Auszug aus dem

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

Herausgeber: Marc Amstutz, Peter Breitschmid,
Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin,
Markus Müller-Chen, Vito Roberto,
Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder

Reto Jacobs
Innominatkontrakt Alleinvertriebsvertrag
(Vorb. Art. 184 ff. OR)

Schulthess §

Dies ist keine amtliche Veröffentlichung. Massgebend ist allein die Veröffentlichung durch die Bundeskanzlei (vgl. Publikationsverordnung Art. 37 c).

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007
ISBN 978-3-7255-4954-2

www.schulthess.com

solchen Rechtswahl zugestimmt hat oder nachträglich **zustimmt** (IPRG 145 I S 2). Dadurch wird im Sinne des Schuldnerschutzes (OR 169) verhindert, dass sich die Rechtsstellung des Schuldners ohne sein Zutun verschlechtert (DASSER, BSK IPRG 145 N 10). Sofern der **Schuldner** der Rechtswahl **nicht zustimmt**, «tritt eine Spaltung ein, indem das gewählte Recht das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar bestimmt und im übrigen das Forderungsstatut Recht macht, und zwar unabhängig davon, ob es für den Schuldner günstiger sei als das gewählte Recht» (unveröffentlichter Entscheid des OGer ZH vom 4.3.1994, FN920001, E 6a/bb, zitiert bei DASSER, BSK IPRG 145 N 11). Da beim Factoring der Kunde typischerweise der Rechtswahl bezüglich der Zession nicht zustimmt, stellt die Spaltung den Standardfall dar.

65 Die **Formvorschriften** im Abtretungsrecht richten sich ausschliesslich nach dem auf die Abtretung anzuwendenden Recht (IPRG 145 III). Bei einer *Spaltung* mangels Zustimmung des Schuldners führt dies dazu, dass im Innen- beziehungsweise im Aussenverhältnis auch bezüglich der Formvorschriften unterschiedliche Rechtsordnungen zu berücksichtigen sind. In der Praxis ist das strengere Recht zu beachten, solange die Zustimmung des Schuldners zur Rechtswahl nicht vorliegt (DASSER, BSK IPRG 145 N 22; KELLER/GIRSBERGER, ZK IPRG 145 N 47 ff).

66 Im Verhältnis zwischen dem **Import- und Exportfactor** (s N 11) kommt bei fehlender Rechtswahl das Recht am Domizil des Importfactors zur Anwendung, da dieser die factorspezifischen Leistungen erbringt (Übernahme des Inkassos und des Delkredererisikos). Aufgrund der zwischen diesen Parteien zur Anwendung gelangenden und bewährten Interfactor-Agreements (s N 11) sind kaum praktische Probleme zu erwarten (MÜLLER-CHEN, BJM 1999, 184 f).

67 Am 1.5.1995 ist das **UNIDROIT-Übereinkommen** über das internationale Factoring vom 28.5.1988 in Kraft getretenen (englischer und deutscher Text abgedruckt bei REY, 315 ff bzw 323 ff und MÜLLER-CHEN, BJM 1999, 200). Das Übereinkommen regelt das internationale Factoring ausschliesslich durch *Sachnormen* und enthält keine kollisionsrechtlichen Bestimmungen. Die *Schweiz* hat dieses Übereinkommen bislang weder unterzeichnet noch ist sie diesem beigetreten (zum Übereinkommen s MÜLLER-CHEN, BJM 1999, 186 ff).

Vorb 184 ff / Alleinvertriebsvertrag

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/REINERT MANI, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003 − Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 69 ff; BAUDENBACHER CARL, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen, in: FG Schluep, Zürich 1988, 81 ff; BORER JÜRG, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2.A, Zürich 2005; BRAUCHLIN CHRISTIAN, Die Meldung künftiger Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, in: Jusletter 17. Oktober 2005; BÜRGI JOHANNES A, Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstössen, Bern 2001; CHERPILLOD IVAN, La fin des contrats de distribution, in: FS Dessemontet, Lausanne 1998, 429 ff; COTTI LUKAS, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Freiburg i Ue 2001; DÄHLER ROLF/KRAUSKOPF PATRICK, Die Sanktionsbemessung und Bonusregelung, in: Kartellgesetzrevision 2003 − Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 127 ff; DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4.A, Bern 2005; DUCREY PATRICK, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG), in: Kartellgesetzrevision 2003 − Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 151 ff; GLANZMANN ANDREAS, Der Alleinvertriebsvertrag im schweizerischen Kartellrecht, Bern/Stuttgart 1991; HARTMANN JÜRG E/EGLI FELIX W/MEYER-HAUSER BERNHARD F, Der Alleinvertriebsvertrag, 2.A, St Gallen 1995; HOCH CLASSEN MARIEL, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003; HOFFET FRANZ/NEFF KLAUS, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 2004, 129 ff; JACOBS RETO, Sanktionen vermeiden − Meldung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Jusletter 27. September 2004; JACOBS RETO/BÜRGI JOHANNES A, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 2004, 149 ff; KAUFMANN CHRISTIAN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Zürich 2004; KUHN MORITZ, Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV), in: FS Keller, Zürich 1989, 187 ff; MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Der Alleinvertrieb, 2.A, St Gallen 1992; MÜNCH PETER/MAILLEFER CHRISTOPHE/HUNGER PATRICK, Vertriebssysteme, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, 239 ff; REINERT MANI, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, Zürich 2004; RODONDI OLIVIER, Le contrat de concession de vent exclusive, in: FS Dessemontet, Lausanne 1998, 91 ff; SIMMEN ROBERT, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), Bern 1981; VULLIETY JEAN-PAUL, Résiliation extraordinaire injustifiée d'une concession de vente en droit suisse, SJ 2003 II, 91 ff; WEBER ROLF H/ZEIER PRISKA, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, ZWeR 2005, 178 ff; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2.A, Bern 2005 (zit ZÄCH, Kartellrecht); ZÄCH ROGER, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 − Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 23 ff (zit ZÄCH, Sanktionsbedrohte Verhaltensweisen).

I. Begriff

1 Mit dem Alleinvertriebsvertrag (nachfolgend AVV) räumt der Lieferant dem Abnehmer das Recht ein, die Produkte des Lieferanten zu beziehen und in dem Vertragsgebiet exklusiv (allein) zu vertreiben. Im Gegenzug verpflichtet sich der Abnehmer, die Produkte abzunehmen, den Kaufpreis zu bezahlen und den Absatz der Produkte im Vertragsgebiet zu fördern. Typisch für den AVV sind somit das **Alleinvertriebsrecht**, die **Absatzförderungspflicht** und der **Abschluss von Kaufverträgen** in Vollzug des AVV (GLANZMANN, 34 ff; HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 14 ff; HUGUENIN, BT, N 1490; MEYER, 101 ff; REINERT, 1 f; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 131 Einl vor 184 ff; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6964). Die Partei, die den Bestand eines AVV behauptet, hat diese Elemente zu beweisen (s BGE 4C.126/2001 E 4.4).

2 Der AVV ist ein *Rahmenvertrag*, in dessen Vollzug der Lieferant (als Verkäufer) und der Abnehmer (als Käufer) **Kaufverträge** schliessen. Nur in Ausnahmefällen handelt es sich um **Werklieferungsverträge**, auch wenn die Produkte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht hergestellt sind. Typischerweise werden AVV für Produkte geschlossen, die serienmässig produziert werden und bei der die Warenlieferung gegenüber der mit der Herstellung verbundenen Arbeitsleistung im Vordergrund steht. Gegenstände mit Einmaligkeitscharakter sind selten Gegenstand

eines AVV (MEYER, 141 f; zur Abgrenzung zwischen Kauf und Werklieferung s HUGUENIN, BT, N 609 ff; ZINDEL/PULVER, BSK OR N 9 Vorb 363–379).

3 Der Abnehmer ist rechtlich selbständig. Er erwirbt gestützt auf die mit dem Lieferanten geschlossenen Kaufverträge in der Regel das Eigentum an den Produkten mit dem Ziel, die Produkte an seine Kunden weiterzuverkaufen. Gegenüber diesen tritt der **Abnehmer in eigenem Namen und auf eigene Rechnung** und nicht als Vermittler oder Vertreter des Lieferanten auf (ENGEL, Contrats, 763; MEYER, 109 f). Der Abnehmer wird daher auch als «Eigenhändler» oder «Vertragshändler» bezeichnet (HONSELL, Obligationenrecht, 439).

4 Der AVV dient dem Vertrieb der Produkte des Lieferanten. Daher sollte nur dann von einem AVV gesprochen werden, wenn der Abnehmer die vom Lieferanten bezogenen Produkte **unverändert und unter der Marke des Lieferanten** bzw des Herstellers weiterverkauft. Bezieht der Abnehmer Rohstoffe oder Halbfabrikate, um diese zu veredeln oder zu neuen Produkten zu verarbeiten, liegt kein AVV vor, auch wenn der Lieferant in dem Vertragsgebiet ausschliesslich den Abnehmer beliefert. Ebenfalls kein AVV liegt vor, wenn der Abnehmer die beim Lieferanten bezogenen Produkte zwar unverändert, aber unter seiner eigenen Marke weiterverkauft. In diesen Fällen fehlt in der Regel die für den AVV typische Absatzförderungspflicht für die Produkte des Lieferanten. Im Vordergrund steht dann nicht der Vertrieb der Produkte des Lieferanten durch den Abnehmer, sondern eine einfache – wenn auch exklusive – Lieferbeziehung (in der Regel ein Sukzessivlieferungsvertrag).

II. Erscheinungsformen

5 Gegenstand des AVV sind primär **Waren**. **Dienstleistungen** können zwar auch mittels AVV vertrieben werden, doch wird dafür in der Regel die Form des (allenfalls gebietsexklusiven) Franchising- oder des Lizenzvertrags gewählt, da bei Dienstleistungen die Nutzung der Immaterialgüterrechte und des Know-hows und weniger die Warenlieferung im Vordergrund stehen (s auch N 17; zur Abgrenzung HUGUENIN, BT, 1542; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 153 Einl vor 184 ff).

6 AVV werden *auf verschiedenen Marktstufen geschlossen*. Parteien des AVV können aufseiten des Lieferanten nicht nur Hersteller, sondern auch Zwischenhändler sein, die das Produkt ihrerseits beim Hersteller oder bei einem Zwischenhändler beziehen. In mehrstufigen Vertriebssystemen können auch mehrere AVV bestehen. Daher wird vorliegend vom **Lieferanten** und vom **Abnehmer** gesprochen, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass AVV unabhängig von der Funktion der Parteien (Hersteller, Zwischenhändler, Händler) geschlossen werden können.

7 Das Alleinvertriebsrecht wird im AVV **sachlich, räumlich und zeitlich beschränkt**. Die sachliche Beschränkung ergibt sich aus den Produkten, die mit dem AVV vertrieben werden *(Vertragsprodukte)*. Das Alleinvertriebsrecht und die Absatzförderungspflicht beschränken sich räumlich auf ein bestimmtes Territorium *(Vertragsgebiet)*, das je nach Situation unterschiedlich gross sein kann (von einzelnen Gemeinden/Regionen bis zu ganzen Kontinenten). Umfasst das Vertragsgebiet die gesamte Welt, sodass der Lieferant nur einen einzigen Abnehmer hat, der für den gesamten Vertrieb verantwortlich ist, so spricht man in der Regel nicht von einem AVV, sondern von einem Alleinbelieferungsvertrag (ZÄCH, Kartellrecht, N 70). In zeitlicher Hinsicht besteht das Alleinvertriebsrecht in der Regel für die Dauer des AVV. Gelegentlich wird das Alleinvertriebsrecht aber auch nur für einen Teil der Vertragsdauer (zB während der Markteinführungsphase eines neuen Produkts) eingeräumt, sodass sich der AVV nach Ablauf einer gewissen Zeit zu einem Vertriebsvertrag ohne Gebietsexklusivität wandelt.

8 Im AVV finden sich häufig **lizenzvertragliche Bestimmungen**, die dem Abnehmer das Recht einräumen, die Immaterialgüterrechte (insb Marken) des Lieferanten für den Vertrieb der Produkte und insbesondere zur Erfüllung seiner Absatzförderungspflicht (zB Marketing) zu nutzen. Sind solche Bestimmungen im AVV enthalten, so kann die Abgrenzung zum Franchising schwierig sein (s auch N 17; HONSELL, Obligationenrecht, 439; MEYER, 80 ff).

9 In einer arbeitsteiligen Wirtschaft kann der Lieferant entscheiden, ob er seine Produkte selbst oder mit Hilfe Dritter vertreibt. Der AVV ist für den Lieferanten eine mögliche Form des Vertriebs. Im Gegensatz zum Direktverkauf, dem Vertrieb über eigene Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen handelt es sich beim AVV um eine Form des **Fremdvertriebs**. Andere Formen des Fremdvertriebs sind insbesondere die Agentur, die Kommission, das Franchising, aber auch Sukzessivlieferungsverträge (zur Abgrenzung s N 12 ff).

10 Der **Vorteil** des AVV besteht für den Lieferanten in der geringen Kapitalintensität, da er keine eigene Vertriebsstruktur aufbauen muss, sondern die Absatzkanäle des Abnehmers nutzen kann. Hinzu kommt, dass der Abnehmer häufig über ein umfassendes Vertriebs-Know-how verfügt und mit den lokalen Besonderheiten vertraut ist, was insbesondere beim Eintritt in neue geografische Märkte von Bedeutung sein kann. Zudem übernimmt der Abnehmer das Absatzrisiko für die bezogenen Produkte (HONSELL, Obligationrecht, 440). Der Abnehmer kann vom allenfalls bereits vorhandenen Bekanntheitsgrad der Produkte des Lieferanten profitieren, und er kann die in den Vertrieb getätigten Investitionen (insb Marketingaufwendungen) im Vertragsgebiet exklusiv nutzen.

11 In der Regel ist **keine Partei des AVV besonders schutzbedürftig** (CAVIN, SPR VII/1, 175; HUGUENIN, BT, N 1530 ff). Ein Teil der Lehre attestiert dem Abnehmer mit Hinweis auf dessen Abhängigkeit und Unterordnung eine spezielle Schutzbedürftigkeit, analog zum Agenten oder zum Arbeitnehmer (so COTTI, N 854 f). Diese Auffassung verkennt, dass in der Praxis häufig nicht die verfügbaren Produkte, sondern die geeigneten Absatzkanäle knapp sind. Der Erfolg eines Produktes hängt oft gerade davon ab, welche Absatzkanäle (Vertriebspartner) sich ein Hersteller erschliessen kann. Die Verhandlungsposition des Abnehmers kann somit stärker sein als jene des Lieferanten. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass es Fälle gibt, in denen der Abnehmer weitgehend vom Lieferanten abhängig ist. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen der Abnehmer seinen gesamten Betrieb auf den Vertrieb der Produkte des Lieferanten ausrichten muss und vollständig in die Vertriebsorganisation des Lieferanten integriert wird. Solche Fälle dürfen aber nicht dazu verleiten, den Abnehmer pauschal als schutzbedürftige Partei zu qualifizieren, die Schutznormen des Agentur- oder Arbeitsrechts zu übernehmen und diesen Normen für den AVV sogar zwingenden Charakter zuzusprechen (so aber etwa COTTI, N 855, in Bezug auf die Karenzentschädigung bei einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot; anders OGer ZH, ZR 1979, 152 E 5c–e).

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007

III. Abgrenzungen

12 In Vollzug des AVV verkauft der Lieferant seine Produkte an den Abnehmer. Dazu schliessen die Parteien jeweils einen einzelnen **Kaufvertrag** (ausnahmsweise Werklieferungsvertrag; s N 2). Während der Kaufvertrag mit dem Austausch der Produkte gegen Bezahlung erfüllt ist, handelt es sich beim AVV um ein *Dauerschuldverhältnis* (HUGUENIN, BT, N 1505; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 135 Einl vor 184 ff).

13 Die Lieferung der Produkte im Rahmen des AVV weist grosse Ähnlichkeiten mit einem **Sukzessivlieferungsvertrag** auf (MEYER, 134 f). Auch im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrags verkauft der Lieferant seine Produkte kontinuierlich an den Abnehmer, sei es aufgrund einzelner Bestellungen oder aufgrund eines vertraglich festgelegten Lieferplans. Im Gegensatz zum Abnehmer im AVV geniesst der Abnehmer im Sukzessivlieferungsvertrag aber *keine Gebietsexklusivität*. Absatzförderungspflichten findet man gelegentlich zwar auch in Sukzessivlieferungsverträgen, doch gehen diese in der Regel weniger weit als in AVV, ist doch die umfassende Absatzförderungspflicht des Abnehmers regelmässig das Korrelat zur im AVV eingeräumten Gebietsexklusivität. Ein Sukzessivlieferungsvertrag und kein AVV liegt vor, wenn der Abnehmer die Produkte vor dem Weiterverkauf veredelt, verarbeitet oder mit einer anderen Marke versieht (s N 4).

14 AVV können – müssen aber nicht – auch im **selektiven Vertrieb** eingesetzt werden. Typisch für den selektiven Vertrieb sind die vom Lieferanten festgelegten Voraussetzungen, welche die Abnehmer erfüllen müssen, damit sie in das Vertriebsnetz aufgenommen werden. Diese meist qualitativen Voraussetzungen (sog *Standards*) sollen sicherstellen, dass die Produkte fachgerecht und entsprechend dem Markenimage vertrieben werden. Der Lieferant verpflichtet sich, die Produkte nur an Abnehmer zu liefern, welche diese Voraussetzungen erfüllen, und die Abnehmer dürfen die Produkte nicht an Händler verkaufen, die nicht zum selektiven Vertriebsnetz gehören (ZÄCH, Kartellrecht, N 66; REINERT, 2 f; s auch Ziff 2 der Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, abgedruckt in RPW 2002, 404 ff). Da der Lieferant auch im AVV häufig Vorgaben für den Weiterverkauf der Produkte macht (insb im Zusammenhang mit der Absatzförderungspflicht), sind die *Grenzen zum selektiven Vertrieb fliessend*.

15 Im Rahmen eines AVV verkauft der Abnehmer die Produkte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung weiter (s N 3). Darin unterscheidet sich der AVV vom **Agentur- und** vom **Kommissionsvertrag** (HUGUENIN, BT, N 1508; MEYER, 142 ff). Der Agent (Abschluss- und Vermittlungsagent) handelt in fremdem Namen und auf fremde Rechnung, während der Kommissionär zwar in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung handelt. Daher tragen sowohl der Agent als auch der Kommissionär lediglich ein Provisions- bzw Kommissionsrisiko, nicht aber das Absatzrisiko.

16 Der Abnehmer im AVV ist selbständiger Unternehmer, der seine geschäftlichen Entscheide unabhängig vom Lieferanten trifft. Dadurch unterscheidet sich der AVV vom **Arbeitsvertrag** und **Handelsreisendenvertrag**. Der Arbeitnehmer und der Handelsreisende sind in die Organisation des Arbeitgebers eingebunden und unterstehen dessen Weisungsrecht (BGE 78 II 36 E 1b; REHBINDER/PORTMANN, BSK OR 319, N 13; MEYER, 138 ff).

17 Ein **Franchisingvertrag** (insb bei Produktfranchising) enthält häufig – aber nicht zwingend – die typischen Elemente eines AVV (Alleinvertriebsrecht, Absatzförderungspflicht, Abschluss von Kaufverträgen), integriert aber den Franchisenehmer deutlich stärker in die Absatzorganisation des Franchisenehmers. Der Franchisenehmer hat in der Regel seinen gesamten Marktauftritt nach den Vorgaben des Franchisegebers zu gestalten, sodass er für die Kunden in der Regel gar nicht mehr als vom Franchisegeber unabhängiges Unternehmen zu erkennen ist (HONSELL, Obligationenrecht, 439; HUGUENIN, BT, N 1509; MEYER, 80 ff).

IV. Rechtsnatur

18 Als nicht gesetzlich geregelter Vertragstypus ist der AVV ein **Innominatvertrag**. Das zentrale Element des AVV – das Alleinvertriebsrecht – findet sich in dieser Form in keinem Nominatvertrag, was für die Qualifikation als **Vertrag sui generis** spricht (s auch Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT N 24 f; HUGUENIN, BT, 1501; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6972). Da andere Elemente des AVV aber auch in anderen Nominat- und Innominattypen enthalten sind, kann auch von einem gemischten Vertrag gesprochen werden (so GLANZMANN, 36 ff; KUHN, in: FS Keller, 192; SCHLUEP, SPR VII/2, 844; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 134 Einl vor 184 ff). Die Absatzförderungspflicht des Abnehmers weist grosse Ähnlichkeiten mit der entsprechenden Pflicht des Agenten auf (OR 418c; KUHN, in: FS Keller, 199 f), und in Vollzug des AVV werden Kaufverträge (OR 184 ff) geschlossen.

19 Der AVV ist ein **Rahmenvertrag** (HONSELL, Obligationenrecht, 439) und ein **Dauerschuldverhältnis** (HUGUENIN, BT, N 1491; MEYER, 110 f), in dessen Vollzug einzelne Kaufverträge geschlossen werden. Der AVV ist *kein Vorvertrag* (OR 22); lediglich in Bezug auf die einzelnen zu schliessenden Kaufverträge kann der AVV als Vorvertrag qualifiziert werden, sofern er die Verpflichtung enthält, Kaufverträge abzuschliessen (SCHLUEP, SPR VII/2, 844), was in der Regel der Fall ist (s N 28).

20 Der AVV umfasst gleichzeitig zwei Austauschverhältnisse **(Doppelsynallagma)**: Einerseits das Alleinvertriebsrecht und die Absatzförderungspflicht sowie andererseits die Lieferpflicht und die Pflicht zur Bezahlung des Kaufpreises im Rahmen der zu schliessenden Kaufverträge (BGE 78 II 34 E 1a; HUGUENIN, BT, N 1523; KUHN, in: FS Keller, 193; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 141 Einl vor 184 ff).

V. Entstehung

21 Der AVV bedarf **keiner besonderen Form** (OR 11 I; ENGEL, Contrats, 764; RODONDI, 95). Lieferant und Abnehmer können frei entscheiden, ob und mit wem sie einen AVV schliessen **(Abschlussfreiheit)**. Besteht für ein Gebiet bereits ein AVV, so hindert das darin eingeräumte Alleinvertriebsrecht den Lieferanten daran, für das gleiche Gebiet einen weiteren AVV zu schliessen.

22 In Ausnahmefällen kann der Abschluss eines AVV gegen das **Kartellrecht** verstossen. Dies kann – muss aber nicht – der Fall sein, wenn entweder der Lieferant mit dem Vertragsprodukt (Angebotsmacht) oder der Abnehmer in Bezug auf die möglichen Absatzkanäle (Nachfragemacht) über eine marktbeherrschende Stellung gemäss KG 4 II verfügt (zum Begriff s BORER, KG 4 N 15 ff). Als Grundsatz ist davon auszugehen, dass es auch **marktbeherrschenden Unternehmen** zumindest während der Markteinführungsphase eines neuen Produkts erlaubt sein muss, einen AVV (als Lieferant oder Abnehmer) zu schliessen. Heikel sind AVV in der Regel nur, wenn das Produkt des Lieferanten über einen hohen Marktanteil und eine ganz besondere Marktstellung verfügt, sodass andere Abnehmer auf das Produkt an-

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007

gewiesen sind, um im Wettbewerb bestehen zu können (sog **«must-in-stock» Produkt**). In diesem Fall kann der mit einen einzelnen Abnehmer geschlossene AVV die Konkurrenten dieses Abnehmers im Wettbewerb benachteiligen und ausnahmsweise eine kartellrechtlich verpönte Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (KG 7 II a) darstellen (s dazu BORER, KG 7 N 10 ff; ZÄCH, Kartellrecht, 316 ff). Zu weiteren kartellrechtlichen Schranken s N 34 ff.

VI. Inhalt und Auslegung

23 Die auch im Bereich der Innominatverträge geltende **Vertragsfreiheit** erlaubt den Parteien des AVV, die Rechte und Pflichten weitgehend frei zu gestalten. In der Praxis variieren denn AVV auch stark und zwar sowohl in Bezug auf die vertragstypischen Elemente (Alleinbezugsrecht, Absatzförderungspflicht, Abschluss von Kaufverträgen) als auch auf die zahlreichen in AVV enthaltenen Nebenabreden (s GLANZMANN, 22 ff; HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 16 ff). Der konkrete Inhalt ist daher immer durch Auslegung des einzelnen Vertrages zu ermitteln. Folgende Überlegungen können dabei als Richtlinien dienen (allgemein zu Auslegung und Ergänzung s Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT N 26 ff):

24 Das dem Abnehmer eingeräumte **Alleinvertriebsrecht** verpflichtet den Lieferanten, die Vertragsprodukte im Vertragsgebiet ausschliesslich an den Abnehmer zu liefern (HUGUENIN, BT, 1511; MEYER, 112 f; RODONDI, 100 ff). Ohne andere vertragliche Regelung ist davon auszugehen, dass der Lieferant im Vertragsgebiet nicht nur keine anderen Wiederverkäufer beliefern darf, sondern es auch zu unterlassen hat, die Vertragsprodukte selber zu vertreiben (TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6983). Umstritten ist, ob sich der Lieferant mit der Einräumung des Alleinvertriebsrechts auch verpflichtet, den **indirekten Absatz** der Vertragsprodukte zu verhindern, also insbesondere gegen Verkäufe vorzugehen, die von anderen (gebietsfremden) Abnehmern getätigt werden (s dazu MEYER, 333 ff). In der Literatur und der älteren Rechtsprechung wird eine solche Pflicht zT weitgehend bejaht (HGer ZH, SJZ 1922/23, 363; differenzierend OGer ZH, ZR 1977, 127 f; SCHLUEP, SPR VII/2, 845). Diese Auffassung ist heute zu präzisieren, da ein in Vertriebsverträgen eingeräumter absoluter Gebietsschutz kartellrechtlich heikel ist (s N 34 ff.). Die den Abnehmern auferlegte Pflicht, ausserhalb des eigenen Vertragsgebiets auch jene Kunden nicht zu beliefern, die von sich aus an den Abnehmer gelangen (sog Passivverkäufe ausserhalb des Vertragsgebiets), erfüllt den Tatbestand von KG 5 IV. *Generelle Passivverkaufsverbote sind damit in der Regel unzulässig und ex tunc nichtig bzw teilnichtig* (OR 20; zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge JACOBS/BÜRGI, SJZ 2004, 151 ff). Daher kann sich aus dem eingeräumten Alleinvertriebsrecht keine Pflicht des Lieferanten ergeben, gegen Passivverkäufe gebietsfremder Abnehmer vorzugehen. Dagegen darf der Abnehmer erwarten, dass der Lieferant seinen gebietsfremden Partnern untersagt, im Vertragsgebiet des Abnehmers aktiv Kunden zu werben. Solche *aktiven Verkaufsverbote* sind kartellrechtlich in der Regel *zulässig*. In diesem Umfang ist davon auszugehen, dass der Lieferant verpflichtet ist, den indirekten Absatz mit angemessenen Massnahmen zu verhindern, etwa indem er den gebietsfremden Abnehmer vertraglich untersagt, andere Gebiete aktiv zu bearbeiten.

25 Dem Alleinvertriebsrecht steht nicht zwingend eine **Alleinbezugsverpflichtung** des Abnehmers gegenüber (aM MEYER, 113 f, für den die Alleinbezugsverpflichtung zum Kernbereich des AVV gehört). Insbesondere kann der Abnehmer die Vertragsprodukte auch bei anderen (gebietsfremden) Abnehmern beziehen (sog *Parallelimport*). Die Möglichkeit solcher Parallelimporte darf in der Regel aus kartellrechtlichen Gründen vertraglich nicht ausgeschlossen werden (s N 24 und 34 ff). Eine andere Frage ist, ob der Abnehmer auch Produkte anderer Hersteller vertreiben darf oder ob für solche Produkte ein Konkurrenzverbot gilt (s dazu N 29).

26 Eine **Mindestbezugsverpflichtung** des Abnehmers besteht nur, wenn sich eine solche explizit oder durch Auslegung aus dem Vertrag ergibt, was in der Praxis häufig der Fall ist. Vertragstypisch ist sie dagegen nicht; vielmehr ist ohne anders lautende vertragliche Regelung davon auszugehen, dass der Abnehmer zwar den Absatz der Produkte zu fördern hat, jedoch keine minimale Menge abnehmen muss. Auslegungsschwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn der AVV *Zielmengen* nennt (s N 27), ohne klarzustellen, ob es sich dabei um eine verbindliche Mindestbezugsverpflichtung handelt oder ob damit lediglich eine Indikation für das von beiden Parteien erwartete Absatzvolumen gegeben werden soll.

27 Die **Absatzförderungspflicht** des Abnehmers ist das Gegenstück zum eingeräumten Alleinvertriebsrecht (HUGUENIN, BT, N 1515; RODONDI, 102 ff; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6987). Wenn sich der Lieferant verpflichtet, die Produkte im Vertragsgebiet nur über den Abnehmer zu vertreiben, so muss sich der Abnehmer im Vertragsgebiet für den Absatz der Produkte intensiv einsetzen. Dies verlangt zB das Durchführen von Marktanalysen, das Schalten von Werbung, die Teilnahme an Messen, das aktive Angehen potenzieller Kunden etc (RODONDI, 102 ff). Aus der Sicht des Lieferanten besteht die Herausforderung darin, die Absatzförderungspflicht im AVV möglichst mit messbaren Grössen zu konkretisieren. Gelingt dies nicht, so ist es für den Lieferanten regelmässig schwierig, dem Abnehmer eine Verletzung der Absatzförderungspflicht nachzuweisen und etwa mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (OR 82; s dazu N 32) dem Abnehmer das Alleinvertriebsrecht zu entziehen. Deshalb werden im AVV häufig *quantitative Ziele* festgelegt (Zielmengen), deren Erreichen mit dem Erfüllen der Absatzförderungspflicht gleichgesetzt wird. Der *Lieferant* hat den Abnehmer in Bezug auf dessen Absatzförderungspflicht zumindest insoweit zu unterstützen, als der Abnehmer auf die Mitwirkung des Lieferanten angewiesen ist (zB Lieferung von Mustern, Dokumentationen etc). Die Verletzung der Absatzförderungspflicht kann einen wichtigen Grund darstellen, der den Lieferanten zur ausserordentlichen Beendigung des AVV berechtigt (OGer LU, SJZ 1948, 310; s dazu N 43).

28 Die Absatzförderungspflicht impliziert, dass für den Lieferanten grundsätzlich eine **Pflicht zum Abschluss von Kaufverträgen** besteht, wenn der Abnehmer Vertragsprodukte im vertraglich vereinbarten Umfang bestellt (MEYER, 341 f). Anderenfalls würde der Abnehmer Gefahr laufen, dass sich seine – auch im Interesse des Lieferanten – getätigten Absatzbemühungen (Marketing etc) als nutzlos erweisen. Welche Mengen der Abnehmer zu welchem Zeitpunkt abrufen kann, muss beim Fehlen einer klaren vertraglichen Regelung durch Auslegung ermittelt werden. Will der Lieferant durch den AVV nicht zum Abschluss der Kaufverträge verpflichtet sein, so muss er sich dies vertraglich vorbehalten. Die Bedingungen der einzelnen Kaufverträge (Preis, Gewährleistung, Lieferfristen, Zahlungsfristen etc) werden in der Regel bereits im AVV festgelegt.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007

29 Der Lieferant räumt dem Abnehmer das Alleinvertriebsrecht meist in der Erwartung ein, dass sich der Abnehmer intensiv für den Absatz der Vertragsprodukte einsetzt. Diese Erwartung wird enttäuscht, wenn der Abnehmer auch noch konkurrenzierende Produkte vertreibt. Ob deshalb auch ohne explizite vertragliche Regelung während des AVV ein **Konkurrenzverbot** besteht, ist umstritten (tendenziell bejahend KUHN, in: FS Keller, 201; MEYER, 117; verneinend HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 28). *Nach der hier vertretenen Auffassung* sollte ohne klare Regelung ein Konkurrenzverbot während des AVV nur angenommen werden, wenn sich aus dem Vertrag eine besonders weitgehende Treuepflicht des Abnehmers ergibt (ähnlich SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 146 Einl vor 184 ff; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6990). Für eine zurückhaltende Annahme eines Konkurrenzverbots spricht auch das Kartellrecht. Die WEKO geht davon aus, dass Konkurrenzverbote von mehr als fünf Jahren erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen darstellen (Ziff 3 lit f der Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, abgedruckt in RPW 2002, 404 ff), die nur zulässig sind, wenn sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (KG 5 II). Ein **nachvertragliches Konkurrenzverbot** wird von Lehre und Rechtsprechung in analoger Anwendung der agentur- und arbeitsvertraglichen Bestimmungen (OR 418d, 340–340c) bejaht (OGer ZH, ZR 1979 156 E 6–7; COTTI, N 854; HONSELL, Obligationenrecht, 441; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6989). Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot muss somit schriftlich vereinbart werden (OR 340 I), und es ist nur verbindlich, wenn die Voraussetzungen von OR 340 II erfüllt sind. Der Einblick in den Kundenkreis ist zu bejahen, auch wenn der Abnehmer im Rahmen eines AVV in der Regel die Kunden des Lieferanten nicht kennt, aber über eigene Kunden verfügt (OGer ZH, ZR 1979, 155 E 6a). OR 340c (Wegfall des Konkurrenzverbots) ist auf den AVV analog anwendbar (OGer ZH, ZR 1979, 156 E 7). Nachvertragliche Konkurrenzverbote sind nach Ort, Zeit und Gegenstand zu beschränken (OR 340a I). Hinzu kommen die kartellrechtlichen Schranken, stellen doch nachvertragliche Konkurrenzverbote von mehr als einem Jahr nach Auffassung der WEKO erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen dar, die nur beim Vorliegen von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind (Ziff 3 lit f der Bekanntmachung der WEKO).

30 Die Lieferungen erfolgen in der Regel gestützt auf einzelne Kaufverträge, sodass darauf das kaufvertragliche **Gewährleistungsrecht** (OR 192 ff) zur Anwendung kommt (HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 24 ff; HONSELL, Obligationenrecht, 440; HUGUENIN, BT, N 1522; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 140 Einl vor 184 ff). Nur in Ausnahmefällen sind die werkvertraglichen Gewährleistungsregeln anzuwenden (s N 2).

31 Soweit der AVV die Folgen von **Leistungsstörungen** nicht regelt, kommen die Bestimmungen des OR AT zur Anwendung (insb **OR 97 ff**; HUGUENIN, BT, N 1520; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6991). Eine Verletzung des Alleinvertriebsrechts wie auch eine nicht gehörige Erfüllung der Absatzförderungspflicht stellen Vertragsverletzungen dar, die nach OR 97 Schadenersatzpflichten auslösen können. Das Gleiche gilt für Leistungsstörungen im Zusammenhang mit den in Vollzug des AVV geschlossenen Kaufverträgen (HGer ZH, SJZ 1955, 329 ff). Da es sich beim AVV um ein Dauerschuldverhältnis handelt, kommt ein eigentliches Rücktrittsrecht gemäss OR 107 ff nicht in Frage (HUGUENIN, BT, N 1521; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR Einl vor 184 ff, N 139; BGE 89 II 34 E2). Dieses wandelt sich zu einem *ausserordentlichen Kündigungsrecht* (BGE 78 II 36 E 1b). Berührt eine Leistungsstörung aber nicht den AVV als Ganzes, so kann nach OR 107 ff vorgegangen werden (zB Lieferverzögerung bei einem einzelnen Kaufvertrag; s SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 139 Einl vor 184 ff).

32 Je innerhalb der beiden für den AVV typischen Synallagmen (zwischen Alleinvertriebsrecht und Absatzförderungspflicht einerseits und zwischen Liefer- und Abnahme- bzw Zahlungspflicht andererseits) können sich die Parteien auf **OR 82** berufen (HUGUENIN, BT, N 1523; KUHN, in: FS Keller, 193; MEYER, 249 f; RODONDI, 105 f). So kann etwa der Lieferant weitere Lieferungen verweigern, wenn der Abnehmer mit der Bezahlung des Kaufpreises für eine frühere Lieferung in Verzug ist (BGE 78 II 34 E 1a; CAVIN, SPR VII/1, 175). Dagegen ist umstritten, ob das Leistungsverweigerungsrecht auch *«über das Kreuz»* geltend gemacht werden kann, etwa indem der Lieferant das Alleinvertriebsrecht des Abnehmers nicht mehr achtet, wenn dieser in Zahlungsverzug geraten ist. In der Regel ist ein solches Recht zu verneinen (BGE 107 II 223 E 2; OGer ZH, ZR 1932, 367 f; HUGUENIN, BT, N 1524; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 141 Einl vor 184 ff; SIMMEN, 46 f). Die Lehre weist aber zu Recht darauf hin, dass es Fälle gibt, in denen die verschiedenen vertraglichen Rechte und Pflichten derart eng miteinander verbunden sind, dass die beiden Synallagmen zu einem einzigen verschmelzen, womit die Anwendbarkeit von OR 82 auch «über das Kreuz» möglich sein soll (HUGUENIN, BT, N 1524; KUHN, in: FS Keller, 194; SCHLUEP, SPR VII/2, 847; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 141 Einl vor 184 ff; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6993). Dies kann nicht nur dann der Fall sein, wenn der Abnehmer weitgehend in die Verkaufsorganisation des Lieferanten integriert ist, sondern auch wenn umgekehrt der Lieferant stark in den Beschaffungsorganisation des Abnehmers eingebunden ist.

33 Anders als der Agent (OR 418u) hat der Abnehmer bei Beendigung des AVV grundsätzlich *keinen* Anspruch auf **Kundschaftsentschädigung**. Die Rechtsprechung hat einen solchen Anspruch bisher verneint (BGE 88 II 169 E 7; Tribunal d'Appello TI, Rep 1978, 329 f; Cour de Justice GE, SJ 1970, 40 f; KGer SG, SJZ 1958, 187), was für den Regelfall auch von der Lehre unterstützt wird (differenzierend und ausführlich dazu BAUDENBACHER, in: FG Schluep, 87 ff; weiter auch HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 30; HUGUENIN, BT, N 1528 ff; MEYER, 245 ff, 296 ff; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 145 Einl vor 184 ff). Begründet wird dies mit dem fehlenden besonderen Schutzbedürfnis des Abnehmers und der Tatsache, dass der Abnehmer – anders als der Agent – die Kundenbeziehung nach Beendigung des AVV weiterhin nutzen kann. Die Kundschaftsentschädigung des Agenten ist demgegenüber das Entgelt für das Überlassen der Kundenbeziehung. Das Bundesgericht deutete an, dass *ausnahmsweise* eine analoge Anwendung von OR 418u denkbar sei. Dies könne der Fall sein, wenn der Abnehmer weitgehend in die Verkaufsorganisation eingegliedert sei, der Lieferant über umfassende Kontrollrechte verfüge und der Kundenstamm des Abnehmers bei Beendigung des AVV faktisch auf den Lieferanten übergehe (BGE 88 II 169 E 7). Dass ein Entschädigungsanspruch in solchen Ausnahmefällen zu prüfen ist, wird von der Mehrheit der Lehre befürwortet (BAUDENBACHER, in: FG Schluep, 87 ff.; KUHN, in: FS Keller, 202 f; MEYER, 296 ff; SCHLUEP, SPR VII/2, 847 f.; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6996; eher ablehnend ENGEL, Contrats, 772; HUGUENIN, BT, N 1528 ff). Eine Kundschaftsentschädigung sollte *nach der hier vertretenen Auffassung* – wenn überhaupt – nur sehr zurückhaltend zugesprochen werden. Auch eine weitgehende

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007

Eingliederung des Abnehmers oder umfassende Kontrollrechte des Lieferanten sind das Ergebnis von Verhandlungen zwischen grundsätzlich gleichgestellten Partnern, sodass eine Korrektur von Leistung und Gegenleistung durch den Richter nicht ohne Not erfolgen sollte. Abzulehnen ist die analoge Anwendung von OR 418u auf den AVV, wenn die Parteien eine Kundschaftsentschädigung vertraglich ausgeschlossen haben. Zwingendes Recht ist im OR die Ausnahme und in der Regel nur bei besonderen öffentlichen Interessen oder einem ausgeprägten Schutzbedürfnis einer Partei anzunehmen. Davon ist aber beim Abnehmer eines AVV nicht per se auszugehen (s auch N 11; CAVIN, SPR VII/1, 175; HUGUENIN, BT, N 1530 ff).

VII. Kartellrechtliche Schranken

34 Der AVV steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Kartellrecht, das den wirksamen Wettbewerb schützen will (KG 1). Mit einem AVV wird dem Abnehmer für das Vertragsgebiet das Alleinvertriebsrecht eingeräumt, wodurch der Abnehmer im Vertragsgebiet zum einzigen Anbieter der Produkte des Lieferanten wird. In Bezug auf die Produkte des Lieferanten wird damit ein Wettbewerb unter verschiedenen Abnehmern (sog **Intrabrand-Wettbewerb**; ZÄCH, Kartellrecht, N 64) weitgehend ausgeschlossen. Der AVV ist aber häufig auch das effiziente Instrument, um ein neues Produkt im Markt zu lancieren und damit den Wettbewerb unter den Produkten verschiedener Hersteller (sog **Interbrand-Wettbewerb**; ZÄCH, Kartellrecht, N 64) zu intensivieren. AVV sind daher aus kartellrechtlicher Sicht ambivalent; ob ihre pro- oder ihre anti-kompetitiven Auswirkungen überwiegen, muss im Einzelfall beurteilt werden. Aus dem Kartellrecht können sich für die Ausgestaltung des AVV Schranken ergeben.

35 AVV werden in der kartellrechtlichen Literatur als **vertikale Wettbewerbsbeschränkungen** bezeichnet, da sie zwischen Unternehmern verschiedener Marktstufen geschlossen werden. Der AVV wird vom Kartellgesetz erfasst, wenn eine *Abrede* iSv KG 4 I vorliegt, was regelmässig der Fall sein dürfte (zum Begriff der Abrede und der Praxis s BORER, KG 4 N 3 ff; DAVID/JACOBS, N 471 ff). Aus der Unterstellung unter das KG folgt aber nicht die Unzulässigkeit des AVV. Diese ist anhand von KG 5 – eher selten anhand von KG 7 (s N 22) – zu beurteilen. Die vorliegende Kommentierung beschränkt sich dazu auf einige Grundzüge und verweist auf die einschlägige Kartellrechtsliteratur (etwa AMSTUTZ/REINERT, 69 ff; HOCH CLASSEN, 1 ff; KAUFMANN, 1 ff; MÜNCH/MAILLEFER/HUNGER, 239 ff; REINERT, 1 ff; ZÄCH, Sanktionsbedrohte Verhaltensweisen, 23 ff).

36 Gemäss **KG 5** sind Wettbewerbsabreden nur dann unzulässig, wenn sie (i) den **Wettbewerb beseitigen** oder (ii) den **Wettbewerb erheblich beeinträchtigen**, ohne durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertig zu sein. KG 5 IV stellt für gewisse vertikale Abreden die Vermutung auf, dass sie den Wettbewerb beseitigen und damit unzulässig sind. Es sind dies Abreden über Mindest- oder Festpreise für den Weiterverkauf der Produkte sowie Abreden über die Zuweisung von Gebieten, sofern damit Verkäufe durch gebietsfremde Partner ausgeschlossen sind. Diese **vermutungsweise den Wettbewerb beseitigenden Klauseln** sind auch für den AVV relevant. Im Einzelnen:

37 Schreibt der Lieferant dem Abnehmer in einem AVV vor, zu welchem Preis er die Produkte weiterzuverkaufen hat (sog **Preisbindung zweiter Hand**), ist dies vermutungsweise kartellrechtswidrig (KG 5 IV). Der Tatbestand ist sowohl bei der Vorgabe eines Festpreises als auch eines Mindestpreises erfüllt. Davon erfasst sind auch die Fixierung von Preisbestandteilen oder indirekte Preisvorgaben wie etwa Höchstrabatte, Preiskorridore oder die Bindung an den Preis von Konkurrenzprodukten (BORER, KG 5 N 41; DAVID/JACOBS, N 514; ZÄCH, Sanktionsbedrohte Verhaltensweisen, 40; aM AMSTUTZ/REINERT, 94 f). Dagegen ist es zulässig, dass der Lieferant für den Weiterverkauf seiner Produkte dem Abnehmer einen Höchstpreis oder eine unverbindliche Preisempfehlung vorgibt. Solange der Lieferant keinen Druck ausübt oder Anreize setzt, damit eine unverbindliche Preisempfehlung oder ein Höchstpreis eingehalten wird, sind solche Preisvorgaben auch dann zulässig, wenn sich die Abnehmer daran halten sollten (AMSTUTZ/REINERT, 88 ff, 95 ff; DAVID/JACOBS, N 516 ff; aM WEBER/ZEIER, ZWeR 2005, 184).

38 Der zweite für den AVV relevante Vermutungstatbestand von KG 5 IV betrifft den **absoluten Gebietsschutz**. Auch wenn der Lieferant dem Abnehmer das Vertragsgebiet exklusiv zuordnet, darf er keine Massnahmen treffen, die sog **Passivverkäufe** in das Vertragsgebiet verhindern würden. Als Passivverkäufe gelten Geschäfte, bei denen Kunden aus dem Vertragsgebiet von sich aus an einen gebietsfremden Abnehmer gelangen und diesen um Abschluss eines Kaufvertrags ersuchen. Dem gebietsfremden Abnehmer muss es erlaubt sein, solche Kaufverträge zu schliessen, wobei der gebietsfremde Abnehmer frei entscheiden kann, ob er dies will – es besteht kein Kontrahierungszwang. Dagegen darf der Lieferant seinen Abnehmern untersagen, ausserhalb des Vertragsgebiets die Produkte aktiv zu verkaufen, etwa indem sie dort werben oder aktiv Kunden angehen (BORER, KG 5 N 42 ff; DAVID/JACOBS, N 519 ff; ZÄCH, Sanktionsbedrohte Verhaltensweisen, 41). Durch die Verpflichtung, Passivverkäufe zu dulden, setzt das Kartellrecht dem Alleinvertriebsrecht des Abnehmers im Vertragsgebiet gewisse Schranken (s N 24).

39 Für Preisbindungen zweiter Hand und absoluten Gebietsschutz stellt KG 5 IV die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs auf. Diese Vermutung kann durch den Nachweis ausreichenden Innen- oder Aussenwettbewerbs widerlegt werden. Umstritten ist, ob für die **Widerlegung der Vermutung** nur der Wettbewerb in Bezug auf die Produkte des Lieferanten (Intrabrand-Wettbewerb) oder auch der Wettbewerb unter den Produkten verschiedener Lieferanten (Interbrand-Wettbewerb) zu berücksichtigen ist. Die Mehrheit der Autoren spricht sich richtigerweise für die *Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs* aus (so etwa AMSTUTZ/REINERT, 111 ff; BORER, KG 5 N 30; DAVID/JACOBS, N 526; aM WEBER/ZEIER, ZWeR 2005, 187 ff; ZÄCH, Sanktionsbedrohte Verhaltensweisen, 111 ff). Kann die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt werden, so bedeutet dies noch nicht, dass die Abrede zulässig ist. In der Regel **beeinträchtigt** eine solche Abrede **den Wettbewerb erheblich** (KG 5 I), sodass die Abrede nur dann zulässig ist, wenn sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (zur Rechtfertigung s AMSTUTZ/REINERT, 122 ff; BORER, KG 5 N 44 ff; HOCH CLASSEN, 281 ff). Im Anschluss an die Widerlegung der Vermutung wird daher in der Regel noch eine *Effizienzprüfung* gemäss KG 5 II durchzuführen sein, bevor feststeht, ob die Abrede mit dem KG zu vereinbaren ist (s dazu zB BGE 129 II 40 E 9.5 – 10).

40 Die WEKO hat den Begriff der **Erheblichkeit** in ihrer Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden in qualitativer und quantitativer Weise konkretisiert (Ziff 3 – 4 der Bekanntmachung, abgedruckt in RPW 2002, 404 ff). Daraus ergeben sich weitere *Anhaltspunkte* für die Beurteilung der Frage, welche Klauseln eines AVV kartellrechtlich heikel sein können. Neben den bereits erwähnten Preisbindungen

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007

zweiter Hand und dem absoluten Gebietsschutz erachtet die WEKO Wettbewerbsverbote als erheblich, sofern sie dem Abnehmer den Vertrieb konkurrenzierender Produkte für mehr als fünf Jahre während des AVV oder für mehr als ein Jahr nach Beendigung des AVV untersagen (Ziff 3 lit f der Bekanntmachung).

41 Die **Rechtsfolgen** kartellrechtswidriger Bestimmungen eines AVV können zivil- und verwaltungsrechtlicher Natur sein. Nach heute herrschender Auffassung sind Verträge, die gegen das KG verstossen, zivilrechtlich ex tunc nichtig bzw teilnichtig (BORER, KG N 3 ff Vorb 12–17; BÜRGI, 224 ff; HOCH CLASSEN, 343 ff; JACOBS/BÜRGI, SJZ 2004, 151 ff). In einem AVV wird die *Teilnichtigkeit* die Regel sein, da davon auszugehen ist, dass die Parteien den AVV auch ohne die kartellrechtswidrigen Klauseln (zB Preisbindung, absoluter Gebietsschutz) geschlossen hätten (OR 20 II; s dazu die dortige Kommentierung sowie HUGUENIN, BSK OR 19/20 N 61 ff). Der Richter kann die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsbeschränkungen auch auf das zulässige Mass reduzieren (*modifizierte Teilnichtigkeit*; HOCH CLASSEN, 349 f; zurückhaltend BÜRGI, 283 f). Die **Nichtigkeit ex tunc** bedeutet insbesondere, dass es zur Unverbindlichkeit der kartellrechtswidrigen Bestimmungen eines AVV keiner gerichtlichen Feststellung bedarf. Gemäss KG 49a I kann die WEKO für gewisse Kartellrechtsverstösse **hohe Bussen** verhängen (bis zu 10% des in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielten Umsatzes). Mit Bussen bedroht sind auch die für den AVV relevanten Tatbestände gemäss KG 5 IV (Preisbindung zweiter Hand und absoluter Gebietsschutz; s dazu N 37 f). Umstritten ist, ob Bussen auch dann ausgesprochen werden können, wenn die Vermutung gemäss KG 5 IV zwar widerlegt werden kann, die Abrede aber eine erhebliche und nicht zu rechtfertigende Wettbewerbsbeschränkung darstellt (verneinend etwa AMSTUTZ/REINERT, 14 f; BORER, KG 49a N 8; HOFFET/NEFF, Anwaltsrevue 2004, 130; JACOBS/BÜRGI, SJZ 2004, 149 f; bejahend etwa ZÄCH, Sanktionsbedrohte Verhaltensweisen, 32 ff). Bussen können vermieden werden, indem der AVV der WEKO gemeldet wird, bevor er Wirkungen entfaltet (KG 49a III a; SVKG 15 ff; zur Meldemöglichkeit BORER, KG 49a N 26 ff; BRAUCHLIN, Rz 1 ff; DUCREY, 151 ff; JACOBS, Rz 1 ff). Ist der AVV bereits in Kraft, so kann eine Partei eine Selbstanzeige machen mit der Wirkung, dass ihr keine oder nur eine reduzierte Busse auferlegt wird (sog *Bonusregelung* gemäss KG 49a II; SVKG 8 ff; zur Bonusregelung BORER, KG 49a N 20 ff; DÄHLER/KRAUSKOPF, 144 ff).

VIII. Beendigung

42 Die Parteien sind in der Festlegung der Dauer und der Kündigungsfristen des AVV frei. Hat der AVV eine bestimmte Laufzeit, so endet er mit deren Ablauf (MEYER, 269; RODONDI, 107). Ist der AVV auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und fehlt eine vertragliche Regelung, so gilt für die **ordentliche Kündigung** *während* des ersten Jahres OR 418q I analog (Frist von einem Monat auf das Ende des folgenden Kalendermonats; HARTMANN/EGLI/MEYER-HAUSER, 31; KUHN, in: FS Keller, 197 f; MEYER, 271; SCHLUEP, SPR VII/2, 846; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 142 Einl vor 184 ff). *Nach* dem ersten Jahr kann der AVV in Analogie zu OR 546 I mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden. Aufgrund der vergleichbaren Interessenlagen wird die gesellschaftsrechtliche Kündigungsfrist in der Regel sachgerecht sein (KUHN, in: FS Keller, 197 f; MEYER, 272; SCHLUEP, SPR VII/2, 846; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 142 Einl vor 184 ff; s auch BGE 107 II 217 E 3–4).

43 Der AVV ist ein Dauerschuldverhältnis. Damit ergibt sich die Möglichkeit einer **ausserordentlichen Kündigung** aus wichtigem Grund ex nunc aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (HONSELL, Obligationenrecht, 441; s auch BGE 128 II 429 E 3; zu den typischen wichtigen Gründen s CHERPILLOD, 445 ff.; VULLIETY, SJ 2003 II, 94 ff). Einer analogen Anwendung von OR 418r I bedarf es dazu nicht (OGer ZH, ZR 1979, 152 E 5a; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 143 Einl vor 184 ff; so aber BGE 89 II 34 E 2; 78 II 36 E 1b; 60 II 336; s auch 99 II 310 E 5a). Der *Tod* des Abnehmers ist regelmässig, der Tod des Lieferanten nur ausnahmsweise ein ausserordentlicher Beendigungsgrund ex nunc (BGE 54 II 378 E 3; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 143 Einl vor 184 ff). Ebenfalls zur Beendigung ex nunc führen der *Konkurs* des Lieferanten oder des Abnehmers (HGer ZH, SJZ 1978, 110; SCHLUEP/AMSTUTZ, BSK OR N 143 Einl vor 184 ff; TERCIER, Les contrats spéciaux, N 6995).

IX. IPR

44 Im internationalen Verhältnis kommt beim Fehlen einer Rechtswahl nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auf den AVV das **Recht des Staates** zur Anwendung, **in dem der Abnehmer seine Niederlassung hat**, da der Vertrieb durch den Abnehmer und nicht der Verkauf der Produkte die gemäss IPRG 117 II charakteristische Leistung des AVV ist (BGE 124 III 192 E 4; 100 II 451; AMSTUTZ/VOGT/WANG, BSK IPR 117 N 61; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, ZK IPR 117 N 190). Auf die *einzelnen Kaufverträge*, die in Vollzug des AVV geschlossen werden, ist dagegen gemäss IPRG 117 II a das Recht des Staates anwendbar, in dem der Lieferant seine Niederlassung hat. Auch das Wiener Kaufrechtsübereinkommen kann auf die Kaufverträge anwendbar sein (OGer LU, LGVE 1997 I, 1 ff). *Ausnahmsweise* kann IPRG 117 II a auch das auf den AVV anwendbare Recht bestimmen, wenn die Absatzförderungspflichten des Abnehmers nur eine geringe Bedeutung haben, sodass sich der AVV praktisch einem Sukzessivlieferungsvertrag mit Gebietsexklusivität annähert. Um Unklarheiten zu vermeiden, sollten die Parteien nicht nur für den AVV eine **klare Rechtswahl** treffen, sondern ebenso festhalten, ob diese Rechtswahl auch für die einzelnen Kaufverträge gelten soll. Anderenfalls müssen sie damit rechnen, dass auf den AVV und die Kaufverträge verschiedene Rechte anwendbar sind.

Vorb 184 ff / Franchisevertrag

Literaturverzeichnis

BAUDENBACHER CARL, Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen und im europäischen Recht, in: Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2.A, Bern/Stuttgart/Wien 1992, 365 ff (zit BAUDENBACHER, Behandlung); EBNETER MARTIN J, Der Franchise-Vertrag, Zürich 1997; FLOHR ECKHARD, Franchiserecht, Recklinghausen 2002; FREY URS, Franchising als strategische Wahl, in: Franchising, Sonderdruck des