

Tanner verkauft alles

Tanner schloss im Mai 2014 mit der Herbert Meier AG folgenden Vertrag ab:

Exklusivvertrag

Die Parteien Herbert Meier AG (nachfolgend: Meier) und Albert Tanner (nachfolgend: Tanner) schliessen folgenden Exklusivvertrag:

1. Tanner übernimmt in seinen vier Baumarktgeschäften den Verkauf der Meier-Gartengeräte (Rasenmäher, Kleintraktoren, Hacken, Schaufeln, Rechen, Bewässerungsanlagen, Insektizidsprüher, Düngerverteiler etc.) auf mindestens 20m² pro Geschäft. Tanner kauft und verkauft die Meier-Gartengeräte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.
2. Meier gewährt Tanner den Exklusivvertrieb der Meier-Gartengeräte für die Kantone ZH, SG, TG, AI, AR, TI, GR. Tanner verpflichtet sich, keine aktiven Verkäufe ausserhalb dieser Kantone abzuschliessen. Meier verpflichtet sich, in den genannten Kantonen keine Meier-Gartengeräte aktiv zu verkaufen oder durch Dritte aktiv verkaufen zu lassen.
3. Tanner verpflichtet sich, in diesen Kantonen eine konsequente Absatzförderung zu betreiben. Er benutzt dafür die kostenlos zur Verfügung gestellten Werbebroschüren, Verkaufsgestelle und Marken von Meier. Meier organisiert einen kostenlosen und obligatorischen Kurs für Tanners Angestellte.
4. Tanner kauft alle Geräte von Meier zu einem Preis, der 30% unter dem von Meier empfohlenen Listenpreis liegt. Dieser Preis ist innert fünf Tagen nach Ankunft der Ware in den Geschäften Tanners zu begleichen. Tanner verkauft die Geräte zum Listenpreis.
5. Dieser Vertrag dauert fünf Jahre. Tanner verpflichtet sich bei Vertragsablauf, die Kunden- und Absatzlisten unaufgefordert Meier auszuhändigen.

Zürich, 15. Mai 2014

Für die Herbert Meier AG: *Herbert Meier*

Albert Tanner: *Albert Tanner*

Tanner und Meier kommen heute gemeinsam zu Ihnen in die juristische Beratung und stellen Ihnen die folgenden Fragen. Vorliegend interessieren nur vertragliche Lösungen.

1. Meier: *Tanner verkauft seit drei Monaten auch Konkurrenzprodukte eines chinesischen Rasengeräteherstellers, die alle bedeutend billiger sind. Viele Kunden, die Tanners ganzes Sortiment sehen, entscheiden sich für die chinesischen Produkte. Ich verliere in den von Tanner kontrollierten Kantonen Marktanteile. Was kann ich tun?*
2. Tanner: *Der Exklusivvertreiber Schmid, der mit einem Exklusivvertrag für die Kantone OW, NW, UR, ZG, SZ, SO, AG, BL, BS zuständig ist, verkauft Geräte an die beiden Gartenbaubetriebe und andere Liegenschaftsverwaltungen in St. Gallen. Er schnappt mir so meine Grosskunden weg. Kann ich die Bezahlung der letzten Lieferung Meiers deswegen verweigern? Was kann ich sonst tun?*
3. Tanner: *Ich habe soeben ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich bekommen, das den Vertrieb eines Teils der Gartengeräte von Meier vollumfänglich verbietet, weil sie ein Patent verletzen. Das Urteil ist rechtskräftig. Es geht um die Rasenmäher, mit denen ich durchschnittlich jeden Monat Fr. 30'000 Umsatz gemacht habe, also monatlich Fr. 10'000 verdient habe. Das macht ca. 53% des Umsatzes/Verdienstes mit Meier-Geräten aus. Ich habe noch zehn Rasenmäher auf Lager, die ich nicht verkaufen kann. Ich möchte mich von diesem Vertrag lösen und verlange Ersatz für den entgangenen Umsatz. Was kann ich tun?*
4. Tanner (am 15. Mai 2019): *Ich habe in fünf Jahren eine riesige Kundschaft für Meier-Geräte aufgebaut. Jetzt ist die Vertragsdauer abgelaufen. Ich will, dass Meier dafür bezahlen muss. Was kann ich tun?*

Lösungsvorschlag

Der vorliegende Vertrag ist ein Innominatkontrakt, der als *Alleinvertriebsvertrag* bezeichnet wird.¹ Die einzelnen Leistungen werden durch Kaufverträge i.S.v. Art. 184 OR abgewickelt.² 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 f. OR).³ Auch die Kommission liegt nicht vor: Dort handelt der Kommissär für Rechnung des Kommitenten (Art. 425 Abs. 1 OR), während Tanner auf eigene Rechnung tätig ist. Der Trödelvertrag enthält zwar auch Abschlüsse in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, doch geht es dabei um ein Zielschuld-, nicht ein Dauerschuldverhältnis.⁴

Bezüglich der Exklusivität lässt sich eine Nähe zur *Garantie* des Exklusivgebiets (Gebietsschutz) i.S.v. Art. 111 OR feststellen.⁵ Der Vertrag schliesst nur aktive Verkäufe ausserhalb des Vertriebsgebiets aus und dürfte deshalb kartellrechtlich zulässig sein, weil passive, also von Kunden ausserhalb des Exklusivgebietes selber angeregte Käufe, zulässig bleiben.⁶ 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. Der vorliegende Vertrag enthält auch Elemente des Produkt- und Betriebsfranchisings, denn Tanner darf die Marke Meiers benützen (Lizenzvertrag⁷, 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 sui generis*.⁸

Frage 1

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 Auftrag-

¹ Huguenin, N 3835: „Beim Alleinvertriebsvertrag verpflichtet sich die Lieferantin, dem Händler (Alleinvertreter) ein örtlich, sachlich und eventuell zeitlich begrenztes, ausschliessliches Bezugsrecht für die an ihn gelieferten Waren einzuräumen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Händler, die entsprechende Ware (allenfalls ausschliesslich) bei der Lieferantin zu beziehen und den Verkauf im Vertragsgebiet zu fördern.“

² Huguenin, N 3865.

³ Vgl. die Tabelle in Huguenin, N 3345.

⁴ Vgl. Huguenin, N 3345 und N 4009 zum Trödlervertrag: „Vertragsinhalt bildet die Übergabe eines Gegenstands zum Zweck der Weiterveräußerung an einen Dritten mit der Vereinbarung, dass die Trödlerin die Veräußerung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung vornimmt und sich verpflichtet, dem Vertrödler entweder den zwischen ihnen vereinbarten Schätzungspreis zu zahlen oder den Gegenstand zurückzugeben.“

⁵ BSK OR I-Amstutz/Morin, vor Art. 184 ff. N 115: «Ein zugunsten des Abnehmers verabredeter Gebietsschutz zu Lasten Dritter zwingt i.d.R. zum Einbezug des Art. 111 (Garantievertrag; Schluop, SPR VII/2, 844; Guyet, 264; BGE 82 II 238, 247).»

⁶ Zu den kartellrechtlichen Problemen des Gebietsschutzes vgl. Huguenin, N 3854; vgl. BGE 143 II 297 E. 6.3.5: «Absoluter Gebietsschutz liegt dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind. Sind passive Verkäufe zulässig, aktive (...) dagegen nicht, so handelt es sich lediglich um relativen Gebietsschutz. Solche Verkäufe in zugewiesene Gebiete sind dann nicht i.S.v. Art. 5 Abs. 4 zweiter Halbsatz KG ausgeschlossen (...). Unter passivem Verkauf ist u.a. die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden aus einem fremden Vertragsgebiet zu verstehen (...).»

⁷ Zum Lizenzvertrag siehe Huguenin, N 3787: „Bei einem Lizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber dazu, der Lizenznehmerin das Nutzungsrecht an einem Immaterialgut und/oder an einem Immaterialgüterrecht zu gewähren, wofür er in der Regel ein Entgelt (Lizenzgebühr) erhält.“ Der Lizenzvertrag bildet auch Teil des Franchising, vgl. Huguenin, N 3879. Zur Abgrenzung des Franchising vom Alleinvertrieb vgl. Huguenin, N 3883: „Der Franchisevertrag, insbesondere das Produktefranchising, hat mit dem Alleinvertriebsvertrag viele Ähnlichkeiten: Sowohl die Franchisenehmerin als auch der Händler handeln in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Die Franchisenehmerin ist aber stärker als der Händler in das Absatzkonzept des Franchisegebers eingebunden. Dies äussert sich darin, dass den Franchisegeber sowohl weiter gehende Leistungspflichten als auch umfassendere Weisungs- und Kontrollrechte zukommen als der Lieferantin beim Alleinvertriebsvertrag. Ausserdem zahlt die Franchisenehmerin im Gegensatz zum Händler eine Franchisegebühr (s. N 3850).“

⁸ BGE, 4A_241/2017, 31.8.2018, E. 3: «Il n'est pas contesté que le deuxième contrat conclu le 7 août 2007 et soumis au droit suisse est un contrat de distribution exclusive (Alleinvertriebsvertrag). Par ce contrat sui generis, une personne promet à une autre de lui livrer des biens déterminés à un certain prix et de lui en assurer l'exclusivité dans un rayon donné, contre l'engagement d'en payer le prix et d'en promouvoir la vente dans ce rayon (...).»

geber tätig sein darf, aber noch nicht unbedingt, dass er auch als *Agent für Konkurrenzprodukte* tätig sein kann, weil das mit der Treuepflicht kollidiert.⁹

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 benützen. Tanner hat sich hingegen dazu verpflichtet, eine konsequente Absatzförderung für die Produkte Meiers vorzunehmen. Die Frage, ob der Händler im Rahmen des Alleinvertriebsvertrags den Vertrieb von Konkurrenzprodukten zu unterlassen hat, ist in der Lehre umstritten. Wichtigstes Kriterium ist die Integration des Händlers in die Absatzorganisation des Herstellers.¹⁰ 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. 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.¹¹ Die Anwendung von Auftragsrecht scheint zwar denkbar (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR), führt aber wegen der dort enthaltenen Treuepflicht („*Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.*“) fast schon zwingend zu einer Bejahung eines Konkurrenzverbots und ist deshalb abzulehnen. Die Voraussetzungen des Schadens (entgangene Verkäufe), der Verletzung der Verkaufsförderungspflicht, des adäquaten und natürlichen Kausalzusammenhangs sowie des Verschuldens müssten dann vorliegen.

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 Lehre wird die Gewährung des Exklusivrechts als Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR verstanden.¹² Der Promittent schuldet das positive Interesse.¹³ Vorliegend wäre Tanner so zu stellen, wie wenn Schmid sein Territorium

⁹ BSK OR I-Wettenschwiler, Art. 418c N 4: «Der Agent darf, falls nicht schriftlich mit einem Auftraggeber anders vereinbart, für mehrere Auftraggeber tätig sein (sog. «Mehrfirmenagentur»). Einschränkend gilt hier allerdings nach h.L., dass die Übernahme einer konkurrierenden Agentur oder die Ausübung eigener Konkurrenzfähigkeit mit der Treuepflicht unvereinbar ist und der Zustimmung der betroffenen Auftraggeber bedarf. Wieweit sich ein Agent konkurrierender Tätigkeit zu enthalten hat, beurteilt sich nach dem konkreten Agenturverhältnis und muss nicht schriftlich festgehalten sein (...).»

¹⁰ Huguenin, N 3861: „Ob eine Treuepflicht bzw. ein Konkurrenzverbot des Händlers besteht, wenn etwas Entsprechendes nicht vereinbart wurde, ist in der Lehre umstritten. Während der Vertragsdauer wird dies von einem Teil der Lehre bejaht, von einem anderen verneint. Nach unserer Auffassung ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen: Je stärker die Integration des Händlers in das Vertriebsnetz der Lieferantin, desto eher ist eine Treuepflicht und damit ein Konkurrenzverbot anzunehmen. Bei wirtschaftlich selbständigen Händlern dürfte ein Konkurrenzverbot eher zu verneinen sein. Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot ist unter den Voraussetzungen von Art. 418d Abs. 2 (Karezenschädigung) und 340 ff. OR möglich. Überdies trifft den Händler unter Umständen eine Pflicht zur Geheimhaltung. Angesichts der unklaren Rechtslage empfiehlt sich in jedem Fall eine vertragliche Regelung.“

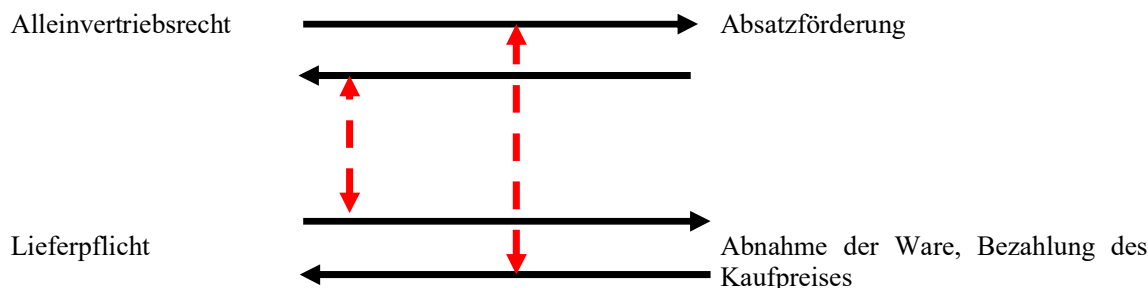
¹¹ Vgl. Huguenin, N 3863: „Die Vernachlässigung der Absatzförderungspflicht (s. N 3858) stellt – sofern eine Ausschliesslichkeits- oder Mindestabnahmepflicht des Händlers fehlt – eine positive Vertragsverletzung dar, welche die Folgen von Art. 97 ff. und – bei Verzug – 102 ff. OR auslöst. Auch die Verletzung der Lieferpflicht durch die Lieferantin führt zur Anwendung von Art. 97 ff. und 102 ff. OR.“

¹² BSK OR I-Amstutz/Morin, vor Art. 184 ff. N 115.

¹³ Huguenin, N 1179.

nicht ausgeweitet hätte und Tanner die Verkäufe hätte tätigen können. Denkbar wären auch die Ansätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation.

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. Beim Alleinvertriebsvertrag ergibt sich ein so genanntes Doppelsynallagma:



Fraglich ist jetzt, ob man eine Verletzung des einen Synallagma durch eine Einrede im zweiten Synallagma vorbringen kann (rote, gestrichelte Pfeile). Vorliegend ist das Alleinvertriebsrecht betroffen. Die dazu synallagmatische Leistung ist die Verkaufsförderung, nicht die Bezahlung des Kaufpreises. Eine Einrede „übers Kreuz“ ist umstritten.¹⁴ Die Rechtsprechung lehnt sie ab.¹⁵

Frage 3

Kaufrecht regelt die Abwicklung des Erwerbs der vom Alleinvertriebsvertrag erfassten Ware.¹⁶ Tanner kann die Rasenmäher wegen einer Patentverletzung nicht mehr verkaufen. 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. Die Rasenmäher bleiben Tanner erhalten, doch darf er sie aufgrund der Patentverletzung nicht mehr verkaufen. Gemäss Bundesgericht handelt es sich um keine Eviktion,

¹⁴ Huguenin, N 3866: „Der Alleinvertriebsvertrag enthält zwei Synallagmas: Erstens die Lieferpflicht und die Abnahme- und Zahlungspflicht, und zweitens die Pflicht, ein ausschliessliches Bezugsrecht einzuräumen sowie den Verkauf zu fördern (s. N 3838 f.). Innerhalb eines Synallagmas ist die Anwendung von Art. 82 OR (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) unproblematisch. So darf der Händler beispielsweise die Förderung des Verkaufs solange einstellen, als die Lieferantin ihm kein ausschliessliches Bezugsrecht gewährt. Hingegen ist fraglich, ob das Leistungsverweigerungsrecht auch «über das Kreuz» möglich ist. Eine Ausübung «über das Kreuz» wäre beispielsweise zu bejahen, wenn sich die Lieferantin weigern würde, weiterhin Vertragsware zu liefern, weil der Händler die Verkaufsförderungspflicht verletzt. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre verneinen ein Leistungsverweigerungsrecht «über das Kreuz». Bei stärkerer Integration des Händlers in das Vertriebsnetz der Lieferantin verschmilzt gemäss Schlupe das Doppelsynallagma zu einem einzigen, was im Resultat auf eine kreuzmässige Anwendbarkeit von Art. 82 OR hinausläuft.“; vgl. BSK OR I-Amstutz/Morin, vor Art. 184 ff. N 122: «Doppelsynallagma. Der Alleinvertriebsvertrag enthält zwei Leistungspaare: Alleinverkaufsrecht und Verkaufsförderungspflicht einerseits, Verkauf der Ware und deren Abnahme/Bezahlung andererseits stehen sie synallagmatisch gegenüber (...). Damit stellt sich die Frage, in welcher Weise Art. 82 unter diesen Voraussetzungen angerufen werden darf. Die Praxis des BGer lässt das Leistungsverweigerungsrecht «über das Kreuz» nicht zu (...). Sie neigt aber dazu, bei stärkerer Integration des Abnehmers in die Verkaufsorganisation des Lieferanten eine «Verschmelzung des Doppelsynallagmas zu einem einzigen (mit je gemischten Leistungsgliedern)» (...) anzunehmen, was de facto auf eine «kreuzmässige» Anwendbarkeit von Art. 82 hinausläuft (...). Folgt man den in diesem Kommentar entwickelten Grundsätzen zu den zusammengesetzten (oder «vernetzten») Verträgen (...), kann es nicht darauf ankommen, ob man es mit einem einzigen Synallagma («Verschmelzungstheorie») oder einem Doppelsynallagma zu tun hat. Allein entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 82 «über das Kreuz» muss sein, ob die Zweckstruktur des «rechtsgeschäftlichen Verbundes» des Alleinvertriebsvertrags auf einen gemeinsamen Finalnexus ausgerichtet ist (...). Das wird man i.d.R. bejahen müssen.»

¹⁵ Pra 78 (1989) Nr. 252, E. 3: „Im Alleinvertriebsvertrag stehen sich der kaufrechtliche Leistungsaustausch sowie die Überlassung des Verkaufs im Vertragsgebiet und die Pflicht des Vertriebsberechtigten, den Absatz der Ware in diesem Gebiet zu fördern, je synallagmatisch gegenüber, wobei OR 82 in beiden Verhältnissen, nicht aber über das Kreuz anwendbar ist (BGE 107 II 223 = E. I, 2, 78 II 34 = E. 1 a; KUHN, in Festschrift Keller, S. 187 ff. insbes. S. 193/94; WEBER, N.64, 85 ff. und 100 zu OR 82, allerdings mit Bedenken gegen die Aufteilung in zwei Leistungspaare).“

¹⁶ Huguenin, N 3865: „Hinsichtlich der einzelnen Lieferungen kommen sodann auch die kaufvertragsrechtlichen Gewährleistungsregeln zur Anwendung (Art. 192 ff. und 197 ff. OR). Ist die Vertragsware bei Vertragsabschluss noch nicht hergestellt, so handelt es sich nach herrschender Lehre um einen Werklieferungsvertrag (Art. 365 OR), was die Anwendung der werkvertragsrechtlichen Gewährleistungsregeln (Art. 365 i.V.m. 192 ff. OR; Art. 365 und 367 ff. OR) nach sich zieht. Meyer ist dagegen der Auffassung, dass kein Werkvertrag oder Werklieferungsvertrag vorliegen kann: Der Erwerb einer erst noch herzustellenden Sache, die serienmässig fabriziert wird, sei als Kauf zu betrachten (s. N 2398). Gegenstand eines Alleinvertriebsvertrages seien immer genus-Waren. Insoweit dies zutrifft, ist Meyer Recht zu geben.“

sondern um einen rechtlichen Sachmangel, der den Wert oder die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR aufhebt oder erheblich mindert.¹⁷ Dies ist nicht unbedingt sinnvoll, denn bei der Sachgewährleistung bestehen eine kürzere Verjährungsfrist (Art. 210 OR im Gegensatz zu Art. 127 OR)¹⁸ sowie die Prüfungs- und Rügeobliegenheit (Art. 201 OR), die die Rechtsgewährleistung nicht kennt. Es ist gut möglich, dass diese Einschränkungen eine vernünftige Sachgewährleistung aushebeln, denn bei einer gewöhnlichen Prüfung erkennt man kaum eine Patentverletzung – diese zeigt sich möglicherweise erst nach Ablauf der zwei Jahre. Giger plädiert deshalb für eine Anwendung der Rechtsgewährleistungsregeln. Seiner Meinung nach läuft die Unmöglichkeit des Weiterverkaufs auf eine teilweise Entwehung hinaus.¹⁹

Ein Sachmangel kann auch rechtlicher Art sein. Er schmälert den Wert der Kaufsache und reduziert deren Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch (Art. 197 Abs. 1 OR). 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). Ein Schaden könnte vorliegend im entgangenen Gewinn liegen. Dieser ist auch ohne Verschuldenserfordernis geschuldet, wenn er sich unmittelbar durch die Lieferung der mangelhaften Ware ausgewirkt hat (vgl. dazu den Mülleramazonen-Papageienfall).²⁰ Dies ist dann der Fall, wenn der normale Gebrauch der Sache gerade im Weiterverkauf mit Gewinn liegt und dieser aufgrund des patentrechtlichen Weiterverkaufsverbots nicht mehr möglich ist. In diesem Fall, der sich mit der vorliegenden Konstellation deckt, liegt tatsächlich kein weiteres Glied in der Kausalkette.²¹

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 die den Dauerschuldverhältnissen innewohnende *Kündigung aus wichtigem Grund* erfolgen. Es stellt sich die Frage, ob der Wegfall der Rasenmäherverkäufe *das Festhalten am Vertrag unzumutbar macht*.²² Der Vertrag

¹⁷ BGE 82 II 238 ff., 248: «L'intimée soutient que, si le brevet Martin est valable et que le stylographe Erskine constitue une contrefaçon de cette invention, elle souffre une éviction dont Weill doit la garantir en vertu des art. 192 et suiv. CO. Les juridictions cantonales ont admis cette thèse. Effectivement, si les stylographes à bille que l'intimée a achetés constituaient une contrefaçon d'un produit breveté valablement, elle ne pourrait plus en disposer librement: elle serait passible de poursuites pénales et civiles si elle vendait ces marchandises ou les mettait en circulation. En revanche, tout autre acte de disposition lui serait permis et elle ne risquerait pas que les stylographes lui fussent soustraits par le titulaire du brevet Martin. Ainsi, la résiliation de la vente et la restitution de la marchandise au vendeur resteraient possibles. La présente cause se distingue par là de l'espèce traitée dans l'arrêt Eberhard (RO 57 II 403), où le Tribunal fédéral avait admis l'application des art. 192 et suiv. CO en cas de nullité du brevet vendu. En l'occurrence, le seul vice qui affecterait les marchandises serait qu'elles ne pourraient être revendues ou mises en circulation. Un tel défaut s'apparente à une interdiction légale de vente et doit être considéré, non comme un cas d'éviction, mais comme un vice juridique qui enlève à la chose soit sa valeur soit son utilité prévue, ou qui les diminue dans une notable mesure (art. 197 al. 1 CO; cf. BECKER, CO, rem. préc. l'art. 197, rem. 2). Dès lors, l'intimée ne saurait se prévaloir des art. 193 et 194 CO et ne peut fonder le moyen tiré du brevet Martin que sur les art. 197 et suiv. CO. Pour obtenir la résiliation partielle de la vente, elle doit donc établir l'existence du défaut qu'elle allègue, c'est-à-dire prouver que le brevet Martin est valable et que le stylographe à bille Erskine constitue une contrefaçon de l'invention protégée par ce brevet.»; zustimmend ZK-Schönle/Higi, OR 192 OR N 17 und OR 197 N 79; BSK OR I-Honsell, Art. 192 N 2.

¹⁸ Vgl. BK-Giger, OR 192 N 18 und 83; BSK OR I-Honsell, Art. 192 N 11: «Die Rechtsgewährleistung enthält im Gegensatz zum Sachmangelrecht keine generellen Vorschriften über die Verjährung. Art. 210 gilt nur für Sachmängel. Für Rechtsmängel ist demnach die ordentliche zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 massgeblich.»

¹⁹ BK-Giger, OR 192 N 23 und Cour de Justice Civile de Genève, SJ 1953, 325 ff., 329: «La Cour constate d'abord que c'est à juste titre que le problème a été examiné dans le cadre de la garantie en cas d'éviction et non dans celui de la garantie en raison des défauts de la chose. Il n'est pas nécessaire que l'éviction résulte de l'exercice d'un droit réel; il peut ne s'agir que d'un droit subjectif portant atteinte au droit de libre disposition de l'acheteur. Oser-Schönenberger admettent qu'il y a éviction quand il s'agit de circonstances juridiques affectant la chose, défauts quand il s'agit des qualités juridiques ou matérielles de la chose elle-même (...). En l'espèce, on a affaire à des droits de propriété industrielle, totalement indépendante des stylos en cause, mais dont l'existence aurait pour effet d'empêcher la vente en Suisse desdits stylos; il ne s'agit pas à proprement parler d'un défaut de la chose elle-même.»

²⁰ Vgl. BGE 133 III 257 ff., 271.

²¹ Vgl. BGE 133 III 257 ff., 268 f.: «Die Mehrheit der Doktrin zum alten Obligationenrecht stellte bezüglich der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden auf die Intensität des Kausalzusammenhangs ab und nahm an, entgangener Gewinn gehöre zum mittelbaren Schaden (...). Das Bundesgericht hat den entgangenen Gewinn zunächst ebenfalls als mittelbaren Schaden qualifiziert (...). In späteren Entscheidungen nahm es jedoch unter Einbezug von Art. 116 aOR an, entgangener Gewinn könne unmittelbarer Schaden sein, wenn voraussehbar sei, dass das Interesse des Käufers sich auf einen durch Weiterverkauf der Ware erstrebten Gewinn erstrecke (...).»

²² Zur Abgrenzung der Kündigung aus wichtigem Grund vgl. Huguenin, N 800: «Es [das Bundesgericht] grenzt die Kündigung aus wichtigem Grund von der *clausula rebus sic stantibus* darum ab, weil bei ersterer keine allgemeine Äquivalenzstörung vorliegen muss, sondern lediglich darauf abzustellen ist, ob das Festhalten am Vertrag für eine Partei (wirtschaftlich oder persönlich) unzumutbar ist“ und BGE 128 III 428 ff., 431 f.: «Nach heutigem Verständnis steht dagegen bei der vorzeitigen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund der Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB im Vordergrund. Die betreffende Partei soll sich von der Vertragsbindung befreien können, weil eine Fortführung des Vertragsverhältnisses eine unzumutbare Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte bedeuten würde (...). Darin kann im Übrigen auch die Abgrenzung zum Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus* gesehen werden (...). Die *clausula* setzt Veränderungen der äusseren Umstände voraus, von denen alle Vertragsparteien gleichermassen betroffen sind, und die zu einer gravierenden Äquivalenzstörung geführt haben (...). Im Gegensatz dazu hat die Kündigung aus wichtigem Grund keine Äquivalenzstörung zur Voraussetzung. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob das Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter

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 entwickelt sich nicht über Nacht. 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.²³ Auf dasselbe Resultat kommt man, wenn man die Entschädigung auf Art. 418r Abs. 2 OR analog stützt, denn dort erfolgt ein Verweis auf das Arbeitsrecht (Art. 337 OR) – das wäre eigentlich nur gerechtfertigt, wenn ein ähnlich enges Verhältnis wie bei einem Arbeitsvertrag bestünde.²⁴ Die Folgen sind aber gleich, denn auch Art. 337b Abs. 1 OR sieht die volle Schadloshaltung bei Vorliegen eines Verschuldens vor. Die spezifisch arbeitsrechtlichen – und daher für den Alleinvertriebsvertrag unpassenden – Auflösungsfolgen befinden sich ohnehin eher in Art. 337c OR, der mangels ungerechtfertigter Beendigung vorliegend nicht anwendbar ist.

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 für den Alleinvertriebsvertragsrecht stimmig sein könnte. Die Interessenlage ist nicht ganz gleich, denn im Gegensatz zum Agenten handelt der Alleinvertriebshändler *in eigenem Namen und auf eigene Rechnung*. Die Kunden des Agenten werden bei Beendigung des Vertrages zu solchen der Auftraggeberin, was beim Alleinvertriebsvertrag nicht automatisch der Fall ist.²⁵ Das Bundesgericht gewährt eine Kundschaftsentschädigung deshalb nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich wenn die Interessenlage des Alleinvertreters jener des Agenten gemäss Art. 418a ff. OR ähnlich oder gleichwertig ist.²⁶ Dies ist dann der Fall, wenn er stark in die Vertriebsorganisation eingebunden ist und der Kundenstamm auf den Lieferanten übergeht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um eine *Marke handelt, die eine starke Sogwirkung auf Kunden ausübt*. Wie dies im vorliegenden Fall zu beurteilen ist, ist nicht restlos klar. Die Integration in die Vertriebsorganisation des Lieferanten dürfte jedoch nicht derart intensiv wie im Beispiel des BGE 134 III 497 ff. gewesen sein.²⁷ Ist die analoge Anwendung erst einmal gerechtfertigt, kommen noch die spezifischen Anforderungen des Art. 418u OR hinzu: Es muss sich um eine wesentliche Erweiterung des Kundenkreises handeln, die zu erheblichen Vorteilen des Lieferanten führen. Die Entschädigung ist überdies nur geschuldet, wenn es nicht unbillig ist. Überdies darf nicht der Lieferant den Grund für die Beendigung gesetzt haben (Art. 418u Abs. 3 OR).

Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten.“

²³ Ivan Cherpillod, la fin des contrats de durée, Lausanne 1988, N 300; SJZ 1972, Nr. 240, 378: *«Die Beklagte war Alleinvertreterin der Klägerin. Diese löste das Vertragsverhältnis unter Berufung auf wichtige Gründe (Vertragsverletzungen seitens der Beklagten) fristlos auf und verlangte Schadenersatz in der Höhe des Erfüllungsinteresses. Die Beklagte wandte ein, dass der Klägerin höchstens ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zustünde. Ergibt sich, dass die Klägerin befugt war, den Alleinvertretungsvertrag fristlos aufzuheben, so ist sie auch grundsätzlich berechtigt, den Ersatz des ihr deswegen allenfalls entgangenen Gewinnes zu verlangen. Die Beklagte bestreitet dies zu Unrecht, wenn sie behauptet, es stünde der Klägerin höchstens das negative Vertragsinteresse zu. Eine Vertragspartei hat grundsätzlich jeden durch ihre Vertragsverletzung angerichteten Schaden zu ersetzen (...). Dieser Schaden aber besteht in einem Fall wie dem vorliegenden im Gewinn, der der Klägerin wegen der fristlosen Auflösung des Vertrages entging. Wo die Frage des Schadenersatzes im Falle einer Vertragsauflösung aus wichtigem Grund im Gesetz geregelt ist, wird denn auch nirgends bestimmt, dass ein Anspruch auf entgangenen Gewinn oder Lohn ausgeschlossen sei. So schreibt z.B. Art. 353 OR vor, dass in den Fällen, wo ein wichtiger Grund zur Aufhebung eines Dienstverhältnisses im vertragswidrigen Verhalten des einen Teils liege, dieser vollen Schadenersatz zu leisten habe, unter Berücksichtigung der aus dem Dienstverhältnis erwachsenen Nebeneinnahmen. Der zu ersetzende Schaden besteht somit im Erfüllungsinteresse, d.h. es muss der Betroffene mit dem Ersatz in jene Vermögenslage kommen, die bestände, wenn der Vertrag ordentlicherweise beendet worden wäre.»*; BSK OR I-Wettenschwiler, Art. 418r N 7.

²⁴ BSK OR I-Amstutz/Morin, vor Art. 184 ff. N 124.

²⁵ Vgl. Huguenin, N 3869, m.w.H.

²⁶ BGE 134 III 497 ff., 505 f.: *„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. 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-cocontractant.*“

²⁷ Der Händler war im BGE-Fall in ein enges Korsett diverser Pflichten mit starker Kontrolle eingebettet, vgl. BGE 134 III 497 ff., 498.