2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.18. Innominatkontrakte – allgemein/ Contrats innommés – en général

2.7.2.18.3. Alleinvertriebsvertrag/ Contrat de distribution exclusive

BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_241/2017 vom 31. August 2018, *A._BVBA* gegen *Z._Sàrl,* Alleinvertriebsvertrag.

Markus Vischer*

Ein Alleinvertriebsvertrag ist aus wichtigem Grund kündbar, wobei ein wichtiger Grund dann vorliegt, wenn man nach Treu und Glauben von einer Partei nicht mehr verlangen kann, die vertragliche Beziehung bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin fortzusetzen.

I. Sachverhalt

A._BVBA (A.), eine belgische Gesellschaft, war im Bereich des Kaufs und Weiterverkaufs von Säuglingsprodukten tätig. Z._Sàrl (Z.), eine schweizerische Gesellschaft, hatte den Zweck des Imports und Vertriebs u.a. von Säuglingsprodukten.

Ab dem Jahre 2000 verkaufte Z. für A. in der Schweiz Produkte unter der Marke M._ an verschiedene Detaillisten und Grossisten.

Im Jahre 2007 beschlossen A. und Z., ihre Beziehungen förmlicher zu regeln. Sie schlossen am 7. August 2007 zwei Verträge, nämlich einen «contrat d'agence exclusive» nach belgischem Recht und eine «convention de distribution exclusive» nach schweizerischem Recht. Der zweite Vertrag betraf den exklusiven Verkauf von Produkten unter der Marke M._ in der Schweiz. Er hatte eine Laufzeit von 5 Jahren mit einer Kündigungsmöglichkeit von 6 Monaten vor dem Vertragsablauf. Er war ausserdem ausserordentlich per sofort kündbar bei Konkurs von Z. bzw. bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens betreffend Z. oder Liquidation von Z., bei Konkurs von A., bei Änderungen im Aktionariat von Z., bei schweren Vertragsverletzungen beider Parteien und bei Nichteinhaltung der Vertragspflichten durch Z.

Nach diversen Direktlieferungen von A. an S._ (S.), eine Gesellschaft in der Schweiz, im Jahre 2011 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen A. und Z., worauf Z. den belgischem Recht unterstehenden «contrat d'agence exclusive» am 12. Dezember 2011 vertragsgemäss ordentlich per 30. Juni 2012 kündigte. Nach einer weiteren Direktlieferung von A. an S. am 30. Juli 2012 und einer E-Mail von A. an Z. vom 14. Januar 2013 unter Beilage einer Kopie eines Briefes von A. an S., wonach Lieferungen von A. an S. über EUR 1'000 problematisch seien und über Z. abgewickelt werden müssten, kündigte Z. die schweizerischem Recht unterstehende «convention de distribution exclusive» mit Brief an A. vom 31. Januar 2013 mit sofortiger Wirkung. Z. warf A. in diesem Brief vor, ihre vertraglichen Pflichten verletzt zu haben, und verlangte Schadenersatz. A. bestritt, vertragliche Verpflichtungen verletzt zu haben, und kündigte ihrerseits die «convention de distribution exclusive» mit Brief vom 11. April 2013 mit sofortiger Wirkung.

A. verklagte Z. am 10. September 2014 beim «Tribunal de première instance du canton de Genève» auf Schadenersatz, u.a. wegen entgangenen Gewinns und nicht bezahlter Waren. Z. erhob Widerklage gegen A. auf Schadenersatz, u.a. wegen noch nicht amortisierter Investitionen und entgangenen Gewinns. Z. anerkannte einen Teil der Klage von A. bezüglich nicht bezahlter Waren, erhob aber die Verrechnungseinrede.

Mit Urteil vom 24. Juni 2016 wies das Gericht die Klage von A. vollumfänglich ab und schützte die Widerklage von Z. im Umfang von EUR 114'834.12. Mit Urteil vom 10. März 2017 änderte die «Chambre civile de la Cour de Justice du canton de Genève» auf Berufung von A. das erstinstanzliche Urteil, indem es Z. verpflichtete, A. für nicht bezahlte Waren EUR 33'847.88 zu bezahlen, und indem es A. verpflichtete, Z. unter dem Titel «entgangener Gewinn» CHF 93'858 zu bezahlen.

Mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht beantragte A., dass festgestellt werde, dass sie Z. nichts schulde.

II. Begründung

Das Bundesgericht führte aus, es sei unbestritten, dass der von den Parteien geschlossene, schweizerischem Recht unterstehende Vertrag ein Alleinvertriebsvertrag sei. Dieser Vertrag sei ein Vertrag sui generis. Der Streit zwischen den Parteien gehe darum, ob Z. wichtige Gründe für die Kündigung des Alleinvertriebsvertrags habe anrufen können, ob

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

Z. dies rechtzeitig getan habe und ob Z. Schadenersatz beanspruchen könne (E. 3).

Es hielt fest, dass nach einem allgemeinen Prinzip Dauerverträge vorzeitig aus wichtigem Grund gekündigt werden könnten. Das gelte auch für den Alleinvertriebsvertrag. Ein wichtiger Grund liege vor, wenn man vernünftigerweise nach den Regeln von Treu und Glauben von einer Partei nicht mehr verlangen könne, die vertragliche Beziehung bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin fortzusetzen. Der wichtige Grund könne in der Nichtbeachtung oder Verletzung von Vertragsklauseln liegen. Er könne aber auch anderer Natur sein. Generell stelle eine schwerwiegende Vertragsverletzung einen wichtigen Grund dar. Auch weniger schwerwiegende Vertragsverletzungen könnten einen wichtigen Grund darstellen, wenn sie trotz Abmahnungen wiederholt und weitere Abmahnungen unnütz erscheinen würden. Der Begriff des wichtigen Grunds sei ein unbestimmter Rechtsbegriff, welcher dem Ermessen des Richters unterstellt sei. Der Richter beurteile dementsprechend in Berücksichtigung von Recht und Billigkeit nach Art. 4 ZGB frei, ob ein wichtiger Grund vorliege (E. 4.1).

Das Bundesgericht führte weiter aus, dass ein wichtiger Grund ohne Verzug anzurufen sei, sobald die betreffende Partei Kenntnis vom wichtigen Grund erlangt habe. Andernfalls sei der Anspruch verwirkt (E. 4.2).

A. behaupte nicht, dass der Alleinvertriebsvertrag das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund eingeschränkt habe. Der wichtige Grund sei vorliegend gegeben, weil A. den Alleinvertriebsvertrag trotz Protesten von Z. mehrfach verletzt habe, indem A. aktiv Produkte in die Schweiz lieferte bzw. dies für Lieferungen unter EUR 1'000 in Aussicht stellte. Z. hätte den wichtigen Grund auch rechtzeitig angerufen, nämlich innert 15 Tagen nach Erhalt der E-Mail von A. vom 14. Januar 2013 (E. 5).

Auch der von der Vorinstanz zugesprochene Schadenersatz sei rechtens (E. 6).

III. Bemerkungen

A. Einleitung

Es gehört heute zum gesicherten Wissen eines jeden Juristen, dass Dauerverträge aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung kündbar sind. Das Bundesgericht bestätigt im hier besprochenen Urteil dieses Prinzip, das es als «allgemeines Prinzip» bezeichnet.[1] Man könnte dieses Urteil deshalb an sich unkommentiert stehen lassen. Trotzdem sind drei Relativierungen zu den Aussagen des Bundesgerichts bezüglich des «allgemeinen Prinzips» anzubringen. Um dies zu tun, ist vorab kurz auf die Herkunft des «allgemeinen Prinzips» einzugehen.

B. Herleitung des «allgemeinen Prinzips»

Das Bundesgericht verweist im hier kommentierten Urteil[2] in Bezug auf die Herleitung des «allgemeinen Prinzips» u.a. auf sein berühmtes Urteil i.S. Fiat Lux (Uriella), also auf BGE 128 III 428. In diesem liest man, dass das «allgemeine Prinzip» in einem früheren Urteil, nämlich BGE 100 II 345, «vorwiegend unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) erörtert [worden sei, während] nach heutigem Verständnis […] bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund der Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB im Vordergrund [stehe]».[3]

In der Lehre ist umstritten, ob dem Bundesgericht bezüglich der Herleitung aus Art. 27 ZGB zu folgen ist.[4] Es scheint, dass die herrschende Lehre der Herleitung aus Art. 2 Abs. 2 ZGB den Vorzug gibt.[5] Meines Erachtens sind beide Herleitungen möglich, zumal auch das Bundesgericht in seiner Definition des wichtigen Grunds[6] die Nähe zu Art. 2 ZGB anklingen lässt. Ebenso vertretbar ist meines Erachtens die Meinung, dass das «allgemeine Prinzip» ein Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus (Anpassung des Vertrags an veränderte Umstände)[7] ist,[8] lässt

---

1 BGer, 4A_241/2017, 31.8.2018, E. 4.1.

2 BGer, 4A_241/2017, 31.8.2018, E. 4.1.

3 BGE 128 III 428 E. 3c.

4 S. insbesondere die Kritik von Benedikt Maurenbrecher, Das Darlehen als Dauerschuldverhältnis – Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 428 ff. («Fiat Lux»), recht 2003, 180 ff., 185 f.

5 S. Hinweise bei Eugen Bucher, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Kommentar zu Art. 27 ZGB, 3. A., Bern 1993 (zit. BK-Bucher), Art. 27 ZGB N 197, u.a. mit Hinweis auf Hans Merz, in: Hans Becker (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. BK-Verfasser), Art. 2 ZGB N 181 ff.

6 BGer, 4A_241/2017, 31.8.2018, E. 4.1: «Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn man vernünftigerweise nach den Regeln von Treu und Glauben von einer Partei nicht mehr verlangen kann, die vertragliche Beziehung bis zum vereinbarten Vertragsende und bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin fortzusetzen» [deutsche Übersetzung].

7 Zur clausula im Allgemeinen z.B. Christoph Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK-Müller), Art. 18 OR N 557 ff.; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 320 ff., 800.

8 So z.B. BK-Müller (FN 7), Art. 18 OR N 696: «[…] da die vorzeitige Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nichts anderes als ein Anwendungsfall der Clausula ist und damit auch den gleichen Regeln unterstellt sein sollte […]»; a.M. die

sich die clausula doch ihrerseits aus Art. 27 ZGB oder Art. 2 Abs. 2 ZGB ableiten.[9]

Meines Erachtens lässt sich das «allgemeine Prinzip» auch aus einer Vertragsergänzung gewinnen, indem man eine «Anpassungslücke»[10] im vertraglichen Anpassungs- bzw. Kündigungsregime annimmt und diese Vertragslücke in Vertragsergänzung analog Art. 20 Abs. 2 OR aufgrund des hypothetischen Vertragswillens[11] im Sinne der vertraglichen Geltung des «allgemeinen Prinzips» füllt.[12] Dieses Verständnis passt mehr zu einer Innensicht auf Art. 27 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB, eine Sicht also, welche Art. 27 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht als Schranken der vertraglichen Rechte, sondern als bereits den Inhalt der vertraglichen Rechte beschlagend betrachtet.[13]

C. Erste Relativierung: Keine axiomatische Geltung des «allgemeinen Prinzips»

Art. 27 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB sind Generalklauseln. Als solche sind sie vom Richter durch die Bildung von Maximen und Regeln, Leitsätzen und Untersätzen, die sich auf typische Tatbestände beziehen, zu konkretisieren.[14] Entsprechend lässt sich aus diesen Generalklauseln nicht nur die Regel gewinnen, dass Dauerverträge aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung kündbar sind, sondern auch andere Regeln, z.B. die Regel, dass Dauerverträge aus wichtigem Grund unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist kündbar sind. Das «allgemeine Prinzip» gilt deshalb nicht axiomatisch, sondern kann je nach konkretem Sachverhalt eine andere Ausgestaltung annehmen. Ein Beispiel dafür ist Art. 266g OR, worauf das Bundesgericht im bereits erwähnten BGE 128 III 428 i.S. Fiat Lux (Uriella) als positivrechtliche Verkörperung des «allgemeinen Prinzips» hingewiesen hat.[15] Art. 266g OR sieht keine Kündigung aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung, sondern eine Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (auf einen beliebigen Zeitpunkt) vor. Art. 266g Abs. 2 OR statuiert zudem, dass der Richter die vermögensrechtlichen Folgen der vorzeitigen Kündigung «unter Würdigung aller Umstände» regeln kann.[16]

Zum gleichen Resultat gelangt man durch Vertragsanpassung nach dem hypothetischen Parteiwillen, gebietet doch auch dieser keine axiomatische Geltung des «allgemeinen Prinzips».

D. Zweite Relativierung: Keine ausschliessliche Anwendung von Art. 4 ZGB bei der Bestimmung des wichtigen Grunds

Auch im hier kommentierten Urteil vertritt das Bundesgericht die Auffassung, das Vorliegen eines wichtigen Grunds ergebe sich aufgrund einer Entscheidungsfindung gemäss Art. 4 ZGB.[17]

Wie vorstehend ausgeführt sind Generalklauseln wie Art. 27 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB durch die Bildung von

---

wohl herrschende Lehre, welche einen je separaten Anwendungsbereich für die Kündigung aus wichtigem Grund und für die clausula sieht; so z.B. Jörg Schmid/Céline Bussmann, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017 (1/2), ZBJV 2018, 740 ff., 753; Meinrad Vetter/Roman S. Gutzwiller, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 2010, 699 ff., 704; Maurenbrecher (FN 4), 184.

9 S. Hinweise bei BK-Müller (FN 7), Art. 18 OR N 653 f., zur Abstützung der clausula auf Art. 2 Abs. 2 ZGB, und Markus Vischer, BGer 4A_45/2017: Aktionärbindungsvertrag: Übermässige Bindung, Qualifikation, AJP 2017, 1129 ff., 1134, insb. Fn 26, zur Abstützung der clausula auf Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 27 ZGB; s. auch BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 19, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB I-Honsell), mit Abstützung der clausula auf Art. 2 Abs. 1 ZGB und nicht Art. 2 Abs. 2 ZGB; s. z.B. BK-Müller (FN 7), Art. 18 OR N 645 ff., Patrick Middendorf/Beatrice Grob, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Middendorf/Grob), Art. 2 ZGB N 10, und BK-Bucher (FN 5), Art. 27 ZGB N 197, zum Verständnis der herrschenden Lehre, wonach die clausula ein Spezialfall der Vertragslückenfüllung durch richterliche Vertragsergänzung ist; a.M. als die herrschende Lehre z.B. BSK ZGB I-Honsell (FN 9), Art. 2 N 19.

10 BK-Müller (FN 7), Art. 18 OR N 605, 633.

11 Dazu im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag, SZW 2017, 425 ff., 432 f., auch zum kontroversen Verhältnis der Vertragslückenfüllung gemäss hypothetischem Vertragswillen oder durch dispositives Recht.

12 Vischer (FN 9), AJP 2017, 1132 f.; zur Vertragslückenfüllung gemäss Art. 20 Abs. 2 OR durch den wirklichen oder hypothetischen Vertragswillen Markus Vischer/Dario Galli, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Gesellschaftsübertragungsvertrags, Besprechung des Urteils 4A_62/2017 des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 2017, GesKR 2018, 222 ff., 227 f.; zum Verständnis der herrschenden Lehre, wonach die clausula ein Spezialfall der Vertragslückenfüllung durch richterliche Vertragsergänzung ist, s. auch Hinweise in FN 9 a.E.

13 Zur Innen- und Aussensicht bei Art. 2 ZGB z.B. BSK ZGB I-Honsell (FN 9), Art. 2 N 25; BK-Merz (FN 5), Art. 2 ZGB N 28; zur Relativierung der Bedeutung der Innen- und Aussensicht bei Art. 2 ZGB z.B. BSK ZGB I-Honsell (FN 9), Art. 2 N 25; s. auch Markus Vischer, Vorkaufsrechte an Aktien, GesKR 2014, 82 ff., 87, und Markus Vischer, Spaltung mittels Vermögensübertragung, GesKR 2012, 569 ff., 570, wonach eine Kombination von Innen- und Aussensicht angezeigt ist, ansonsten die Vertragsauslegung und -ergänzung überstrapaziert wird.

14 Z.B. Vischer (FN 9), AJP 2017, 1133 f.; grundlegend bezüglich Art. 2 ZGB BK-Merz (FN 5), Art. 2 ZGB N 29 ff., 42.

15 BGE 128 III 428 E. 3.

16 S. für ein weiteres derartiges Beispiel Art. 527 OR, worauf das Bundesgericht in BGE 128 III 428 E. 3 ebenfalls hinwies.

17 BGer, 4A_241/2017, 31.8.2018, E. 4.1.

Regeln zu konkretisieren. Versteht man mit der herrschenden Lehre Generalklauseln als Lücken intra legem,[18] so erfolgt die Regelbildung unter Art. 27 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB modo legislatoris.[19] Damit stellt sich die Frage, ob bezüglich des wichtigen Grunds (als wesentlicher Teil des «allgemeinen Prinzips») nach Art. 1 Abs. 2 ZGB oder, wie vom Bundesgericht postuliert, nach Art. 4 ZGB vorzugehen ist. Die Frage des Verhältnisses von Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Nach einer «jüngeren»,[20] meines Erachtens richtigen Auffassung gehen die Entscheidungsfindungen gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB ineinander über, weil Rechtsanwendung nie weder nur reine Deduktion noch nur reine Ermessensentscheidung ist.[21] Entsprechend ist auch bei Entscheidungen gemäss Art. 4 ZGB modo legislatoris vorzugehen.[22] Gleichzeitig ist aber im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 ZGB beim Vorgehen modo legislatoris im Sinne der wirklichen Methodenehrlichkeit[23] die Bedeutung des richterlichen Ermessens anzuerkennen, was sowohl Art. 4 ZGB als auch Art. 2 Abs. 2 ZGB relativiert.[24]

Das Bundesgericht geht denn auch bezüglich des wichtigen Grunds bei der Kündigung von Dauerverträgen aus wichtigem Grund trotz Anrufung von Art. 4 ZGB weitgehend modo legislatoris gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB vor, indem es Unterkategorien des wichtigen Grunds bildet, wie eine schwerwiegende Vertragsverletzung oder mehrere, weniger schwerwiegende, aber trotz Abmahnungen nicht behobene Vertragsverletzungen.[25] Zu diesem Vorgehen modo legislatoris gehört auch die Regel, dass die Berufung auf den wichtigen Grund ohne Verzögerung erfolgen muss,[26] was Sinn ergibt, ist doch ansonsten der wichtige Grund infolge des Verhaltens der betroffenen Partei zu verneinen und nicht bloss die Möglichkeit der Berufung auf einen wichtigen Grund, wie das Bundesgericht annimmt.[27] Der wichtige Grund erhält so einen prozeduralen Aspekt, was zur insgesamt in der Rechtstheorie und Rechtsanwendung zu beobachtenden Tendenz der Prozeduralisierung des Rechts zur Erreichung von materieller Gerechtigkeit passt.[28]

E. Dritte Relativierung: Keine Anwendung des «allgemeinen Prinzips» ohne Berücksichtigung des vertraglichen und gesetzlichen Kontexts

Die Herleitung des «allgemeinen Prinzips» aus dem hypothetischen Vertragswillen hat den Vorteil, dass sie die Bedeutung des konkreten Vertrags klarer vor Augen führt.[29] Vertragliche Regelungen sind deshalb bei der Beurteilung der Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund zu berücksichtigen. Mit anderen Worten hätte man im vorliegenden Fall die im Vertrag konkret vorgesehene Möglichkeit der Kündigung bei schwerwiegenden Vertragsverletzungen bei der Würdigung der Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund berücksichtigen müssen. Denn es ist offensicht-

---

18 S. dazu z.B. Stephanie Hrubesch-Millauer, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 4 ZGB N 130 ff.; a.M. z.B. BSK ZGB I-Honsell (FN 9), Art. 4 N 10.

19 Zu diesem Begriff z.B. BSK ZGB I-Honsell (FN 9), Art. 1 N 34; BK-Emmenegger/Tschentscher (FN 18), Art. 1 ZGB N 435 ff.; BK-Meier-Hayoz (FN 5), Art. 1 ZGB N 316 ff.; zur Kontroverse, ob die Regelbildung gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB modo legislatoris erfolgt, BK-Hausheer/Aebi-Müller (FN 18), Art. 2 ZGB N 17.

20 Monika Pfaffinger, Polyvalentes Kindeswohl – methodische Reflexionen über das Wohl des (adoptierten) Kindes, ZSR 2011 I, 417 ff., 429.

21 David Dürr, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3. A., Zürich 1998 (zit. ZK-Dürr), Art. 4 ZGB N 6 ff.; s. auch Pfaffinger (FN 20), 426 ff., bezüglich des Begriffs «Kindeswohl»; zur allgemeineren Diskussion der Stellung des Richters zwischen «Subsumtionsautomat» und «Richterkönig» z.B. BK-Emmenegger/Tschentscher (FN 18), Art. 1 ZGB N 11 ff.; grundlegend Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Habil. Frankfurt a.M., Frankfurt a.M. 1986, 1 ff.

22 BK-Merz (FN 5), Art. 2 ZGB N 83: «Der Verweis auf die Billigkeit bedarf ebenfalls der Konkretisierung durch Regelbildung»; ähnlich August Egger, in: August Egger/Arnold Escher/Robert Haab/Hugo Oser (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Einleitung und Personenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 4 ZGB N 8.

23 Zur Methodenehrlichkeit bei der Rechtsanwendung z.B. ZK-Dürr (FN 21), Art. 1 ZGB N 86, 94 ff., 266 ff.

24 BK-Hrubesch-Millauer (FN 18), Art. 4 ZGB N 369 ff.; BK-Meier-Hayoz (FN 5), Art. 4 ZGB N 19 f.; s. auch BSK ZGB I-Honsell (FN 9), Art. 4 N 10: «Der Unterschied zwischen kasuistischer und legislatorischer Entscheidung darf allerdings nicht überbewertet werden»; noch weitergehend Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 291 f.: «Im Ergebnis ist demnach keinerlei Unterschied in der methodischen Grundausrichtung anzuerkennen, je nachdem ob die richterrechtliche Entscheidung auf Art. 1 Abs. 2 oder auf Art. 4 ZGB gestützt wird»; ZK-Dürr (FN 21), Art. 4 ZGB N 12: «[…] Unterschied nichts anderes als klassifikatorische Systematisierung. Praktische Unterschiede […] sind kaum auszumachen»; s. auch CHK-Middendorf/Grob (FN 9), Art. 4 ZGB N 3: «[…] akademisch.»

25 BGer, 4A_241/2017, 31.8.2018, E. 4.1; s. auch Ariane Morin, Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du Code civil suisse, ZSR 2007 II, 203 ff., 218, 234; zu einer Klassifikation der wichtigen Gründe beim Alleinvertriebsvertrag s. auch Mario Strebel/Fabian Koch, Besondere Aspekte bei der Beendigung des Vertriebsvertrages, Jusletter vom 15.10.2018, N 50 ff.

26 BGer, 4A_241/2017, 31.8.2018, E. 4.2.

27 BGer, 4A_241/2017, 31.8.2018, E. 4.2.

28 Dazu im Allgemeinen Xavier Grivel, Die Steuerungskrise des Rechts und die Prozeduralisierung, Eine Analyse anhand der aktienrechtlichen Verantwortung, cognitio 2018, 1 ff., anhand des Beispiels der Business Judgment Rule.

29 Vischer (FN 9), AJP 2017, 1133 f.

lich, dass ein wichtiger, die Kündigung möglich machender Grund umso weniger gegeben ist, je mehr ausserordentliche vertragliche Kündigungsmöglichkeiten eine Partei hat. Entsprechend gibt es keine vom konkreten Vertrag losgelöste Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund.

Zudem hätte man im vorliegenden Fall auch die gesetzlichen Rechtsbehelfe und insbesondere die gesetzlichen Rücktrittsmöglichkeiten aufgrund von Art. 97 ff. OR und Art. 102 ff. OR bei Vertragsverletzungen bzw. genauer bei Verletzungen der Exklusivitätspflichten berücksichtigen müssen.[30] Denn es ist erneut offensichtlich, dass ein wichtiger, die Kündigung möglich machender Grund umso weniger gegeben ist, je mehr ausserordentliche gesetzliche Rücktrittsmöglichkeiten eine Partei hat.

Damit soll nicht behauptet werden, die Kündigung aus wichtigem Grund sei dispositiv. Das ist sie angesichts des zwingenden Charakters von Art. 27 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB offensichtlich nicht.[31] Sie ist aber relativ, d.h. im konkreten vertraglichen und gesetzlichen Kontext stehend, und nicht absolut.

---

[30] Gl.M. Christian Alexander Meyer, Agentur- und Vertriebsvertragsbeendigung in der Schweiz, ZVertriebsR 2017, 14 ff., 18: «Statt im Vertriebsvertrag bei fehlender Regelung wichtige Gründe anzurufen, ist auf die Verzugs- und Rücktrittsmodalitäten der Art. 102 ff. des OR zurückzugreifen»; zur Anwendbarkeit von Art. 97 ff. OR und Art. 102 ff. OR auf den Alleinvertriebsvertrag im Allgemeinen z.B. Huguenin (FN 7), N 3863; zum Doppelsynallagma beim Alleinvertriebsvertrag z.B. Huguenin (FN 7), N 3838, 3866, wodurch sich bei Verletzung der Exklusivitätspflichten die Möglichkeit des Vorgehens nach Art. 107 ff. OR eröffnet.

[31] Z.B. Strebel/Koch (FN 25), N 47; Marc Wolfer, Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung «aus wichtigem Grund», AJP 2014, 621 ff., 624.