

Gilles Benedick / Paolo Bottini

## Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag

---

Bislang war umstritten, ob der Abnehmer eines Alleinvertriebsvertrags in analoger Anwendung von Art. 418u OR einen Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung hat. Mit Entscheidung vom 22. Mai 2008 hat das Bundesgericht einen solchen Anspruch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses bejaht (BGE 134 III 497). Gestützt auf die Erwägungen des Bundesgerichts erörtert dieser Artikel die Voraussetzungen des Anspruchs des Abnehmers auf eine Kundschaftsentschädigung.

---

Rechtsgebiet(e): Alleinvertrieb; Auftrag

Zitiervorschlag: Gilles Benedick / Paolo Bottini, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, in: Jusletter 3. November 2008

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Alleinvertriebsvertrag
- III. Kundschaftsentschädigung
  1. Zweck
  2. Voraussetzungen
    - 2.1. Analogie zwischen der Interessenlage des Abnehmers und jener des Agenten
      - 2.1.1 Eingliederung in die Verkaufsorganisation und umfassende Informationspflichten
      - 2.1.2 Übergang des Kundenstamms auf den Lieferanten bei Vertragsbeendigung
    - 2.2 Beendigung des Alleinvertriebsvertrags
    - 2.3 Wesentliche Erweiterung des Kundenkreises durch Tätigkeit des Abnehmers
    - 2.4 Erhebliche Vorteile für den Lieferanten
    - 2.5 Keine Unbilligkeit
  3. Unabdingbarkeit des Anspruchs
  4. Bemessung der Entschädigung
  5. Beweislast
- IV. Fazit

## I. Sachverhalt

[Rz 1] Am 3. März 1992 schloss die Lieferantin Z. mit der Abnehmerin X. einen Alleinvertriebsvertrag über den Verkauf von Markenparfums auf dem Gebiet der ehemaligen Tschechoslowakei. Im Nachgang zur Auflösung der Tschechoslowakei und der Bildung der Tschechischen und Slowakischen Republik trafen die Parteien am 8. Januar 1993 eine Vereinbarung darüber, dass sich das Vertragsgebiet sowohl auf die Tschechische als auch auf die Slowakische Republik erstreckte. Gleichzeitig wurde die Gesellschaft Y. mit Sitz in der Slowakischen Republik gegründet, welche mit Z. ebenfalls ein Alleinvertriebsverhältnis einging.

[Rz 2] Im Laufe des Jahres 2001 verschlechterte sich die Geschäftsbeziehung der Parteien. Schliesslich kündigte die Lieferantin Z. die Alleinvertriebsverträge mit X. und Y. auf den 31. Dezember 2001.

[Rz 3] Am 6. November 2002 klagten X. und Y. die Lieferantin Z. auf Schadenersatz für entgangenen Gewinn sowie auf einen Anspruch auf Kundschaftsentschädigung ein. Erst- und zweitinstanzlich wurde die Klage von den Gerichten des Kantons Genf vollumfänglich abgewiesen. Mit Urteil vom 22. Mai 2008 wies das Bundesgericht das Schadenersatzbegehren ab, während es den Anspruch auf Kundschaftsentschädigung guthiess und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückwies.

## II. Alleinvertriebsvertrag

[Rz 4] Im hier besprochenen Fall war die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Alleinvertriebsvertrag unumstritten. Der Alleinvertriebsvertrag kann grundsätzlich als ein (Innominat-)Vertrag sui generis<sup>1</sup> umschrieben werden, durch

welchen sich ein Lieferant verpflichtet, dem Abnehmer (nachfolgend auch Alleinvertreter genannt) bestimmte Waren zu bestimmten Preisen zu liefern und ihm ein (örtlich begrenztes) ausschliessliches Bezugsrecht einzuräumen, wobei sich der Abnehmer als Gegenleistung zur Bezahlung der vereinbarten Preise und zur Förderung des Absatzes verpflichtet.<sup>2</sup>

[Rz 5] Nach seiner wirtschaftlichen Aufgabe und nach seinem Platz im Handelsgewerbe ist der Abnehmer ein Verwandter des Agenten.<sup>3</sup> Der Alleinvertriebsvertrag ist nämlich wie der Agenturvertrag ein Absatzinstrument.<sup>4</sup> Er unterscheidet sich jedoch vom Absatz über Agenten dadurch, dass der Alleinvertreter in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt.<sup>5</sup> Dadurch geht das Eigentum der Vertragsware auf den Alleinvertreter über. Dieser trägt das Vertriebsrisiko.<sup>6</sup>

## III. Kundschaftsentschädigung

### 1. Zweck

[Rz 6] Die in Art. 418u OR vorgesehene Kundschaftsentschädigung ist kein zusätzliches Entgelt für die Leistungen des Agenten, sondern ein Ausgleich für den Geschäftswert, den der Auftraggeber nach Beendigung des Vertrags weiter nutzen kann. Es geht um eine Gegenleistung für den Mehrwert, den der Auftraggeber auch nach Vertragsbeendigung aus der Tätigkeit des Agenten erhält.<sup>7</sup> Gleich verhält es sich bei der Kundschaftsentschädigung des Alleinvertreters.

### 2. Voraussetzungen

[Rz 7] Der Anspruch des Alleinvertreters auf eine Kundschaftsentschädigung besteht unter fünf Voraussetzungen.<sup>8</sup>

---

Obligationenrecht. Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2008, N 1501; vgl. jedoch etwa BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 134, wonach es sich beim Alleinvertriebsvertrag um einen gemischten Vertrag handle.

<sup>2</sup> Urteil 4C.130/2004 vom 18. Juni 2004, E. 2.2; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 21. Mai 2002, RVJ 2003, S. 82 ff., S. 284; zur Frage, ob auch der Abnehmer ohne Alleinvertriebsrecht Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung hat, vgl. CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags, recht 2008, S. 221 ff., S. 223 f.

<sup>3</sup> Vgl. BGE 78 II 32 E. 1b, S. 37.

<sup>4</sup> HUGUENIN (Fn. 1), N 1497; BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 131.

<sup>5</sup> BGE 88 II 169 E. 7 S. 170; HUGUENIN (Fn. 1), N 1508; BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 135.

<sup>6</sup> HUGUENIN (Fn. 1), N 1498; BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 132.

<sup>7</sup> Vgl. etwa BGE 134 III 497 E. 4.1; BGE 122 III 66 E. 3d, S. 72; BGE 110 II 280 E. 3b, S. 281; BGE 103 II 277 E. 2, S. 280; BGE 84 II 529 E. 2, S. 531 f.; ZK-BÜHLER, Art. 418u N 12 und 19.

<sup>8</sup> Methodisch ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Analogie zwischen der Interessenlage des Abnehmers und jener des Agenten zu bejahen ist. Liegt diese Voraussetzung vor, sind in einem zweiten Schritt die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 418u OR zu prüfen: FOUNTOLAKIS

<sup>1</sup> BGE 134 III 497 E. 2; BGE 78 II 32 E. 1, S. 33; CLAIRE HUGUENIN,

## 2.1. Analogie zwischen der Interessenlage des Abnehmers und jener des Agenten

[Rz 8] Wie dargelegt, stellt die Kundschaftsentschädigung eine Gegenleistung für den Mehrwert dar, den der Auftraggeber auch nach Vertragsbeendigung aus der Tätigkeit des Agenten erhält. Der Alleinvertreter, der sich nach Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags in einer ähnlichen Lage wie der Agent befindet, hat nach Bundesgericht ebenfalls Anspruch auf eine solche Kundschaftsentschädigung.<sup>9</sup> Eine analoge Anwendung der in Art. 418u OR normierten Kundschaftsentschädigung auf den Alleinvertriebsvertrag kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn die Interessenlage des Alleinvertreters jener eines Agenten gleich beziehungsweise gleichwertig ist.<sup>10</sup>

[Rz 9] Gemäss Bundesgericht ist die Interessenlage des Abnehmers eines Alleinvertriebsvertrags unter zwei Voraussetzungen mit jener eines Agenten vergleichbar. Zunächst ist erforderlich, dass der Abnehmer in die Verkaufsorganisation des Lieferanten eingegliedert ist und der Lieferant über umfassende Kontrollrechte verfügt. Sodann muss der Kundenstamm des Alleinvertreters bei Beendigung des Alleinvertriebsvertrags faktisch auf den Lieferanten übergehen.<sup>11</sup>

### 2.1.1 Eingliederung in die Verkaufsorganisation und umfassende Informationspflichten

[Rz 10] Erster Gesichtspunkt für die Beurteilung der Interessenlage des Abnehmers ist seine Integration in das Vertriebssystem des Lieferanten. In der Praxis kommt der Alleinvertriebsvertrag sowohl mit als auch ohne Integration des Alleinvertreters in die Absatzorganisation des Lieferanten vor. Beim Alleinvertriebsvertrag mit Integration des Alleinvertreters bestehen weitergehende Pflichten. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen der Abnehmer seinen gesamten Betrieb auf den Vertrieb der Produkte des Lieferanten ausrichten muss<sup>12</sup> sowie an Weisungs- und Kontrollrechte des Lieferanten.<sup>13</sup>

[Rz 11] Der Anspruch des Abnehmers auf Kundschaftsentschädigung ist gemäss Bundesgericht nur dann zu bejahen, wenn der Abnehmer, vom wirtschaftlichen Standpunkt aus, lediglich über eine begrenzte Autonomie verfügt und in einem Masse in das Vertriebssystem des Lieferanten integriert

ist, das seine wirtschaftliche Lage in die Nähe des Agenten bringt.<sup>14</sup>

[Rz 12] Folgende Pflichten hat das Bundesgericht im neuesten Entscheid als Gesichtspunkte dafür in Erwägung gezogen, dass der Alleinvertreter unter der Kontrolle des und – letztendlich – in Abhängigkeit vom Lieferanten steht:

- Mindestabnahmeverpflichtung;
- Pflicht, einseitige Vertragsänderungen hinsichtlich des Preises und der Lieferbedingungen hinzunehmen;
- Pflicht, zu dulden, dass der Lieferant die Produktion oder den Vertrieb der Waren unterbricht;
- Pflicht, einen jährlichen Mindestbetrag an Werbung für die Produkte des Lieferanten auszugeben;
- Pflicht, einen Mindestvorrat an Waren zu halten;
- Pflicht, dem Lieferanten Bericht zu erstatten und Verkaufslisten zu liefern, sowie über die Tätigkeit von Konkurrenten zu informieren;
- Pflicht, dem Lieferanten Einblick in die Geschäftsbücher zu gewähren;
- nachvertragliches Konkurrenzverbot;
- Pflicht, dem Lieferanten periodisch Namen und Adressen der Kunden zu liefern.<sup>15</sup>

[Rz 13] Als ein weiteres Element dafür, dass der Abnehmer in die Vertriebsorganisation des Lieferanten integriert ist, sind die Investitionen zu erwähnen, welche der Abnehmer mit Blick auf den Vertrieb von Waren des Lieferanten tätigen muss. Je grösser die Investitionen sind, zu denen der Abnehmer vertraglich verpflichtet ist, desto eher muss eine Eingliederung in die Verkaufsorganisation in das Absatzsystem des Händlers bejaht werden. Als Beispiel ist der Fall zu erwähnen, in dem der Abnehmer von Fahrzeugen vertraglich dazu verpflichtet ist, seine Ausstellungsräume gemäss einem einheitlichen qualitativen Standard einzurichten, weshalb er in die Anschaffung der geforderten Einrichtung investieren muss.

### 2.1.2 Übergang des Kundenstamms auf den Lieferanten bei Vertragsbeendigung

[Rz 14] Ältere Gerichtsurteile gingen davon aus, dass der Agent einen Kundenstock für seinen Auftraggeber aufbaue, während der Alleinvertreter die Kundschaft für sich selbst

(Fn. 2), S. 225.

<sup>9</sup> BGE 134 III 497 E. 4.3.

<sup>10</sup> BGE 134 III 497 E. 4.3; vgl. auch MORITZ KUHN, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Zürich 1989, S. 187 ff., S. 202 f.; CHRISTIAN ALEXANDER MEYER, Der Alleinvertrieb, 2. Auflage, St. Gallen 1992, S. 302.

<sup>11</sup> Vgl. bereits BGE 88 II 169, der jedoch im beurteilten Fall einen Anspruch des Abnehmers auf Kundschaftsentschädigung verneinte.

<sup>12</sup> CHK-JACOBS (Fn. 9), Vorb. Art. 184 ff. N 11.

<sup>13</sup> HUGUENIN (Fn. 1), N 1499; BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 133.

<sup>14</sup> Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 21. Mai 2002, RVJ 2003, S. 82 ff., S. 287; BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 145; HUGUENIN (Fn. 1), 1529; kritisch zu dieser Voraussetzung jedoch MEYER (Fn. 12), S. 312 f., der die Ansicht vertritt, der Alleinvertreter sei bereits durch den Alleinvertriebsvertrag an den Lieferanten gebunden, weshalb er im Ergebnis bereits fest in das System des Lieferanten eingebunden sei. Deshalb komme der Eingliederung in die Verkaufsorganisation des Lieferanten keine eigenständige Bedeutung mehr zu.

<sup>15</sup> BGE 134 III 497 E. 4.4.2.

erwerbe.<sup>16</sup> Demgegenüber hat das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahre 1962 erwogen, dass in gewissen Fällen der Kundenstamm des Alleinvertreters bei Beendigung des Alleinvertriebsvertrags faktisch auf den Lieferanten übergehen könne.<sup>17</sup> In einem solchen Fall könne ausnahmsweise die analoge Anwendung von Art. 418u OR auf den Alleinvertreter angebracht sein.

[Rz 15] «Übergang des Kundenstamms» bedeuten einerseits, dass der Alleinvertreter seine Kundschaft nach Vertragsbeendigung nicht mehr beliefern kann, sei es aus faktischen (z.B. weil er nicht mehr über die vertriebene Ware verfügt) oder aus rechtlichen Gründen (z.B. weil er mit dem Lieferanten eine Konkurrenzverbotsklausel vereinbart hat).<sup>18</sup>

[Rz 16] Andererseits geht der Kundenstamm dann auf den Lieferanten über, wenn dieser nach Vertragsbeendigung die Kunden beliefern kann, indem er etwa die Ware selbst vertreibt oder über einen neuen, von ihm ausgesuchten Vertriebspartner vertreiben lässt. Ein Übergang des Kundenstamms auf den Lieferanten ist grundsätzlich beim Vertrieb von Konsumgütern anzunehmen, insbesondere beim Vertrieb von Markenartikeln. Im Falle der Vertretung von Markenartikeln gehen Anstrengungen des Alleinvertreters nämlich dahin, neue Kunden für die Marke des Lieferanten zu erwerben. Die Kundschaft wird in der Regel der vertriebenen Marke und nicht dem diese Markenartikel vertreibenden Alleinvertreter treu bleiben.<sup>19</sup> Dadurch erwirbt der Alleinvertreter indirekt Kundschaft für den Lieferanten. Nach Beendigung des Alleinvertriebsvertrags profitiert deshalb der Lieferant des Markenartikels – und nicht der Alleinvertreter – von den Verkaufsbemühungen des Alleinvertreters. In diesem Sinn profitiert der Lieferant ähnlich dem Auftraggeber des Agenten von der Tätigkeit des Alleinvertreters.<sup>20</sup>

[Rz 17] Im Zusammenhang mit dem Übergang des Kundenstamms auf den Lieferanten legt das Bundesgericht im neuesten Entscheid besonders Gewicht auf die Pflicht des Alleinvertreters, die Kundendatei an den Lieferanten abzugeben. Diese Pflicht führe im Ergebnis dazu, dass der Alleinvertreter seinen Kundenstamm nach Vertragsbeendigung dem Lieferanten abliefere und dem Lieferanten ermögliche, den wirtschaftlichen Wert zu erwerben, nämlich die vom Alleinvertreter angeworbene Kundschaft.<sup>21</sup> Hierzu ist ein Zweifaches anzumerken:

[Rz 18] Erstens kann nicht (allein) entscheidend sein, ob der Alleinvertreter die Kundenlisten an den Lieferanten abzugeben oder ihn entsprechend zu informieren habe. Selbst wenn den Abnehmer keine Übertragungspflicht der Kundenadressen trifft, kann der Kundenstamm nach Vertragsbeendigung auf den Lieferanten übergehen. Namentlich kann der Lieferant auch ohne eine entsprechende Pflicht des Alleinvertreters Kenntnis von der Kundschaft erlangen.<sup>22</sup>

[Rz 19] Zweitens ist nicht zu übersehen, dass gerade beim Vertrieb von Markenartikeln des täglichen Bedarfs die Kenntnis der Kundschaft dem Lieferanten in vielen Fällen keine konkreten Vorteile bringen wird. In diesem Zusammenhang geht nämlich eine vom Alleinvertreter aufgebaute Kundschaft bei Auflösung des Alleinvertriebsvertrags ohne Weiteres auf den Lieferanten des Alleinvertreters über,<sup>23</sup> also unabhängig von einer allfälligen Kenntnis des Lieferanten von der Kundschaft.

## 2.2 Beendigung des Alleinvertriebsvertrags

[Rz 20] Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung entsteht mit Beendigung des Vertragsverhältnisses.<sup>24</sup> Zu bedenken ist dabei, dass ein gekündigter, aber stillschweigend fortgesetzter Alleinvertriebsvertrag als auf unbestimmte Zeit verlängert gilt.<sup>25</sup>

## 2.3 Wesentliche Erweiterung des Kundenkreises durch Tätigkeit des Abnehmers

[Rz 21] Der Begriff des Kunden setzt voraus, dass zwischen diesem und dem Alleinvertreter eine geschäftliche Beziehung von gewisser Dauer besteht und dass wiederholt Geschäfte getätigt wurden.<sup>26</sup> Die Tätigkeit des Alleinvertreters muss die Erweiterung eines bestehenden bzw. die Schaffung eines neuen<sup>27</sup> Kundenkreises kausal bewirkt haben.<sup>28</sup>

[Rz 22] Bei der Beurteilung, ob eine wesentliche Erweiterung des Kundenkreises bewirkt wurde, kann auf die jährliche prozentuale Zuwachsrate der Kundenzahl<sup>29</sup> und auf den Umsatz

<sup>16</sup> Vgl. etwa Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 21. Januar 1954, in: SJZ 54 (1958) S. 187.

<sup>17</sup> BGE 88 II 169.

<sup>18</sup> MEYER (Fn. 12), S. 297.

<sup>19</sup> Sogenannte «Sogwirkung der Marke»: BGE 134 III 497 E. 4.4.2; MEYER (Fn. 12), S. 308, der auch von «Markenartikeltreue» spricht; vgl. ferner Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 21. Mai 2002, RVJ 2003, S. 82 ff., S. 286; KUHN (Fn. 12), S. 202 f.

<sup>20</sup> Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 21. Mai 2002, RVJ 2003, S. 82 ff., S. 287.

<sup>21</sup> BGE 134 III 497 E. 4.4.2.

<sup>22</sup> FOUNTOLAKIS (Fn. 2), S. 226; MEYER (Fn. 12), S. 299; BK-GAUTSCHII, Art. 418a/b N 12b.

<sup>23</sup> BK-GAUTSCHII, Art. 418a-418b N 12b, der von einem Übergang «ipso facto» spricht; vgl. auch MEYER (Fn. 12), S. 299 und S. 310 f.

<sup>24</sup> Urteil 4A\_261/2007 vom 29. Oktober 2007, E. 3.1; vgl. ferner etwa HUGUENIN (Fn. 1), N 1015; BEAT MATHYS, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-AUTOR), Art. 418u N 4; ZK-BÜHLER, Art. 418u N 22.

<sup>25</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: Urteil 4A\_261/2007 vom 29. Oktober 2007, E. 3.1.

<sup>26</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. April 1971, in: SJZ 67 (1971) 210 f.; BSK-WETTENSCHWILER, Art. 418u N 5.

<sup>27</sup> Urteil 4.C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 4.2; CHK-MATHYS (Fn. 9), Art. 418u N 6; ZK-BÜHLER, Art. 418u N 25.

<sup>28</sup> CHK-MATHYS (Fn. 9), Art. 418u N 6; BSK-WETTENSCHWILER, Art. 418u N 4.

<sup>29</sup> BK-GAUTSCHII, Art. 418u N 3b; vgl. ferner BGE 84 II 164.

bzw. das Umsatzpotenzial abgestellt werden, von dem der Lieferant voraussichtlich profitieren wird.<sup>30</sup>

[Rz 23] Im besprochenen Entscheid besass die Lieferantin im Tätigkeitsgebiet der Abnehmerinnen praktisch keine Kundschaft. Es stand somit fest, dass die Erweiterung des Kundenkreises auf die Tätigkeit der Abnehmerinnen zurückzuführen war.

[Rz 24] Wie wäre die Lage zu beurteilen gewesen, wenn die Abnehmerinnen eine Marke vertrieben hätten, die bereits eine gewisse Bekanntheit aufwies? In einem solchen Fall dürfte es schwieriger sein, zwischen Kunden zu unterscheiden, welche durch die Tätigkeit des Abnehmers gewonnen, und Kunden, welche allein durch die Bekanntheit der Marke erworben wurden. An den Nachweis des Abnehmers, dass die neue Kundschaft auf seine Bemühungen zurückzuführen sei, sind indes nicht allzu grosse Anforderungen zu stellen: Es ist ausreichend, wenn der Abnehmer nachweist, dass sich die Kundschaft aufgrund seiner zusätzlichen Werbebemühungen zum Kauf der Produkte des Lieferanten entschieden hat.<sup>31</sup>

#### 2.4 Erhebliche Vorteile für den Lieferanten

[Rz 25] Ein Vorteil im Sinne von Art. 418u Abs. 1 OR ist nur anzunehmen, wenn der vom Agenten geworbene Kundenkreis dem Lieferanten sehr wahrscheinlich treu bleibt und seinen Bedarf weiterhin bei diesem deckt.<sup>32</sup> Dies ist in der Regel nur möglich bei Konsumgütern.<sup>33</sup>

[Rz 26] Ein tatsächlicher Vorteil entsteht, wenn die Kundschaft der Marke treu bleibt und zu erwarten ist, dass sich die Kundschaft nach Auflösung des Alleinvertriebsvertrags beim Lieferanten selbst oder beim neuen Alleinvertreter eindecken wird.<sup>34</sup> Ein Vorteil für den Lieferanten ist hingegen zu verneinen, wenn der Alleinvertreter den Kundenstamm im Falle einer neuen Vertretung in der gleichen Branche beibehalten, ihn also weiterhin selbst nutzen kann.<sup>35</sup>

[Rz 27] Nicht auszuschliessen ist, dass sich in Ausnahmefällen die vom Alleinvertreter erworbenen Kunden von der

Marke des Lieferanten abwenden und sich nach Beendigung des Alleinvertriebsvertrags weiterhin beim Alleinvertreter eindecken.<sup>36</sup> In diesem Fall kommen dem Lieferanten keine erheblichen Vorteile zu. Deshalb hat der Abnehmer keinen Anspruch auf Kundschaftsentschädigung.<sup>37</sup>

#### 2.5 Keine Unbilligkeit

[Rz 28] Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung entfällt, wenn der Alleinvertreter die Vertragsauslösung zu vertreten hat: Der Alleinvertreter verliert den Anspruch jedoch nur, falls er die Kündigung zu verantworten hat, und zwar nicht nur im Fall eines Verschuldens, sondern auch dann, wenn er den Vertrag ohne begründeten Anlass kündigt oder dem Lieferanten begründeten Anlass zur Kündigung gibt.<sup>38</sup>

[Rz 29] Unbillig kann die Kundschaftsentschädigung auch sein, wenn der Alleinvertreter für seine Leistungen bereits überdurchschnittlich entlohnt wurde.<sup>39</sup>

[Rz 30] Auch die Dauer des Vertragsverhältnisses kann den Anspruch auf Kundschaftsentschädigung vereiteln: Denn je länger die Vertragsdauer, desto eher kann der Alleinvertreter die Vorteile aus dem Vertrag und folglich auch aus dem von ihm selbst geschaffenen oder erweiterten Kundenkreis geniessen.<sup>40</sup>

### 3. Unabdingbarkeit des Anspruchs

[Rz 31] Sofern dessen Voraussetzungen gegeben sind, besteht gemäss Bundesgericht der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung zwingend, selbst wenn Art. 418u OR lediglich analog auf den Alleinvertriebsvertrag angewendet wird.<sup>41</sup> Daraus ergibt sich, dass der Alleinvertreter auf die Kundschaftsentschädigung weder schon beim Abschluss noch während der Dauer des Alleinvertriebsvertrags verzichten kann.<sup>42</sup> Nach Beendigung des Vertrags ist dagegen ein Verzicht auf Kundschaftsentschädigung zulässig.<sup>43</sup>

<sup>30</sup> Urteil 4.C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 4.2; Urteil des Tribunale d'appello des Kantons Tessin vom 13. März 2001, Nr. 12.2000.00105, E. 2.1, gefunden auf [www.sentenze.ti.ch](http://www.sentenze.ti.ch), zuletzt besucht am 6. Oktober 2008; BSK-WETTENSCHWILER, Art. 418u N 6; CHK-MATHYS (Fn. 9), Art. 418u N 8; MEYER (Fn. 12), S. 298.

<sup>31</sup> MEYER (Fn. 12), S. 309.

<sup>32</sup> MEYER (Fn. 12), S. 297; vgl. zum Agenturvertrag: Urteil 4.C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 5.2; BGE 103 II 277 E. 3, S. 282; BGE 84 II 164 E. 6, S. 166; BSK-WETTENSCHWILER, Art. 418u N 8; CHK-MATHYS (Fn. 9), Art. 418u N 9; ZK-BÜHLER, Art. 418u N 32.

<sup>33</sup> Urteil 4.C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 5.2; BGE 103 II 277 E. 3, S. 282; BSK-WETTENSCHWILER, Art. 418u N 8; CHK-MATHYS (Fn. 9), Art. 418u N 10; vgl. auch BGE 134 III 497 E. 4.4.2.

<sup>34</sup> Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 21. Mai 2002, RVJ 2003, S. 82 ff., S. 287.

<sup>35</sup> Zum Agenturvertrag: BGE 103 II 277 E. 3, S. 282.

<sup>36</sup> BGE 134 III 497 E. 4.4.2.

<sup>37</sup> Zum Agenturvertrag: BGE 84 II 529 E. 2, S. 532 f.

<sup>38</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: BGE 110 II 280; HUGUENIN (Fn. 1), N 1016; vgl. ferner: BGE 103 II 277 E. 2, S. 280; BGE 84 II 529 E. 1, S. 531.

<sup>39</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: Urteil 4.C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 6.2; BGE 84 II 529 E. 2, S. 534; Urteil des Tribunale d'appello des Kantons Tessin vom 13. März 2001, Nr. 12.2000.00105, E. 2.1, gefunden auf [www.sentenze.ti.ch](http://www.sentenze.ti.ch), zuletzt besucht am 6. Oktober 2008.

<sup>40</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: Urteil 4.C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 6.2; BGE 84 II 529 E. 2, S. 533 f.

<sup>41</sup> BGE 134 III 497 E. 4.4.1; a.A. CHK-JACOBS (Fn. 9), Vorb. Art. 184 ff. N 33, wonach die analoge Anwendung von Art. 418u OR abzulehnen sei, wenn die Parteien eines Alleinvertriebsvertrags die Kundschaftsentschädigung vertraglich ausgeschlossen haben.

<sup>42</sup> BSK-WETTENSCHWILER, Art. 418u N 16.

<sup>43</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: BGE 85 II 118.

#### 4. Bemessung der Entschädigung

[Rz 32] Die Höhe der Entschädigung des Alleinvertreters ist gemäss den auf den Agenturvertrag anwendbaren Bestimmungen festzusetzen.<sup>44</sup> Danach beträgt der Anspruch höchstens einen Nettojahresverdienst aus dem Vertragsverhältnis, berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre oder, wenn das Verhältnis nicht so lange gedauert hat, nach demjenigen der ganzen Vertragsdauer (Art. 418u Abs. 2 OR).<sup>45</sup>

[Rz 33] Unter dem Nettojahresverdienst ist das Jahreseinkommen des Alleinvertreters nach Abzug der Unkosten zu verstehen.<sup>46</sup> Die Höhe der Entschädigung darf den Nettojahresverdienst nicht überschreiten.<sup>47</sup> Dem Alleinvertreter kann unter Berücksichtigung der Umstände auch eine niedrigere als die in Art. 418u Abs. 2 OR vorgesehene Maximalentschädigung zugesprochen werden.<sup>48</sup>

[Rz 34] Die Höhe der Kundschaftsentschädigung hängt vom Ausmass der Vorteile ab, die der Lieferant daraus zieht, dass der Alleinvertreter den Kundenkreis wesentlich erweitert hat. Entscheidend ist ferner, in welchem Ausmass die Erweiterung mit der Tätigkeit des Alleinvertreters ursächlich zusammenhängt und inwieweit sie anderen Umständen, z.B. den Bemühungen des Lieferanten oder der Entwicklung der Wirtschaftslage, zuzuschreiben ist.<sup>49</sup> Schliesslich muss die Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis zum Jahresverdienst des Alleinvertreters<sup>50</sup> und der Dauer des Vertragsverhältnisses stehen.<sup>51</sup>

[Rz 35] Bei der Festsetzung der Entschädigung ist eine allfällige Sogwirkung der Marke zu berücksichtigen.<sup>52</sup> Wenn der Abnehmer nämlich eine bekannte Marke vertreibt, wird er weniger Mühe haben, den Absatz zu fördern, als wenn er eine Marke zu vertreiben hat, die noch weitgehend unbekannt ist.<sup>53</sup> Während im letzten Fall der Vertrieb des Produkts das alleinige Verdienst des Abnehmers ist, muss im ersten Fall bei der Festsetzung der Entschädigung beachtet

werden, dass der Abnehmer von der Bekanntheit der Marke profitiert hat.<sup>54</sup>

[Rz 36] Was die konkrete Berechnung der Entschädigung betrifft, so kann dem Alleinvertreter nicht einfach sein Ertrag (also die Differenz zwischen seinen Ein- und Verkaufspreisen) voll als Berechnungsgrundlage angerechnet werden. Im Gegensatz zur Provision des Agenten, deckt nämlich der Ertrag des Alleinvertreters nicht nur die Kundengewinnung, sondern auch das Absatz-, Lager-, Preisschwankungs- und Kreditrisiko ab. Diese Risiken stehen jedoch mit der «Erweiterung des Kundenstamms» im Sinne von Art. 418u OR in keinem Zusammenhang und fallen deshalb bei der Berechnung der Kundschaftsentschädigung des Alleinvertreters ausser Betracht.<sup>55</sup> Im hier besprochenen Entscheid hat das Bundesgericht den Fall zur Berechnung der Höhe der Kundschaftsentschädigung an die Vorinstanz verwiesen. Es bleibt somit abzuwarten, wie die Vorinstanz die Kundschaftsentschädigung konkret berechnen wird.

#### 5. Beweislast

[Rz 37] Dem Alleinvertreter obliegt der Beweis dafür, dass die Voraussetzungen seines Anspruches erfüllt sind: Er hat nicht nur die Erweiterung des Kundenkreises, sondern auch den Vorteil darzutun, der sich daraus für den Lieferanten ergibt.<sup>56</sup> Der Lieferant hat dagegen zu beweisen, dass der Anspruch des Alleinvertreters unbillig oder herabzusetzen ist.<sup>57</sup>

#### IV. Fazit

[Rz 38] Ein Alleinvertreter, der in das Vertriebssystem des Lieferanten integriert ist und dessen Kundenstamm bei Vertragsauflösung auf den Lieferanten übergeht, hat in analoger Anwendung von Art. 418u OR Anspruch auf eine angemessene Kundschaftsentschädigung. Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen im Falle eines Alleinvertriebsvertrags hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>58</sup> Die Vermutung liegt nahe, dass der Anspruch auf Kundschaftsent-

<sup>44</sup> BGE 134 III 497 E. 4.5.

<sup>45</sup> Vgl. eingehend zur Berechnung des Umfangs des Anspruchs: MEYER (Fn. 12), S. 316 ff.

<sup>46</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: BGE 134 III 497 E. 4.1; BGE 84 II 164 E. 5, S. 166 f.; ZK-BÜHLER, Art. 418u N 55.

<sup>47</sup> Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 21. Mai 2002, RVJ 2003, S. 82 ff., S. 287.

<sup>48</sup> BGE 110 II 280.

<sup>49</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: BGE 84 II 529 E. 2, S. 533.

<sup>50</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: BGE 84 II 529 E. 5, S. 533; BSK-WETTENSCHWILER, Art. 418u N 13.

<sup>51</sup> Vgl. zum Agenturvertrag: Urteil 4.C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 6.2; BGE 84 II 529 E. 2, S. 533 f.

<sup>52</sup> Vgl. zur Sogwirkung der Marke: Fn. 21; BGE 134 III 497 E. 4.4.2; MEYER (Fn. 12), S. 309 f. hinsichtlich des Franchisevertrags: BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 177.

<sup>53</sup> BGE 134 III 497 E. 4.4.2.

<sup>54</sup> Vgl. MEYER (Fn. 12), S. 310, unter Hinweis auf die in Deutschland vorgenommene Kürzung der Entschädigung wegen der Sogwirkung der Marke um 25%.

<sup>55</sup> FOUNTOLAKIS (Fn. 2), S. 226; eingehend: MEYER (Fn. 12), S. 317 und S. 321 ff.

<sup>56</sup> Ausdrücklich für den Fall des Alleinvertriebsvertrags: BGE 134 III 497 E. 4.1; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 21. Mai 2002, RVJ 2003, S. 82 ff., S. 287; vgl. ferner zum Agenturvertrag: BGE 103 II 277 E. 2, S. 281.

<sup>57</sup> BGE 134 III 497 E. 4.1; DIRK LANGER, Contrat de représentation exclusive, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 14. August 2008, Rz. 15; vgl. zum Agenturvertrag: BGE 103 II 277 E. 5, S. 286; BSK-WETTENSCHWILER, Art. 418u N 1.

<sup>58</sup> BGE 134 III 497 E. 4.3.

schädigung bei Auflösung des Alleinvertriebsvertrags zu einem wichtigen Begehren des Alleinvertreters werden wird.<sup>59</sup>

[Rz 39] In der Praxis wird das Bundesgerichtsurteil insbesondere auch im M&A-Bereich Relevanz erlangen: Wenn nämlich der Erwerber eines Unternehmens, welches in eine Vertriebsorganisation eingegliedert ist, eine Umstellung auf ein neues Vertriebssystem (etwa sein eigenes) beabsichtigt, wird er die Alleinvertriebsverträge mit den ursprünglichen Händlern auflösen wollen. In einem solchen Fall wird anlässlich der Legal Due Diligence ein besonderes Augenmerk auf die Alleinvertriebsverträge zu legen sein, damit das Risiko für die Zahlung von Kundschaftsentschädigungen abgeschätzt werden kann.<sup>60</sup>

[Rz 40] Schliesslich bleibt die Frage offen, inwieweit Art. 418u OR auf den Franchisevertrag analog anwendbar ist.<sup>61</sup> Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts wird man wohl auch auf den Franchisevertrag übertragen können. Danach steht dem Franchisenehmer nur im Einzelfall eine Kundschaftsentschädigung zu, nämlich dann, wenn er zufolge einer sehr engen Einbindung in die Vertriebsorganisation des Franchisegebers eine dem Agenten analoge Stellung innerhalb des Franchisesystems einnimmt<sup>62</sup> und der Franchisegeber nach Vertragsbeendigung die geworbenen Kunden weiter beliefern kann.<sup>63</sup> Da der Franchisenehmer in der Regel stärker in die Absatzorganisation des Lieferanten eingebunden ist als der Alleinvertreter,<sup>64</sup> dürfte es noch häufiger zu einem Anspruch auf Kundschaftsentschädigung kommen.<sup>65</sup>

---

Dr. Gilles Benedick und Paolo Bottini, eidg. dipl. Steuerexperte, sind Rechtsanwälte in der Anwaltskanzlei Bär & Karrer AG.

---

\* \* \*

---

<sup>59</sup> Vgl. auch FOUNTOLAKIS (Fn. 2), S. 226; LANGER (Fn. 59), Rz. 14.

<sup>60</sup> JAKOB HÖHN, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich 2003, S. 94 f.

<sup>61</sup> Befürwortend etwa HUGUENIN (Fn. 1), N 1565; BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 177; ablehnend ZK-BÜHLER, Art. 418u N 67; MEYER (Fn. 12), S. 305.

<sup>62</sup> CHK-ZEHNHÄUSERN (Fn. 9), Vorb. Art. 184 ff. N 42; ULLIN STREIFF/BRUNO PELLEGRINI/ADRIAN VON KAENEL, Vertragsvorlagen, 4. Auflage, Zürich 2008, S. 264 f., die den Anspruch auf Kundschaftsentschädigung jedoch nur beim reinen Produktfranchising befürworten.

<sup>63</sup> BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 177.

<sup>64</sup> Vgl. HUGUENIN (Fn. 1), N 1509; BSK-OR SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. N 153.

<sup>65</sup> Vgl. jedoch MEYER (Fn. 12), S. 305, wonach der Franchisenehmer ausser der Konzeptumsetzung überhaupt keinen Beitrag leisten würde; deshalb sei er für die aus der Konzeptumsetzung resultierende Kundschaft, die nun auf die Produkte des Franchisegebers schwöre, auch nicht zu entschädigen.