



Kommentar zu: Urteil: [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Alleinvertriebsvertrag: Schadenersatz wegen Leistungsstörungen

Von den Schwierigkeiten in der Zuordnung von Leistungsstörungen im OR AT (hier: Lieferunterbruch und Einstellung der Produktregistrierung), den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 82 OR und der Auslegung von Freizeichnungsklauseln

Autor / Autorin

Andrea Haefeli, Carmen Stetter, Dario Galli, Markus Vischer

walderwys

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

Im Urteil 4A_237/2023 vom 18. April 2024 entschied das Bundesgericht, dass der von der Lieferantin wegen Auditproblemen zu verantwortende Lieferunterbruch als Schuldnerverzug (Art. 103 Abs. 1 OR) und nicht als Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR) qualifiziere. Ob die vereinbarte Freizeichnungsklausel nach Art. 100 Abs. 1 OR nichtig wäre, liess es offen. Weiter stelle die bewusste Einstellung der Registrierung der Vertragsprodukte eine Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR) dar, die faktisch einer Kündigung gleichkomme. Die Anwendung von Art. 82 OR sei daher ausgeschlossen und die Freizeichnungsklausel erfasse den vorliegenden Fall nicht.

Sachverhalt

[1] Die A AG (Beklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Abnehmerin) schloss mit der C N.V., der Vertragsvorgängerin der B LLC (Klägerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Lieferantin) einen als «Wholesaler Sales Agreement» bezeichneten Vertrag (nachfolgend: Vertrag) über den wiederkehrenden Verkauf und Vertrieb von Arzneimitteln für die Gebiete der Demokratischen Republik Kongo, Ruanda und Burundi (Sachverhalt Teil A).

[2] Die Parteien, die ihren Sitz in der Schweiz respektive den Vereinigten Arabischen Emiraten hatten, unterstellten den Vertrag Schweizer Recht. Der Vertrag enthielt unter anderem folgende Klausel (nachfolgend: Freizeichnungsklausel) (E. 4.1 und 4.2):

«Delivery by C [Lieferantin] of shipments of Products to WHOLESALER [Abnehmerin] pursuant to this Agreement, will be done within a reasonable period of time and be dependent on availability of the Products. WHOLESALER [Abnehmerin] will not be entitled to make any claim against C [Lieferantin] for non-delivery or delay in delivery of the Products ordered under the Agreement; however, the WHOLESALER [Abnehmerin] will be entitled to cancel the order if the Products are not delivered within four (4) months after the date of placing the order.»

[3] Im Q4/2017 und Q1/2018 lieferte die Lieferantin aufgrund von ihr zu verantwortender, interner Auditprobleme keine Arzneimittel, obwohl Bestellungen der Abnehmerin vorlagen (nachfolgend: Lieferunterbruch) (E. 5.1 und 5.4.3).

[4] Aufgrund von Unstimmigkeiten zwischen den Parteien beglich die Abnehmerin ab Januar 2019 fällige Rechnungen der Lieferantin nicht mehr (Sachverhalt Teil A).

[5] Die Lieferantin teilte der Abnehmerin mit E-Mail vom 26. März 2019 mit, dass sie beabsichtige, die Registrierung der Arzneimittel im Vertragsgebiet einzustellen. Die Lieferantin stellte ihre Lieferungen an

die Abnehmerin ab Juli 2019 ein (nachfolgend: definitive Liefereinstellung). Mit Schreiben vom 30. August 2019 an die zuständigen Gesundheitsministerien stellte die Lieferantin die Registrierung ein. Ohne Registrierung können die Arzneimittel nicht ins Vertragsgebiet geliefert werden (E. 6.4).

[6] Im Juni 2020 kündigte die Lieferantin den Vertrag per 31. Juli 2020 (Sachverhalt Teil A).

[7] Die Lieferantin reichte am 11. März 2021 beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein. Sie beantragte, die Abnehmerin sei zur Zahlung von EUR 986'070.05 nebst Zins auf EUR 906'966.64 zu verpflichten. Die Lieferantin machte ausstehende Kaufpreisforderungen für Arzneimittel von EUR 986'070.05 geltend. Die Abnehmerin anerkannte die Forderung in Höhe von EUR 984'881, machte aber ihrerseits Verrechnungsforderungen geltend und beantragte die Klageabweisung (Sachverhalt Teil B).

[8] Mit Urteil [HG210054-O](#) vom 22. März 2023 hiess das Handelsgericht Zürich die Klage teilweise gut und verpflichtete die Abnehmerin dazu, der Lieferantin EUR 984'881.02 nebst Zins auf EUR 905'964.22 zu bezahlen (Sachverhalt Teil B).

[9] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Abnehmerin im Wesentlichen, es sei das Urteil des Handelsgerichts aufzuheben. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut (Sachverhalt Teil C und E. 7).

Erwägungen

[10] Einleitend qualifiziert das Bundesgericht den Vertrag als Alleinvertriebsvertrag. Dabei habe der Lieferant die Verpflichtung, dem Abnehmer bestimmte Waren zu bestimmten Preisen zu liefern und ihm ein (örtlich) begrenztes ausschliessliches Bezugsrecht einzuräumen, während sich der Abnehmer als Gegenleistung zur Bezahlung des vereinbarten Preises und zur Förderung des Absatzes verpflichte. Der Alleinvertriebsvertrag stelle einen Rahmenvertrag dar, der ein Dauerschuldverhältnis begründe (E. 4.1).

[11] Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bilden sodann die von der Abnehmerin verrechnungsweise geltend gemachten Forderungen auf Schadenersatz in der Höhe von (i) EUR 219'712 aufgrund des Lieferunterbruchs (E. 5, siehe Rz. [12] ff.) und (ii) EUR 900'565.49 aufgrund der definitiven Liefereinstellung (E. 6, siehe Rz. [16] ff.). Das Bundesgericht weist darauf hin, dass es die diesbezügliche Rechtslage gemäss OR prüfe. Mangels entsprechender Parteirüge könne offengelassen werden, ob auf die Forderungen das CISG gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG anwendbar sei (E. 4.2).

[12] Das Bundesgericht befasst sich zuerst mit der Forderung auf Schadenersatz in der Höhe von EUR 219'712 aufgrund des Lieferunterbruchs (von der Abnehmerin als «Schadenersatz aus Margenverlust» bezeichnet) (E. 4.2 und 5). Die Vorinstanz habe diesen Anspruch mit der Begründung verneint, dass sich die Lieferantin selbst dann auf die Freizeichnungsklausel berufen könne, wenn sie die Nachlieferung oder verspätete Lieferung zu verantworten habe. Die Freizeichnungsklausel, so die Vorinstanz, sei auch nichtichtig im Sinne von Art. 100 Abs. 1 [OR](#), zumal die Abnehmerin kein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten der Lieferantin dargelegt habe (E. 5 Ingress und 5.1).

[13] Die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht die Freizeichnungsklausel auf die Schadenersatzforderung infolge Lieferunterbruchs angewendet hatte, lässt das Bundesgericht (aus den in E. 5.4.2 und 5.4.3 erläuterten Gründen, siehe nachstehend Rz. [14] f.) offen. Es weist jedoch darauf hin, dass es zumindest fraglich sei, welche weiteren Umstände die Abnehmerin hätte darlegen müssen, um einen vorsätzlichen Lieferunterbruch und damit die Nichtigkeit der Freizeichnungsklausel nach Art. 100 Abs. 1 [OR](#) aufzuzeigen (E. 5.4.1).

[14] Die Abnehmerin habe sich zur Geltendmachung ihres Schadens aufgrund des Lieferunterbruchs auf Art. 97 Abs. 1 [OR](#) berufen. Das Bundesgericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass auf die Fälle der Nichterfüllung und der nicht gehörigen Erfüllung grundsätzlich Art. 97 Abs. 1 [OR](#) anwendbar sei. Die in dieser Bestimmung geregelte Schadenersatzpflicht erfasse alle Formen der Unmöglichkeit und der Schlechterfüllung eines Vertrages, sodass jeder Verstoss gegen eine vertragliche Verpflichtung grundsätzlich eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 [OR](#) darstelle. So stelle auch die Nichterbringung einer Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt eine Vertragsverletzung dar. Allerdings sei der Verzugsschaden im [OR](#) als eigenständiger Tatbestand in der Gestalt des Schuldnerverzugs normiert, weshalb die Verzugsbestimmungen der Art. 102 ff. [OR](#) dem Art. 97 Abs. 1 [OR](#) als *lex specialis* vorgingen. Schuldnerverzug läge vor, wenn die Leistung zwar objektiv pflichtwidrig verspätet, aber noch nachholbar und damit erfüllbar sei. Wenn die Leistung hingegen nie bewirkt werden konnte oder im Zeitpunkt der Erfüllung definitiv nicht mehr bewirkt werden könne, läge Unmöglichkeit vor. Dazu müsse das Leistungshindernis für den Schuldner aber geradezu unüberwindbar sein und nicht bloss erheblich erschwert (E. 5.3 und 5.4.2).

[15] Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass während des Lieferunterbruchs die Lieferung der Arzneimittel aufgrund der internen Auditprobleme der Lieferantin erheblich erschwert gewesen sei, diese gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellungen aber kein unüberwindbares Hindernis dargestellt haben. Somit sei die Lieferung nicht unmöglich im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR gewesen, sondern es habe ein Fall von Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR, und damit ein Verspätungsschaden im Sinne von Art. 103 Abs. 1 OR, vorgelegen. Die Abnehmerin habe jedoch weder einen Schuldnerverzug geltend gemacht noch dessen Voraussetzungen hinreichend dargelegt (E. 5.4.3).

[16] Als Nächstes setzt sich das Bundesgericht mit der Forderung auf Schadenersatz in der Höhe von EUR 900'565.49 aufgrund der definitiven Liefereinstellung ab Anfang Juli 2019 (von der Abnehmerin als «Strategiewechsel/Registrierungspflicht» bezeichnet) auseinander (E. 6 Ingress). Nach Ansicht der Vorinstanz habe die Lieferantin durch die (dauerhaft) fehlende Registrierung die Vertragserfüllung unmöglich gemacht. Die Freizeichnungsklausel sei auf diese Unmöglichkeit nicht anwendbar, zumal sie nur auf eine Regelung hinsichtlich einzelner Produktlieferungen und nicht auf den Vertrag als solchen zugeschnitten sei (E. 6.1 und 6.5.1). Dennoch bestehe, so die Vorinstanz, kein Schadenersatzanspruch. Der Lieferantin habe nämlich aufgrund von Zahlungsrückständen seitens der Abnehmerin ein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR zugestanden, sodass es an einer Vertragsverletzung fehle (E. 6.1 und 6.5.1).

[17] Das Bundesgericht rekapituliert zuerst die Voraussetzungen von Art. 82 OR: Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten wolle, müsse nach Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er erst später zu erfüllen habe. Die betroffenen Leistungen müssen in ein und demselben Vertrag versprochen worden sein und derart miteinander in Bezug stehen, dass die eine die Gegenleistung für die andere sei. Im Sukzessivlieferungsvertrag bestehe dieses Austauschverhältnis zwischen allen Raten des Verkäufers einerseits und dem gesamten Kaufpreis andererseits. Der Verkäufer brauche daher nicht weitere Leistungen zu erbringen, solange der Käufer mit der Zahlung des Preises für frühere Lieferungen in Verzug sei. Aufgrund des dilatorischen Charakters von Art. 82 OR dürfe der Schuldner die Einrede aber nicht erheben, wenn er sich der Erfüllung seiner Verpflichtung endgültig (und nicht nur vorübergehend) widersetzen wolle. Falls der Schuldner nicht am Vertrag festhalten wolle, so habe er statt der aufschiebenden Einrede aus Art. 82 OR andere Rechtsbehelfe (wie z.B. den Rücktritt vom Vertrag) anzustrengen, die zur endgültigen Klärung der Verhältnisse führen (E. 6.3).

[18] Die Lieferantin habe mit der fehlenden Registrierung die Lieferung der Arzneimittel definitiv (und nicht bloss vorübergehend) einstellen und sich aus dem Vertragsgebiet dauerhaft zurückziehen wollen. Es fehle ihr damit die Erfüllungsbereitschaft, wie bereits mit E-Mail vom 26. März 2019 mitgeteilt. Daher habe sich die Lieferantin, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, ab dem 26. März 2019 für die fehlenden Lieferungen nicht mehr auf die dilatorische Einrede nach Art. 82 OR berufen können (E. 6.4 und 6.6).

[19] Auch wenn der Vertrag keine explizite Registrierungsspflicht vorsehe und keine gelebte Registrierungsspflicht der Lieferantin dargetan worden sei, so ergebe sich doch aus dem ersten Satz der Freizeichnungsklausel die Pflicht der Lieferantin, die Produkte abhängig von ihrer Verfügbarkeit innert angemessener Zeit zu liefern. Die dauerhafte Liefereinstellung stelle somit eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR dar (E. 6.4 und 6.6).

[20] Sodann legt das Bundesgericht die Freizeichnungsklausel nach dem Vertrauensprinzip aus, startend mit dem Wortlaut der Bestimmung. Wie die Vorinstanz kommt es zum Schluss, dass die Freizeichnungsklausel ausschliesslich auf Schadenersatzansprüche aus verspäteten oder nicht erfolgten Einzellieferungen, nicht aber auf den vorliegenden Fall einer dauerhaften Liefereinstellung Anwendung finde. Zum einen beziehe sich der Wortlaut der Freizeichnungsklausel explizit nur auf Schadenersatzansprüche aus Nichtlieferung bzw. verspäteter Lieferung bereits bestellter Waren und nicht auf eine dauerhafte Liefereinstellung. Zum anderen werde explizit das Recht der Abnehmerin erwähnt, bei einer verspäteten Lieferung nach vier Monaten die entsprechende Lieferung (und nicht die vertragliche Lieferpflicht an sich) zu stornieren. Auch aus dem Gesamtzusammenhang ergebe sich, dass die Haftungsfreizeichnung die Lieferantin nicht zur dauerhaften Liefereinstellung ermächtige (sondern sie vielmehr den Vertrag hätte kündigen müssen). Es wäre widersprüchlich, wenn in einem Alleinvertriebsvertrag die grundlegende vertragliche Verpflichtung zur Produktlieferung bei den Liefermodalitäten wieder vollumfänglich aufgehoben und der Vertragszweck vereitelt werden könnte. Die Lieferantin hätte vielmehr den Vertrag kündigen müssen (E. 6.5.1, 6.5.3 und 6.6).

[21] Schliesslich führt das Bundesgericht aus, dass zwar eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR vorliege (siehe Rz. [19]). Die Vorinstanz habe aber nicht abschliessend geklärt, ob die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 97 Abs. 1 OR (Schaden, Kausalität und Verschulden) erfüllt seien. Die Sache werde deshalb an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückgewiesen (E. 6.6 und 7).

Kurzkommentar

[22] Das referierte Urteil ist ein gutes Beispiel für die Schwierigkeiten, die das Thema Leistungsstörung und deren Zuordnung zu den jeweiligen Tatbeständen des OR auch für gestandene Juristen mit sich bringen kann. Zudem illustriert es, woran beim Verfassen von Haftungsklauseln in (Allein-)Vertriebs- und anderen Rahmenverträgen gedacht werden sollte. Offen bleibt leider die Frage, was ein Gläubiger im Rahmen von Art. 100 Abs. 1 OR genau beweisen muss, damit vorsätzliches Verhalten des Schuldners rechtsgenügend dargetan und deshalb eine Freizeichnungsklausel nichtig ist. Schliesslich ruft das Urteil wichtige Voraussetzungen und Grenzen für die Anwendung der dilatorischen Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) in Erinnerung.

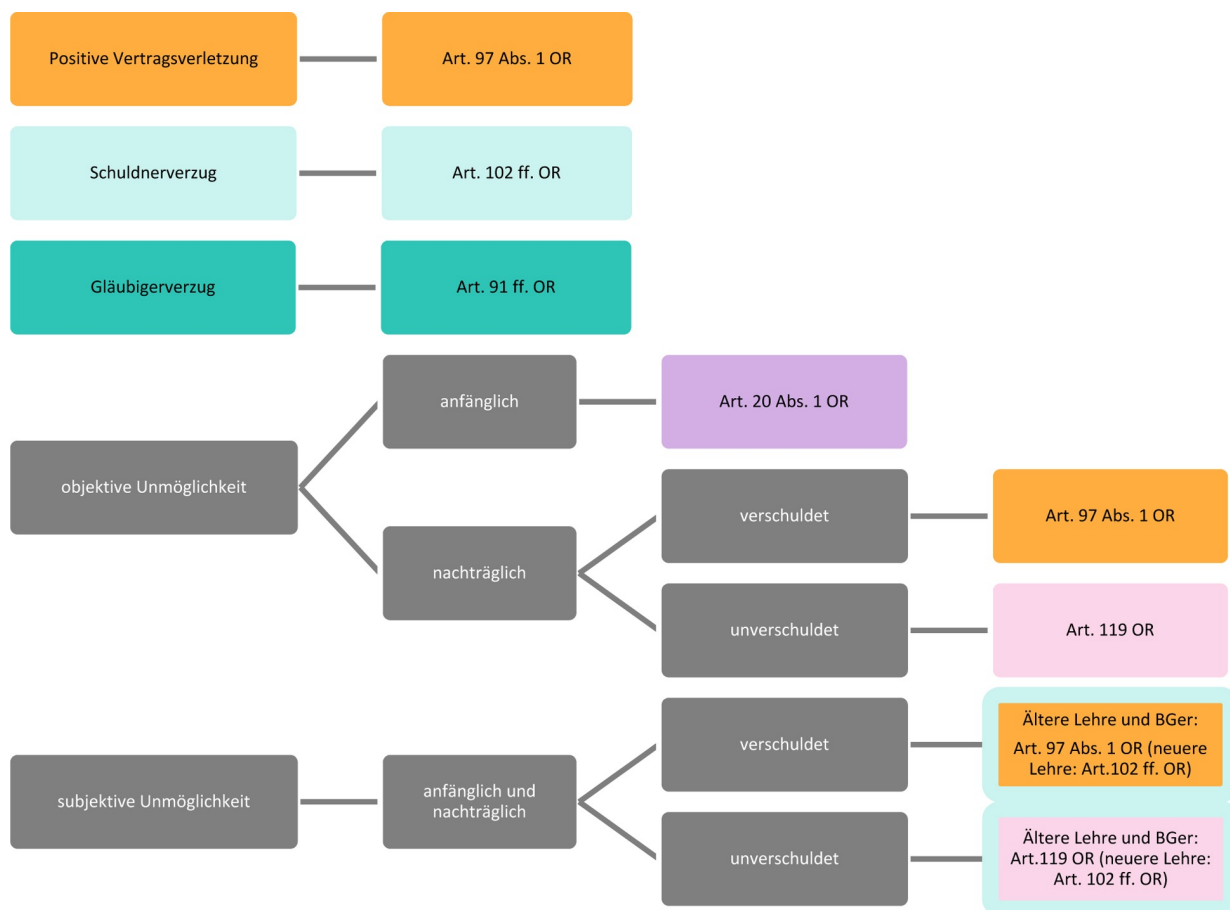
[23] Der Mangel eines harmonisierten Tatbestands der Leistungsstörungen bzw. «**Nichterfüllung vertraglicher Pflichten**» hat auch vorliegend zu Zuordnungsschwierigkeiten geführt.^[1] Das Bundesgericht rekapituliert daher kurz die Nichterfüllung, die nicht gehörige Erfüllung und die Späterfüllung mit ihren jeweiligen Rechtsfolgen sowie die Systematik des Gesetzes.^[2] Zu beachten ist, dass neben den nachfolgend besprochenen Leistungsstörungen im weiteren Sinn auch der Gläubigerverzug nach Art. 91 ff. OR zu den Leistungsstörungen gehört.^[3] Darüber hinaus kann es neben den Leistungsstörungen des OR AT auch noch Koordinationsbedarf mit dem Leistungsstörungenrecht des OR BT geben, insbesondere im Kauf- und Werkvertragsrecht.^[4]

[24] Unter Art. 97 Abs. 1 OR fallen gemäss Bundesgericht «alle Formen der Unmöglichkeit und der Schlechterfüllung eines Vertrages».^[5]

[25] **Unmöglich** sei eine Leistung, wenn die Erfüllung der Forderung nie bewirkt werden konnte oder im Zeitpunkt der Erfüllung definitiv nicht mehr bewirkt werden könne.^[6] Angesprochen wird damit die anfängliche subjektive verschuldete^[7] sowie die nachträgliche objektive oder subjektive verschuldete Unmöglichkeit.^[8] Das sind allerdings nicht «alle Formen der Unmöglichkeit». Daneben gibt es noch die anfängliche objektive Unmöglichkeit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR^[9] und verschiedene Formen der unverschuldeten Unmöglichkeit nach Art. 119 OR (nachträgliche objektive unverschuldete Unmöglichkeit^[10] sowie – wenn auch nicht ganz unumstritten – anfängliche und nachträgliche subjektive unverschuldete Unmöglichkeit^[11]). Vorliegend ging es zwar offensichtlich nicht um einen Fall der anfänglichen Unmöglichkeit, da die Lieferantin den Lieferverzug verschuldete. Trotzdem hätte das Bundesgericht den Anwendungsbereich von Art. 97 Abs. 1 OR hinsichtlich der Unmöglichkeit präziser umschreiben können, etwa im Sinne von «alle Formen der *nachträglich vom Schuldner zu verantwortenden* Unmöglichkeit der Erfüllung», wie es das Bundesgericht hinsichtlich der vom Schuldner zu verantwortenden Unmöglichkeit in anderen Entscheiden bereits getan hat.^[12]

[26] Die **nicht gehörige Erfüllung** bzw. «Schlechterfüllung» des Vertrages ist ein sehr breiter Begriff. Wie das Bundesgericht richtigerweise ausführt, ist grundsätzlich jeder Verstoss gegen eine vertragliche Pflicht eine nicht gehörige Erfüllung bzw. Vertragsverletzung,^[13] so auch die objektiv pflichtwidrige Nichterbringung einer Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt.^[14] Allerdings ist **Späterfüllung** des Schuldners als eigenständiger Tatbestand in der Gestalt des Schuldnerverzugs normiert und die Verzugsbestimmungen von Art. 102 ff. OR gehen dem Art. 97 Abs. 1 OR vor.^[15] Somit sind alle Vertragsverletzungen, die sich weder dem Verzug noch der Nichterfüllung zuordnen lassen, der nichtgehörigen Erfüllung (positive Vertragsverletzung) zuzuordnen.^[16]

[27] Zusammenfassend bzw. ergänzend zu den Ausführungen des Bundesgerichts können die Leistungsstörungen und deren Rechtsfolgen (gemäss OR AT) wie folgt dargestellt werden:



[28] Das Bundesgericht lässt vorliegend offen, ob das **CISG** anwendbar ist.^[17] Da ein internationaler Sachverhalt vorlag und die Parteien Schweizer Recht als anwendbar erklärt hatten (Art. 116 Abs. 1 **IPRG**), wäre vorliegend das CISG – im Rahmen seines Anwendungsbereiches – tatsächlich anwendbar gewesen (Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG in Verbindung mit Art. 6 CISG).^[18]

[29] Anders als das OR unterscheidet das CISG grundsätzlich nicht zwischen den einzelnen Leistungsstörungen.^[19] Es kennt stattdessen grundsätzlich einen einheitlichen Tatbestand der Vertragsverletzung, wobei die Art der zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe (Art. 45 ff. CISG und Art. 61 ff. CISG) nicht von der Art, sondern von der Intensität (Wesentlichkeit) der Leistungsstörung abhängt.^[20] Ein so grundsätzliches Zuordnungsproblem wie im vorliegenden Fall gemäss OR hätte es bei Anwendung des CISG daher wohl nicht gegeben. Bei (Allein-)Vertriebsverträgen ist jedoch zwischen dem Vertrag als solchem und den einzelnen Bestellungen zu unterscheiden. Der Alleinvertriebsvertrag ist ein Rahmenvertrag, der in der Regel auch zahlreiche kauffremde Elemente enthält.^[21] Daher unterstehen richtigerweise zwar die einzelnen Bestellungen (Kaufverträge) dem CISG (Art. 1 bzw. Art. 3. Abs. 1 CISG), nicht aber der Alleinvertriebsvertrag als solcher (Art. 3 Abs. 2 CISG).^[22] Somit hätten vorliegend nur die Forderungen aus Lieferunterbruch dem CISG unterstanden, nicht aber die Forderung aus definitiver Liefereinstellung, die gemäss Bundesgericht einer Vertragskündigung gleichkommt.^[23]

[30] Hinsichtlich der **Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR)** bestätigt das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung, wonach im Sukzessivlieferungsvertrag ein Austauschverhältnis zwischen allen Teillieferungen einerseits und dem gesamten Kaufpreis andererseits besteht und der Verkäufer daher weitere Leistungen nicht zu erbringen habe, solange der Käufer mit der Zahlung des Preises für frühere Leistungen in Verzug sei.^[24] Bei der Anwendung von Art. 82 OR ist daher im Hinterkopf zu behalten, dass der Schuldner die Einrede aufgrund des dilatorischen Charakters nicht erheben darf, wenn er sich der Erfüllung seiner Pflicht endgültig (und nicht nur vorübergehend) widersetzen will.^[25] Wer sich auf Art. 82 OR beruft, muss also seine Gesinnung gelegentlich überprüfen – es ist gut möglich, dass man die Leistung zu Beginn nur vorübergehend zurückhalten will, aufgrund verschiedener Umstände den Vertrag aber schliesslich definitiv nicht mehr halten will.

[31] Das Bundesgericht lässt vorliegend offen, ob die Vorinstanz die **Freizeichnungsklausel** zu Recht auf den von der Lieferantin bewusst herbeigeführten Lieferunterbruch angewendet hat («*WHOLESALE* [Abnehmerin] will not be entitled to make any claim against C [Lieferantin] for non-delivery or delay in delivery of the Products ordered under the Agreement [...]»), oder ob der Klausel aufgrund vorsätzlichen Verhaltens der Lieferantin gemäss **Art. 100 Abs. 1 OR** die Anwendung hätte versagt werden sollen.^[26]

[32] Eine Freizeichnungsklausel ist wichtig, wenn sie im Voraus von der Haftung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit freizeichnet.^[27] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt die Beweislast für das Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beim Gläubiger.^[28] Dies ist allerdings in der Lehre nicht unumstritten – insbesondere sei es eine Auslegungsfrage, ob die Parteien mit einer Freizeichnungsklausel nicht auch zugleich gegenüber Art. 97 Abs. 1 OR eine Beweislastumkehr hätten regeln wollen.^[29] Tatsächlich scheint es unfair und systemwidrig, dem Gläubiger im Rahmen von Art. 100 Abs. 1 OR den Beweis für das Verschulden des Schuldners aufzuerlegen, sodass bei Scheitern dieses Beweises die Freizeichnungsklausel gilt und der Schuldner entsprechend von der Haftung befreit wird. Das Bundesgericht lässt vorliegend zwar offen, «*welche weiteren Umstände die Beschwerdeführerin [Abnehmerin] hätte darlegen müssen, um eine vorsätzliche Lieferunterbrechung und damit die Wichtigkeit [...] aufzuzeigen*».^[30] Es scheint aber leider weiterhin davon auszugehen, dass die Beweislast für den Vorsatz bei der Abnehmerin (Gläubigerin) liegt.

[33] Hinsichtlich der Anwendung der Freizeichnungsklausel auf die Schadenersatzforderungen aus definitiver Liefereinstellung zeigt sich einmal mehr, dass Freizeichnungsklauseln oft auslegungsbedürftig sind. Solche Klauseln werden nämlich in der Regel mit Blick auf ein bestimmtes Szenario entworfen, von dem das konkret eingetretene Szenario dann aber meist abweicht. Das Bundesgericht prüft vorliegend frei die **Auslegung** der Freizeichnungsklausel durch die Vorinstanz nach dem Vertrauensprinzip (Rechtsfrage); es verzichtet dabei auf Ausführungen zu den Auslegungsregeln.^[31] Es sei daran erinnert, dass bei der Auslegung der wirkliche Wille der Parteien (Art. 18 OR, subjektive Auslegung), und nur wenn dieser (wie meistens und auch vorliegend) nicht feststellbar ist, der nach dem Vertrauensprinzip ermittelte Wille der Parteien (objektivierte Auslegung) massgebend ist.^[32] Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist die Klausel so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste.^[33]

[34] Für die Beantwortung der Frage, ob die Freizeichnungsklausel jegliche Vertragsverletzung im Zusammenhang mit der definitiven Liefereinstellung ausschliesse, stützt sich das Bundesgericht auf den Wortlaut der Bestimmung und wie er im Zusammenhang mit den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste.^[34] Es kommt richtigerweise zum Schluss, dass der Ausschluss von Ansprüchen wegen verspäteter Lieferung oder Nichtlieferung («*WHOLESALE [Abnehmerin] will not be entitled to make any claim against C [Lieferantin] for non-delivery or delay in delivery of the Products ordered under the Agreement*») nicht so zu verstehen sei, dass die vertragliche Pflicht zur Lieferung an sich ausgeschlossen sei. Diese werde nämlich im vorhergehenden Satz («*Delivery by C [Lieferantin] of shipments of Products to WHOLESALE [Abnehmerin] pursuant to this Agreement, will be done within a reasonable period of time and be dependent on availability of the Products*») explizit erwähnt und damit vorausgesetzt. Vielmehr ziele die Freizeichnung darauf ab, die Folgen einer solchen Lieferpflichtverletzung zu regeln.^[35]

[35] Auch bei der Frage, ob die Freizeichnungsklausel nur auf einzelne Lieferungen oder auch auf Ansprüche aus dem Vertrag als solchem anwendbar sei, beginnt das Bundesgericht wiederum mit einer wörtlichen Auslegung: Der Wortlaut («*WHOLESALE [Abnehmerin] will not be entitled to make any claim against C [Lieferantin] for non-delivery or delay in delivery of the Products ordered under the Agreement*») beziehe sich nur auf Schadenersatzansprüche infolge Nichtlieferung bzw. verspäteter Lieferung bereits bestellter Waren und nicht auf eine dauerhafte Liefereinstellung. Das ergebe sich auch aus dem zweiten Halbsatz («*however, the WHOLESALE [Abnehmerin] will be entitled to cancel the order if the Products are not delivered within four (4) months after the date of placing the order*»), wonach die Abnehmerin bei einer verspäteten Lieferung nach vier Monaten die entsprechende Lieferung (nicht aber die Lieferpflicht bzw. den Vertrag an sich) stornieren dürfe.^[36] Sodann folgert es richtigerweise, dass auch der Gesamtzusammenhang keinen anderen Schluss zulasse, als dass sich die Freizeichnungsklausel ausschliesslich auf einzelne Bestellungen und nicht auf die definitive Liefereinstellung (welche einer Vertragskündigung gleichkomme) beziehe.^[37]

[36] Das Bundesgericht kommt vorliegend mit der Auslegung nach dem Wortlaut, die es dann noch kurz in den Gesamtzusammenhang stellt, zu einem überzeugenden Ergebnis. Auch wenn bei der Auslegung nicht einzig auf den (klaren) Wortlaut abzustellen ist,^[38] zeigt das besprochene Urteil, wie wichtig der Wortlaut und damit eine sorgfältige Formulierung von Freizeichnungsklauseln ist. Zudem illustriert es, dass bei Alleinvertriebsverträgen und Rahmenverträgen im Allgemeinen immer die zwei Ebenen «Vertrag als solcher bzw. Rahmenvertrag» und «Bestellungen bzw. Einzelverträge» bedacht werden sollten. Denn je nach Ebene unterscheiden sich die Rechte und Pflichten der Parteien. Das gilt nicht nur für Freizeichnungsklauseln, sondern z.B. auch für Kündigungsrechte (ein wichtiger Grund zur Kündigung auf Ebene Bestellung muss z.B. nicht auch einen wichtigen Grund auf Ebene Rahmenvertrag darstellen).

Lic.iur. ANDREA HAEFELI, LL.M., Rechtsanwältin, Walder Wyss AG.

MLaw CARMEN STETTER, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] Allgemein zur Problematik siehe z.B. WOLFGANG WIEGAND, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 97 OR N 1; INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, Rz. 60.02; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 804. Zum Vorschlag eines neuen Leistungsstörungsrechts im OR 2020 siehe NADJA ERK, Vorschlag eines neuen Leistungsstörungsrecht im OR 2020, SZW 2015, S. 329 ff.; der Bundesrat sieht jedoch keinen generellen Handlungsbedarf für eine Gesamtrevision des OR AT, vgl. Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3217 BISCHOF und 13.3226 CARONI vom 31. Januar 2018.

[2] Zum Begriff der Leistungsstörung siehe SUSAN EMMENEGGER, in: Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2020, Vorbemerkungen zu Art. 97–109 OR N 25 ff.

[3] HUGUENIN (Nr. 1), Rz. 803.

[4] KATHRIN KLETT, Ausgewählte bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: Alfred Koller (Hrsg.), Leistungsstörungen, Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen, St. Gallen 2008, S. 45 ff., S. 51; KATJA BÄHLER, Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungsrecht, Diss. Basel 2005 = BSzR Reihe A Band 80, Basel 2005, S. 52 f. und 167 f.

[5] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 5.3; BSK OR I-WIEGAND (Nr. 1), Art. 97 OR N 1.

[6] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 5.4.2.

[7] BGE [88 II 195](#) E. 5 S. 203. Die ältere Lehre unterstellt die anfängliche und die nachträgliche subjektive verschuldete Unmöglichkeit Art. 97 Abs. 1 OR (z.B. BSK OR I-WIEGAND [Nr. 1], Art. 97 OR N 11 ff.; HUGUENIN [Nr. 1], Rz. 831 und 841), während die neuere Lehre diese als Fall des Schuldnerverzugs ansieht und Art. 102 ff. OR unterstellt (z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 2575). Das Bundesgericht bezog bislang nicht ausdrücklich Stellung zu diesem Lehrstreit.

[8] Urteil des Bundesgerichts [4A_189/2012](#) vom 2. Oktober 2012 E. 5.2 (nicht publiziert in: BGE [138 III 659](#)); BGE [135 III 212](#) E. 3.1 S. 218 und E. 3.3 S. 220; Urteil des Bundesgerichts [4A_189/2012](#) vom 2. Oktober 2012 E. 5.2; BSK OR I-WIEGAND (Nr. 1), Art. 97 OR N 7; BK-EMMENEGGER (Nr. 2), Art. 97 OR N 57 ff. Siehe die Nachweise in Nr. 7 zur neueren Lehre, welche die nachträgliche subjektive verschuldete Unmöglichkeit Art. 102 ff. OR unterstellen möchte.

[9] Urteil des Bundesgerichts [4A_22/2024](#) vom 20. März 2024 E. 4.1.2; BGE [102 II 339](#) E. 3 S. 341; BARBARA MEISE/CLAIRE HUGUENIN, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 19/20 OR N 46.

[10] Urteil des Bundesgerichts [2C_390/2016](#) und [2C_391/2016](#) vom 6. November 2017 E. 5.3.1; so auch die h.L., siehe BSK OR I-WIEGAND (Nr. 1), Art. 119 OR N 5.

[11] Nach der überwiegenden Lehre ist auf die anfängliche subjektive und unverschuldete Unmöglichkeit Art. 119 OR anwendbar (siehe z.B. HUGUENIN [Nr. 1], Rz. 831 und 842); nach der älteren Lehre ist hingegen Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar (siehe z.B. ANDREAS VON THUR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechtes, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 263); zur nachträglichen subjektiven und unverschuldeten Unmöglichkeit: BGE [135 III 212](#) E. 3.1 S. 218 und E. 3.3 S. 220, Urteil des Bundesgerichts [4A_189/2012](#) vom 2. Oktober 2012 E. 5.2; BK-EMMENEGGER (Nr. 2), Art. 97 OR N 65. Teilweise versteht die neuere Doktrin die anfängliche bzw. die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit nicht als Fall der Leistungsunmöglichkeit nach Art. 97 Abs. 1 OR oder Art. 119 OR, sondern des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR), siehe oben Nr. 7.

[12] Urteil des Bundesgerichts [4A_22/2024](#) vom 20. März 2024 E. 4.1.2 m.w.H.; Urteil des

Bundesgerichts [4A_306/2009](#) vom 8. Februar 2010 E. 6.1.

[13] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 5.3.

[14] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 5.4.2.

[15] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 5.4.2; so auch BSK OR I-WIEGAND (Nr. 1), Art. 97 OR N 1.

[16] BSK OR I-WIEGAND (Nr. 1), Art. 97 OR N 25.

[17] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 4.2.

[18] CHRISTOPH BRUNNER/SIMON MANNER/MORITZ SCHMITT, in: Christoph Brunner (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 6 CISG N 3 f. und Art. 1 CISG N 10.

[19] Siehe aber Art. 79 CISG für Hinderungsgründe ausserhalb des Einflussbereichs des Schuldners.

[20] SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Nr. 1), Rz. 60.04; HUGUENIN (Nr. 1), Rz. 807. Zur Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Vertragsverletzungen siehe Art. 25 CISG.

[21] CHRISTOPH BRUNNER/MICHAEL FEIT, in: Christoph Brunner (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 3 CISG N 13.

[22] Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2008.42 vom 10. März 2010 E. 3.2.1 (= CISG-online 2176); FRANCO FERRARI, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzler/Ulrich Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., Basel 2019, Art. 1 CISG N 31; SHK-BRUNNER/FEIT (Nr. 18), Art. 3 CISG N 13; a.M. JÜRGEN E. HARTMANN, Vertriebsverträge im internationalen Kontext, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 22, der nicht zwischen dem Rahmenvertrag und den Einzelverträgen unterscheidet.

[23] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 6.5.3.

[24] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 6.3 mit Verweisung auf BGE [84 II 149](#) S. 150 m.w.H.; BGE [111 II 463](#) E. 4 S. 468; LINDA BIERI/MARKUS VISCHER, Leistungsverweigerungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag, in: dRSK, publiziert am 5. Juli 2017, Rz. 20.

[25] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 6.3; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 82 N 195.

[26] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 5.4.1.

[27] CORINNE WIDMER LÜCHINGER/WOLFGANG WIEGAND, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 100 OR N 2 und 4.

[28] Vage BGE [107 II 161](#) E. 7c S. 167; unklar: BGE [108 II 314](#) E. 4 S. 318; LUC THÉVENOZ, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Codes des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 100 OR N 19; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (Nr. 27), Art. 100 OR N 5.

[29] CR CO I-THÉVENOZ (Nr. 28), Art. 100 OR N 19; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (Nr. 27), Art. 100 OR N 5 m.w.H.

[30] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 5.4.1.

[31] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 6.5.3; zu den üblichen Auslegungsregeln siehe z.B. BSK OR I-WIEGAND (Nr. 1), Art. 18 OR N 17 ff.

[32] BSK OR I-WIEGAND (Nr. 1), Art. 18 OR N 11; MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung, SJZ 2012, S. 177 ff., S. 179.

[33] Siehe z.B. BGE [111 II 276](#) E. 2b S. 279; zur Kritik, wonach das Bundesgericht zu Unrecht auf das Verständnis der Gegenpartei (statt auf das mutmassliche Verständnis beider Parteien) abstellte, siehe BSK OR I-WIEGAND (Nr. 1), Art. 18 OR N 13 ff. Zum Vorgehen bei der Auslegung nach Vertrauensprinzip siehe z.B. BGE [148 III 57](#) E. 2.2.1 S. 61 f. m.w.H.; der Entscheid bezieht sich auf die Auslegung von AGB, die Prinzipien sind aber grundsätzlich die gleichen wie für andere vertragliche Bestimmungen.

[34] «Der Vertriebsvertrag sieht jedoch [...] ausdrücklich die Pflicht [...] vor», Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 5.4.1.

[35] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 6.4.

[36] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 6.5.3.

[37] Urteil des Bundesgerichts [4A_237/2023](#) vom 18. April 2024 E. 6.5.3.

[38] BGE [81 II 520](#) E. 3a S. 525.

Zitiervorschlag: Andrea Haefeli / Carmen Stetter / Dario Galli / Markus Vischer, Alleinvertriebsvertrag: Schadenersatz wegen Leistungsstörungen, in: dRSK, publiziert am 07. August 2024

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern
T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch