädigung ausschloss.

⁷⁵ Fehlt aber aufgrund der Umstände auch die Möglichkeit, so liegt kein dem Regelungszweck des Art. 418u OR entsprechender Sachverhalt vor. Diesfalls wären vertragszweckbedingte transaktionsspezifische Investitionen etwa gemäss den Regeln der einfachen Gesellschaft auszugleichen (Art. 548 ff. OR).

nach Vertragsende dem *Principal* folgen.⁷⁶ Letzteres ist dann der Fall, wenn der *Principal* (resp. dessen Produkt oder Marke) gegenüber dem *Agent* (resp. seiner Leistung) im Vordergrund steht: Die «Sogwirkung der Marke» bindet diesfalls die Kunden direkt an den *Principal*. Ein Indiz hierzu ist etwa eine Integration des *Agent* in die Absatzorganisation des *Principal*, allerdings beschränkt auf die beschriebene Wirkung.⁷⁷ Indizien wären etwa Vorschriften zur Nutzung von Marken, Weisungsrechte des *Principal* hinsichtlich des Absatzkonzepts oder der Werbegestaltung sowie allgemein der Marketingaufwendungen. Der Zugriff auf Kundendaten resp. entsprechende Informationspflichten können eine nachvertragliche Nutzung durch den *Principal* erleichtern.⁷⁸

3.3 Der Tatbestand des Art. 418u OR

3.3.1 Erweiterung des Kundenkreises und entsprechende Vorteile

Eine Kundschaftsentschädigung ist auch bei analoger Anwendung einer Norm nur bei Erfüllung des Tatbestands zu leisten. Voraussetzung ist vorab die Beendigung des Vertrages. Die Erweiterung des Kundenkreises bemisst sich entweder nach der absoluten Zahl der neu hinzu gewonnenen Kunden oder aber der Steigerung des Umsatzes. Der erhebliche Vorteil

des *Principal* ist im ökonomischen Nutzen der bleibenden Kundschaft zu sehen.⁷⁹

3.3.2 Unbilligkeit

Die Ausgleichszahlung darf nicht unbillig sein: Wird der Verlust des transaktionsspezifischen Vermögenswertes der Kundschaft resp. die Möglichkeit des weiteren Nutzengewinns alternativ abgegolten, so kann die Ausgleichszahlung reduziert oder ausgeschlossen werden.⁸⁰

Allgemeine, sowohl im Franchising als auch im Alleinvertrieb aufgrund der selbständigen Unternehmertätigkeit notwendige vertragszweckbedingte Investitionen sind regelmässig durch privatautonome Investitionsschutzmassnahmen abgegolten. Darunter fallen etwa Abreden betreffend Vertragsmindestdauer, lange Kündigungsfristen oder Rücknahmepflichten von Einrichtungsgegenständen oder vorrätigen Warenlagern.⁸¹

Investitionen in die Kundengewinnung können durch solche Mechanismen ebenso abgegolten werden, sofern ein Bezug zur Kundengewinnung besteht: Eine Möglichkeit stellt die Gewährung von höheren Provisionen oder tieferen Einkaufspreisen zur Vergrösserung der Marge pro Kunde dar. Überdies sind sowohl Franchising- wie auch Alleinvertriebsverträge in gegenseitigem Interesse oft auf lange Zeit angelegt, wodurch im Fall des rückgängigen Kundenbindungsaufwands laufend höhere Erträge aus der Kundschaft gewonnen werden. Die vertragliche Teilung der Werbekosten als alternative Ausgleichsmethode stellt ebenfalls einen Unbilligkeitsgrund dar.⁸²

⁷⁶ Dabei ist ein faktischer «Übergang» resp. die entsprechende Möglichkeit zu prüfen, vgl. auch *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 381 f. Die Auslieferung von Kundendaten resp. der Zugriff auf solche durch den *Principal* ist nicht notwendig; a.M. *Fountoulakis* (Fn. 27), S. 224.

⁷⁷ Zu beachten ist, dass der *Agent* immer noch selbständig ist, d.h. einen bestimmten Entscheidungsspielraum hat, ansonsten er als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, vgl. Art. 418a Abs. 1 OR. Die analoge Anwendung auf andere Vertriebsverträge darf daher keine weitergehende Integration des jeweiligen *Agent* voraussetzen: Es kann also nicht ausschliesslich auf Kontroll- und Weisungsrechte des *Principal* abgestellt werden. Die Unterordnung des *Agent* etwa mit der Konsequenz einer Schutzbedürftigkeit ist vielmehr für die Frage des zwingenden Charakters der analog übertragenen Norm relevant, vgl. nachfolgend III.3.4.2.

⁷⁸ Von den vom Bundesgericht zitierten Kriterien zur «Integration in die Absatzorganisation» (vgl. Fn. 8) sind dies vor allem das Kontrollrecht des Lieferanten betr. Einstellung der Produktion oder des Vertriebs von Waren; Pflicht zur Aufwendung einer bestimmten Summe für die Werbung für Produkte des Lieferanten; Mindestabnahmepflicht und Bereithaltung eines Mindestvorrats; monatliche Rechenschaftsablage betreffend Geschäftsverlauf; Weiterleitung von Verkaufslisten sowie Informationen über die Tätigkeit der Konkurrenz.

⁷⁹ Vgl. Urteil des BGer. 4C.218/2005 Erw. 4.2; *Theodor Bühler*, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 2004, N 31 ff. zu Art. 418u OR; *Wettenschwiler* (Fn. 55), N 5 ff. Wesentlich ist die Erweiterung des Kundenstammes entweder ab ca. 15% zusätzlicher Kunden, oder aber bei erhöhtem Umsatzpotenzial. Der erhebliche Vorteil liegt besonders in den nachvertraglichen Erträgen aus der bereits an den *Principal* gebundenen Kundschaft, für welche keine weiteren Aufwendungen erforderlich sind, vgl. Urteil des BGer. 4C.399/1999 Erw. 4.

⁸⁰ Vgl. BGE 110 II 476, 479 Erw. 3a; BGE 103 II 277, 286 Erw. 5. Beispiele sind etwa hohe Vergütungen, eine lange Vertragsdauer, oder die Übernahme von Fürsorgeleistungen.

⁸¹ *Cherpillod* (Fn. 25), S. 196 begründet die Frist von sechs Monaten u.a. damit, «que le franchisé est souvent amené à faire des investissements très spécifiques à la franchise [...] qui ne peuvent pas toujours être reconvertis». Vgl. auch *Stein-Wigger*, Investitionersatz (Fn. 34), S. 1085 ff.

⁸² Urteil des BGer. 4C.218/2005 Erw. 6.2.

Auch die Nutzung einer bekannten Marke zur Ertragssteigerung bei entsprechend geringerer Investition ist im Rahmen der Billigkeit zu prüfen.⁸³ Analog wäre beim Alleinvertrieb das wesensnotwendige Exklusivrecht als Reduktionsgrund denkbar: durch die alleinige Nutzung der Kundschaft während der Vertragsdauer sind die Kundengewinnungs- und -erhaltungskosten tiefer, die Erträge somit höher, und die Amortisation dadurch auch im Bereich der Kundeninvestitionen erleichtert.

Solche alternativen Ausgleichsmechanismen – welche neben den allgemeinen transaktions-spezifischen Investitionen auch die Investitionen in die Kundengewinnung betreffen – könnten regelmässig zur Reduktion oder zum Ausschluss der Kundschaftsentschädigung aufgrund Unbilligkeit führen.

3.4 Die Modalitäten der Kundschaftsentschädigung

Neben der Ausgleichsregel als solcher ist sodann zu prüfen, ob und wie die Modalitäten derselben analog zu übertragen sind. Es geht dabei um die Berechnung der Höhe einer Entschädigung wie auch um die Frage der zwingenden Natur der Norm.

3.4.1 Berechnung der Höhe

Haben die Parteien keine Abgeltung der vertrags-spezifischen Investitionen ausgehandelt,⁸⁴ so sieht das Gesetz in Art. 418u OR eine Lösung vor. In der Bestimmung der Höhe zeigt sich die geschilderte doppelte Natur der Regelung: Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind zur Berechnung nämlich sowohl ertragswert- wie auch investitionsorientierte Elemente zu beachten.⁸⁵

– *Ertragswertorientiert*: Auszugleichen ist gemäss Bundesgericht der Geschäftswert «Kundschaft».⁸⁶ Dieser bemisst sich am Ausmass der Vorteile des Auftraggebers: Es handelt sich idealerweise um die nachvertraglich zu erwartenden Einkünfte aus dem übernommenen Kundenstamm. Sinnvollerweise ist dabei auf vergangene Erträge abzustellen. Dabei kann allerdings berücksichtigt werden,

ob der *Principal* die Kundschaft effektiv weiter-nutzt, oder ob er (aus wirtschaftlich gerechtfertigten Gründen) darauf verzichtet.⁸⁷

– *Investitionsorientiert*: Die Höhe der Entschädigung ist aber auch am Umfang der Tätigkeit des Agenten bezüglich der Kundengewinnung auszurichten.⁸⁸ Es ist also der Wert der bei Vertragsbeendigung noch nicht amortisierten Investitionen teilweise zu ersetzen. Dazu ist auf die Kundengewinnungskosten, also in der Regel den Marketingaufwand des *Agent* abzustellen. Zur Korrektur sind jedoch auch Faktoren einzuberechnen, welche die Auswirkungen der Tätigkeit abschwächen: Darunter fallen insb. konjunkturelle Entwicklungen oder die Sogwirkung der Marke.⁸⁹

Die Höhe soll schliesslich in einem angemessenen Verhältnis zur Dauer des Vertrages und zum Lohn des Agenten stehen.⁹⁰ Als Richtwert zur Angemessenheit kann der Nettojahresgewinn des *Agent* dienen.⁹¹ Dabei sind für den Analogieschluss die Unterschiede des Agenten zu den selbständigen Franchisenehmern und Abnehmern zu berücksichtigen: Der Ertrag deckt dort nämlich auch andere Risiken.⁹² Als Höchstwert wird gesetzlich ein Jahreslohn festgelegt.⁹³

3.4.2 Zwingende Natur der Kundschaftsentschädigung

In BGE 134 III 497 äussert sich das Bundesgericht nicht zur Frage, ob im Falle der analogen Über-

⁸³ BGE 134 III 497, 509 Erw. 4.4.2.

⁸⁴ Werden die Investitionen anderweitig vertraglich abgegolten, so ist eine Kundschaftsentschädigung unbillig, vgl. vorne III.3.3.2.

⁸⁵ Vgl. BGE 84 II 529, 532 ff. Erw. 2 und 8. Für die Berechnungskriterien verweist auch BGE 134 III 497, 500 Erw. 4.1 auf diesen Entscheid.

⁸⁶ Vgl. BGE 84 II 529, 533 Erw. 2.

⁸⁷ BGE 103 II 277, 281 Erw. 2.

⁸⁸ Vgl. BGE 84 II 529, 533 Erw. 2. Darin zeigt sich der Teilaspekt des Investitionsschutzes.

⁸⁹ BGE 84 II 529, 533 Erw. 2. In diesem Sinne auch *Amstutz/Schluep* (Fn. 15), N 177, wobei allerdings auch auf die Möglichkeit des gänzlichen Unterbruchs des Kausalzusammenhangs hingewiesen wird.

⁹⁰ Vgl. BGE 84 II 529, 533 f. Erw. 2.

⁹¹ Zur Berechnung des Nettojahresverdienstes vgl. etwa *Wettenschwiler* (Fn. 55), N 11.

⁹² Vgl. *Benedick/Bottini* (Fn. 21), S. 6; *Meyer* (Fn. 16), S. 300 ff. So besteht der Unterschied zu den im eigenen Namen handelnden Abnehmern und Franchisenehmern insb. darin, dass sie selbst diverse Aufgaben des Vertriebes übernehmen, während im Agenturvertrag der Auftraggeber selbst diese Funktion wahrnimmt. Die Provision des Agenten dürfte daher in der Regel geringer sein als die Marge des Abnehmers resp. Franchisenehmers. Vgl. *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 365.

⁹³ Art. 418u Abs. 2 OR. Dies ist dann problematisch, wenn der Agent unverschuldeterweise keinen Jahresgewinn erzielen konnte. Vgl. aber BGE 84 II 164, 166 Erw. 5.

tragung Art. 418u OR ebenfalls als zwingende Norm zu verstehen sei. Die Frage ist gesondert von derjenigen der analogen Anwendung der Regelung selbst zu untersuchen: Die beiden zu regelnden Aspekte der Kundschaftsentschädigung – Investitionsschutz und Ausgleichszahlung – können parteiautonom ausgehandelt werden; eine dispositiven Auffangnorm genügt.⁹⁴ Zwingende Regeln finden sich im Vertragsrecht nur dort, wo eine Abhängigkeit zwischen den Parteien besteht, welche die schwächere Partei daran hindert, selbst für einen Interessenausgleich zu sorgen.⁹⁵ Abzustellen ist also auf die Schutzbedürftigkeit des *Agent*. Die zwingende Natur des Art. 418u OR gründet denn auch in der Fokussierung auf den besonders schutzwürdigen, «ohne nennenswerte Unternehmensorganisation persönlich für den Geschäftsherr Dienst» leistenden Agenten.⁹⁶ Diese Regelung bietet in der Regel für Agenturverträge insb. mit grösseren, organisierten Agenturen ein Übermass an Schutz.⁹⁷

Bei der Regelung von Nominatverträgen muss auf die typische Schutzbedürftigkeit einer Partei abgestellt werden: Im Einzelfall überschüssende Schutznormen müssen daher in Kauf genommen werden.⁹⁸ Bei der analogen Anwendung auf einen Innominatvertrag kann dagegen auf die konkrete Vertragsgestaltung abgestellt werden. Es ist daher jeweils zu prüfen, ob eine entsprechende Schutzbedürftigkeit des *Agent* besteht. Art. 418u OR ist dann als zwin-

gende Norm analog anzuwenden, wenn die Situation des *Agent* (des Abnehmers oder des Franchisenehmers) derjenigen eines schutzwürdigen Agenten gleicht. Der Umfang der Schutzwürdigkeit misst sich einerseits am Grad der wirtschaftlichen Abhängigkeit vom *Principal*: Dabei sind Kriterien wie der Umfang der gegenseitigen Investitionen, die Verteilung der Information, die Spezialisierung des *Agent* (z.B. der Umfang exklusiver Bezugspflichten) sowie der Umfang der Kontroll- und Weisungsbefugnisse des *Principal* zu würdigen. Andererseits ist die Organisation des *Agent* zu berücksichtigen: Abhängig von der Grösse der Organisation steigt die Bereitschaft zur Tragung von Geschäftsrisiken. Auch steigt die Fähigkeit zur eigenständigen Informationsbeschaffung. Damit schwindet die Notwendigkeit zwingender Vorschriften.⁹⁹

Sowohl in Alleinvertriebs- als auch in Franchisingmodellen finden sich auch auf *Agent*-Seite Unternehmen in Form von juristischen Personen. Abnehmer, die keine exklusiven Bezugspflichten treffen, sind weniger vom einzelnen Lieferanten abhängig. Im Franchising ist jedenfalls nicht allein auf die Ausgestaltung des Vertrages als Subordinationsfranchising abzustellen: Auch wenn der Franchisenehmer hinter der Marke des Franchisegebers zurücktritt, so kann er aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeiten trotzdem eine starke Verhandlungsposition innehaben. In Ausnahmefällen sehr starker Abhängigkeiten dürfte sich die zwingende Natur rechtfertigen. Andernfalls ist die Regel zur Vertragsergänzung als dispositive Norm beizuziehen.¹⁰⁰

IV. Fazit

Das Bundesgericht spricht dem Abnehmer nach BGE 134 III 497 eine Kundschaftsentschädigung analog dem Agenturrecht zu, wenn eine mit dem Agenten vergleichbare wirtschaftlich-tatsächliche Situation besteht. Dies setzt gemäss Bundesgericht voraus, dass der Abnehmer in die Absatzorganisation

⁹⁴ Vgl. dazu vorne III.2.4.

⁹⁵ Oder «wo einseitige Vertragsgestaltungen wegen fehlender Kontrollleistung des Wettbewerbs die Regel sind», so *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 376 (Hervorhebung im Original weggelassen). Vgl. auch *Eva Maria Belser*, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Fribourg 2000, S. 379.

⁹⁶ *Schulthess* (Fn. 24), S. 167.

⁹⁷ *Schulthess* (Fn. 24), S. 167. Die Regelung ist teilweise zwingend, der Agent kann also nach Vertragsbeendigung auf die Entschädigung verzichten. Kriterien für die Bemessung der Entschädigung können jedoch vertraglich festgelegt werden (vgl. *Wettenschwiler* [Fn. 55], N 16), was im Rahmen der Billigkeitsprüfung von Bedeutung ist. Für die Nebenagentur vgl. Art. 418a Abs. 2 OR, wonach Art. 418u OR nicht zwingend ist.

⁹⁸ Vgl. *Belser* (Fn. 95), S. 379 f. Wichtig ist dies im Rahmen des Art. 418u OR eigentlich nur dann, wenn die Parteien vertraglich eine Entschädigung explizit ausgeschlossen haben: Haben sie keine Lösung vereinbart, würde auch eine dispositive Norm zur Ergänzung helfen; haben sie eine alternative Lösung gewählt, so ist eine zusätzliche Entschädigung aufgrund Unbilligkeit auch bei zwingender Anwendung ausgeschlossen.

⁹⁹ *Schulthess* (Fn. 24), S. 167 f.

¹⁰⁰ So auch *Schulthess* (Fn. 24), S. 168. Es wird zuweilen darauf verwiesen, dass eine zwingende Anwendung keine negativen Auswirkungen hätte, da mit der Billigkeitsvoraussetzung im Tatbestand ein Korrekturmechanismus besteht, vgl. *Baudenbacher* (Fn. 10), S. 382; *Cherpillod* (Fn. 25), S. 212; *Stein-Wigger*, Beendigung (Fn. 25), S. 333.

des Lieferanten integriert ist und in die Kundschaftserweiterung investiert, die Kundschaft aber bei Vertragsende zugunsten des Lieferanten verliert.

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen. Es erscheint angemessen, die Regelung auch auf andere Vertriebsverträge zu übertragen, wenn eine wirtschaftlich gleichartige Interessenlage besteht. Zu berücksichtigen ist dabei die spezielle Natur des Art. 418u OR, welcher sowohl Elemente des Investitionsschutzes als auch Aspekte der Vorteilsausgleichung beinhaltet. Es ist somit im Einzelfall stets zu prüfen, ob diese Bedingungen erfüllt sind: Fehlt es etwa an Kundenbindungsaufwand seitens des *Agent*, so ist kein Investitionsschutz erforderlich; besteht keine wiederholte Nachfrage nach dem verkauften Produkt oder der Dienstleistung, so ergibt sich aus der Kundenbeziehung kein wiederkehrender Nutzen; steht der *Agent* mit seiner Dienstleistung gegenüber

der Marke des *Principal* im Vordergrund, bleibt ihm die Kundschaft nach Vertragsende – vorbehaltlich eines Konkurrenzverbots – erhalten. In solchen Fällen rechtfertigt sich eine analoge Anwendung der Norm nicht. Auch bei analoger Anwendung kann – im Rahmen des Tatbestands – eine alternative Ausgleichslösung aus Billigkeitsgründen eine Reduktion oder den gänzlichen Ausschluss der Entschädigungszahlung bewirken.

Die doppelte Natur der Regelung ist sodann auch bei der Bemessung der Höhe zu berücksichtigen: Die Ausgleichszahlung hat also sowohl den Investitionsumfang des *Agent* als auch den Ertragswert des *Principal* zu berücksichtigen. Die Norm ist schliesslich nur dann zwingend anzuwenden, wenn eine erhöhte Schutzbedürftigkeit des *Agent* vorliegt. Andernfalls genügt die dispositive Anwendung der paradigmatischen Lösung.