

Die Kundschaftsentschädigung im schweizerischen Agenturvertragsrecht

THOMAS KOLLER*

I. Einleitung

1. Allgemeines

Als Handelsvertreter im Sinne der europäischen „Richtlinie vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter“ (im folgenden: Handelsvertreterrichtlinie)¹ gilt, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für eine andere Person (d. h. für den Unternehmer) den Verkauf oder den Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung des Unternehmers abzuschließen.² Im schweizerischen Schuldrecht findet sich eine ähnliche Umschreibung in Art. 418a Abs. 1 OR. Nach dieser Bestimmung ist Agent³ – so der schweizerische Ausdruck für den selbständigen Handelsvertreter –, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen oder für ihre Rechnung abzuschließen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen. Das schweizerische Agenturvertragsrecht hat allerdings einen weiteren Anwendungsbereich als die Handelsvertreterrichtlinie. Die Art. 418a ff. OR gelten nicht bloß für *Warenhandelsagenten*, sondern auch für *Dienstleistungsagenten*.⁴ Das schweizerische Agenturvertragsrecht weist – wie eine diagonale Durchsicht rasch zeigt – zahlreiche Ähnlichkeiten mit dem Handelsvertreterrecht anderer europäischer Staaten auf. Zudem bestehen auch verschiedene Ähnlichkeiten mit Bestimmungen, die in der europäischen Handelsvertreterrichtlinie enthalten sind.

Besonders auffällig ist die Ähnlichkeit zwischen der Regelung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters in den Art. 17 - 19 der Handelsvertreterrichtlinie einer-

* Ich danke meinem Assistenten Herrn Fürsprecher *Beat Zirlick* für die intensive und konstruktiv-kritische Mithilfe bei der Überarbeitung des Manuskripts.

1 86 / 653 EWG; ABl. Nr. L 382 S. 17 ff.

2 Art. 1 Ziff. 2 der Handelsvertreterrichtlinie.

3 Zur Terminologie vgl. z. B. *Georg Gautschi*, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI / 2 / 5, Bern 1964, Vorbemerkungen zu Art. 418a - 418v N 4 f.; *Josef Hofstetter*, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Bd. VII / 2, Basel / Stuttgart 1979, S. 137 m. Hw. insb. auf: Hans Jakob Maier / Hans Joachim Meyer-Marsilius / Rudolf Regul (Hrsg.), Der Handelsvertreter in den Ländern der EWG und der EFTA, Baden-Baden 1976; sowie ausführlich zum Agentenbegriff *Gerhard Horst Leiss*, Der Anspruch des Agenten auf Entschädigung für die Kundschaft in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Bern 1965, S. 1 ff.

4 Der schweizerische Gesetzgeber hat beim Erlaß des Agenturvertragsrechts – gegen z. T. heftige Widerstände der betroffenen Wirtschaftskreise – bewußt auch Dienstleistungsagenten, insbesondere Versicherungsagenten, in den Regelungsbereich des Agenturvertragsrechts einbeziehen wollen (vgl. insb. zum Einfluß der Versicherungsgesellschaften auf die Gesetzesentwürfe *Jean-Claude Burnand*, Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle selon l'art. 418u CO, Diss. Lausanne 1977, S. 90 f.).

seits und der Bestimmung über die Entschädigung für die Kundschaft (so die schweizerische Terminologie) in Art. 418u OR andererseits. Art. 418u OR hat den folgenden Wortlaut:

Art. 418u (Entschädigung für die Kundschaft)

¹ Hat der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert, und erwachsen diesem oder seinem Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit der erworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile, so haben der Agent oder seine Erben, soweit es nicht unbillig ist, einen unabdingbaren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung.

² Dieser Anspruch beträgt höchstens einen Nettojahresverdienst aus diesem Vertragsverhältnis, berechnet aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre oder, wenn das Verhältnis nicht so lange gedauert hat, nach demjenigen der ganzen Vertragsdauer.

³ Kein Anspruch besteht, wenn das Agenturverhältnis aus einem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat.

Die Parallelen zwischen beiden Regelungen sind augenfällig, auch wenn in Einzelheiten Unterschiede bestehen. Sowohl die Handelsvertreterrichtlinie als auch das schweizerische Recht knüpfen den entsprechenden Anspruch des Agenten bzw. des Handelsvertreters an die Voraussetzungen der Kundenkreiserweiterung durch den Agenten, der Verschaffung eines erheblichen Vorteils für den Unternehmer und der Billigkeit.⁵ Die Berechnung des Anspruchs ist in der Richtlinie und in Art. 418u OR ähnlich geregelt.⁶ In beiden Rechtskreisen besteht kein Anspruch, wenn der Vertrag aus einem vom Agenten zu vertretenden Umstand aufgelöst wird,⁷ und sowohl nach europäischem als auch nach schweizerischem Recht ist der Ausgleichsanspruch zwingender Natur.⁸

2. Die Ausstrahlungswirkung von Art. 418u OR auf andere Rechtsordnungen

Diese Ähnlichkeit ist nicht zufällig. Der schweizerische Gesetzgeber hat das Agenturvertragsrecht erst in den vierziger Jahren geregelt, indem er mit Bundesgesetz vom 4.2.1949, in Kraft getreten auf den 1.1.1950, die Art. 418a - 418v zwischen das Mäklervertragsrecht und die Geschäftsführung ohne Auftrag in das Obligationenrecht von 1911 einschob.⁹ Erst im Rahmen dieser Gesetzesnovelle fand die Regelung über die *Entschädigung für die Kundschaft* Eingang in das schweizerische Recht. In der Folge hatte diese Bestimmung, die übrigens u. a. auf ein österreichisches Vorbild zurückgeht,¹⁰ eine ungeahnte Ausstrahlungswirkung: Durch Gesetz vom 6.8.1953 gestaltete der deutsche Gesetzgeber das Recht des Handelsvertreters neu. Insbesondere wurde damals der § 89 b, welcher den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters schuf, ins deutsche Handelsge-

5 Art. 17 Ziff. 2 lit. a der Handelsvertreterrichtlinie; Art. 418u Abs. 1 OR.

6 Art. 17 Ziff. 2 lit. b der Handelsvertreterrichtlinie; Art. 418u Abs. 2 OR.

7 Art. 18 der Handelsvertreterrichtlinie; Art. 418u Abs. 3 OR.

8 Art. 19 der Handelsvertreterrichtlinie; Art. 418u Abs. 1 in fine OR.

9 Vgl. Einzelheiten zur Geschichte von Art. 418a ff. OR bei *Burnand* (Fn. 4), S. 1 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

10 Vgl. dazu sowie zu dem (nicht Gesetz gewordenen) Entwurf der deutschen Handelsvertreterverbände zur Reform des deutschen Handelsvertreterrechts *Karl-Dieter Demisch, Die Kundschaftsentschädigung des Agenten*, Diss. Zürich 1968, S. 48, und *Leiss* (Fn. 3), S. 147 f.; vgl. auch unten S. 117.

setzbuch eingefügt. Dem § 89 b HGB standen seinerzeit – wie es *Walther Habscheid* ausdrückte – die Regelungen ausländischer Rechte Pate.¹¹ Dabei spielte offenbar Art. 418u OR, der ja erst ein paar Jahre vorher erlassen worden war, eine verhältnismäßig große Rolle.¹² Zahlreiche europäische Länder haben in den folgenden Jahren mehr oder weniger ähnliche Regelungen in ihr Vertragsrecht aufgenommen.¹³ Wie stark dabei der Einfluß des schweizerischen Rechts im einzelnen war, entzieht sich meiner Kenntnis und soll hier nicht weiter untersucht werden. Für die vorliegenden Zwecke genügt die Feststellung, daß Art. 418u OR eine relativ große Ausstrahlungswirkung auf andere Rechtsordnungen (und dabei vor allem auf die deutsche) hatte.¹⁴

Die Handelsvertreterrichtlinie ihrerseits orientiert sich nun offenbar sehr stark – in der deutschen Literatur ist gar von „weitgehend“ die Rede – am deutschen Handelsvertreterrecht.¹⁵ Dies gilt insbesondere für den wohl zentralsten Regelungsbereich der Richtlinie, d. h. für den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters. Somit hat der vom schweizerischen Gesetzgeber Ende der vierziger Jahre eingeführte Anspruch des Agenten auf Kundschaftschädigung *indirekt* die Handelsvertreterrichtlinie mitbeeinflusst. Für ein Land wie die Schweiz, welches sich gegenüber Europa bzw. der EU im allgemeinen eher spröde verhält, ist ein solcher (wenn auch nur bescheidener) *Rechtsexport* ein seltenes Ereignis. Denn das schweizerische Recht hat ja sonst in der Regel in der EU kaum Vorbildfunktion.

Die schweizerische Kommentarliteratur hat die Ausstrahlungswirkung des Agenturvertragsrechts und insbesondere von Art. 418a OR auf andere nationale Rechtsordnungen

- 11 *Walther J. Habscheid*, Das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters. Eine rechtsvergleichende und dogmatische Studie, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 335 ff., spez. S. 339. Vgl. dazu auch *Dieter Brüggemann*, in: Handelsgesetzbuch Großkommentar, 4. Aufl., Berlin 1995, Vor § 84 Rdn. 4.
- 12 Dazu *Habscheid* (Fn. 11), S. 348, 351 und 353 (m. Hw. auf die amtliche Begründung zur Novelle vom 6.8.1953); *Jürgen Sonnenschein*, § 89b Rz. 2, in: Handelsgesetzbuch. Kommentar von Volker Emmerich / Thomas Honsell / Willi Jung / Harro Otto / Harald Herrmann / Norbert Horn / Rudolf J. Niehus / Jürgen Sonnenschein, Berlin / New York 1989. Vgl. auch schon die rechtsvergleichenden Feststellungen von *Franz Laufke* (Provision und Abfindung des Agenten. Eine rechtsvergleichende Studie zur Reform des deutschen Handelsvertreterrechts, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht [RabelsZ] 17 [1952], S. 20, spez. 50 ff.) zur „Abfindung bei unverschuldeter Kündigung“ im Jahr vor dem Erlaß des neuen § 89 b dt HGB: „Wägt man all dies ab, so kann man sagen, dem OR sei in seiner Grundkonzeption, wonach der Entschädigungsanspruch bei jeder vom Agenten nicht verschuldeten Lösung des Agenturverhältnisses und unabhängig davon, wann die Lösung erfolgte, begründet ist, der Vorzug vor dem [österreichischen] HAG [§ 25] und dem südslawischen HGB zu geben.“
- 13 Vgl. dazu im einzelnen etwa *Hans Jakob Maier*, Das Handelsvertreterrecht in der Schweiz, in: Hans Jakob Maier / Hans Joachim Meyer-Marsilius / Rudolf Regul (Hrsg.), Der Handelsvertreter in den Ländern der EWG und der EFTA, Baden-Baden 1976, passim.
- 14 *Hans Joachim Meyer-Marsilius*, Unterschiede zum geltenden Schweizer Recht und neue Überlegungen für Schweizer Vertreter (Agenten) und Exportleiter, in: Daniel Thürer / Rolf H. Weber / Roger Zäch (Hrsg.), Handelsmittler nach EG-Recht. Festgabe für H. J. Meyer-Marsilius, Zürich 1993, S. 33, stellt fest, daß sich die einschlägigen deutschen Vorschriften des HGB anfangs der 50er Jahre den schweizerischen Vorschriften des Obligationenrechts angenähert haben, „so dass zwischen dem schweizerischen, dem deutschen und dem EG-Recht viele Ähnlichkeiten und sogar gleichartige Regelungen bestehen, anders als etwa im Verhältnis zum französischen oder englischen Recht“. Vgl. auch *Demisch* (Fn. 10), S. 48 f. m. Nw.
- 15 *Karl-Heinz Thume*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters. Ausgewählte Probleme in der neueren Rechtsprechung, in: Betriebs-Berater 1990, S. 1645 ff., spez. S. 1645.

gen bereits in den sechziger Jahren erkannt, war aber keineswegs etwa stolz darauf. So hat z. B. *Georg Gautschi* 1964 im Berner Kommentar negativ-kritisch festgehalten: „Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß Deutschland, Österreich, Italien und die Schweiz bei der Legiferierung über den Agenturvertrag gleichsam einen sozialpolitischen Wettbewerb eingegangen sind. Die Schweiz hat ihn gewonnen ... Man wollte in keinem Punkt hinter den Nachbarn zurückstehen.“¹⁶ Und weiter hielt *Gautschi* fest: „Daß die Kundschaftsentschädigung der schweizerischen Agenturvertragsnovelle fast unverändert in § 89 b HGB übernommen wurde, ist kein Argument für ihre dogmatische Richtigkeit.“¹⁷ Zwar kann *Gautschi* kaum als repräsentativer Vertreter der schweizerischen Privatrechtswissenschaft bezeichnet werden, doch ist seine immerhin in einem Standardwerk geäußerte skeptisch-ablehnende Haltung vor allem gegenüber der Kundschaftsentschädigung letztlich symptomatisch sowohl für die (jedenfalls in den fünfziger und sechziger Jahren) häufig anzutreffenden Abwehrreflexe gegen sozialpolitisch motivierte Regelungen im Vertragsrecht als auch für Abwehrreflexe gegen fremde Rechtsordnungen insgesamt. Wir werden bei den Ausführungen über die Entstehungsgeschichte von Art. 418u OR sehen, daß Emotionen und Aversionen gegen Ausländer bzw. ausländische Rechtsordnungen auch im Gesetzgebungsverfahren eine nicht unerhebliche Rolle gespielt haben.

3. Das heutige Verhältnis der Schweiz zum europäischen Recht

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß in den letzten Jahren im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren ein eigentlicher *Paradigmenwechsel* festgestellt werden kann. Heute bemüht sich die Schweiz als Nichtmitglied der EU um den sogenannten „autonomen Nachvollzug“ europäischen Rechts. Im Konsumkreditrecht, im Pauschalreiserecht, im Produktheftpflichtrecht, im Haustürwiderrufsrecht¹⁸ usw. gleicht sich das schweizerische Recht mehr oder weniger freiwillig in zunehmendem Maße und ganz bewußt dem europäischen Recht an. Die Ausstrahlungskraft europäischen Rechts auf die eigene Rechtsordnung wird ohne weiteres – wenn auch nicht immer gern¹⁹ – hingenommen.

Wie das Beispiel des Art. 418u OR zeigt, kann – wenn auch bloß im kleinen Rahmen – schweizerisches Recht auf andere Rechtsordnungen ausstrahlen. Heute wäre man vielleicht froh, wenn der Schweiz eine solche Leistung nochmals gelingen würde. Damals hingegen scheint man sich beinahe ein wenig geschämt zu haben, Urheber einer neuen und ungewohnten Regelung zu sein, die für andere Rechtsordnungen eine gewisse Vorbildfunktion hatte.

16 BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 1 c. Vgl. auch schon *Guido Meister*, Bundesgesetz über den Agenturvertrag, Zürich 1949, wonach der schweizerische Geschäftvermittler „damit in der internationalen Rechtssphäre zu dem am meisten umhagten und gehüteten Berufstätigen“ geworden sei.

17 BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 1 c.

18 Vgl. dazu das Bundesgesetz vom 18.10.1993 über den Konsumkredit, das Bundesgesetz vom 18.6.1993 über Pauschalreisen, das Bundesgesetz vom 18.6.1993 über die Produktheftpflicht und die Art. 40a ff. OR (Haustürwiderruf; eingefügt mit Bundesgesetz vom 5.10.1990 über die Änderung des OR).

19 So hat z. B. noch vor ein paar Jahren ein schweizerischer Parlamentarier (im Zusammenhang mit der EMRK) geltend gemacht, man solle lieber die einheimischen Rechtstraditionen weiterpflegen, als dem „Jungholz europäischer Rechtsvereinheitlichung“ folgen.

II. Entstehungsgeschichte des Art. 418u OR und Beurteilung dieser Norm in der älteren Literatur

1. Die Entstehungsgeschichte des Art. 418u OR

a) Die Begründung für die Einführung eines Anspruchs des Agenten auf Kundschaftsentschädigung in der bundesrätlichen Botschaft

Die Regelung über den Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung war beim Erlaß des Agenturvertragsrechts in den vierziger Jahren eine der umstrittensten überhaupt.²⁰ In der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Agenturvertrag vom 27.11.1947²¹ war noch von einem Anspruch auf *Abgangsentschädigung* bei Auflösung des Agenturverhältnisses die Rede, der eines der wichtigsten Begehren der Agenten darstelle.²² Nach deren Auffassung sei es – so der Bundesrat in seiner Botschaft – eine große Unbilligkeit, daß der Agent, nachdem er in jahrelanger Arbeit für eine Unternehmung einen Kundenstock aufgebaut habe, ohne jede Entschädigung „auf die Straße gestellt“ werden könne, während die Unternehmung weiter von seiner Werbetätigkeit profitiere. Tatsächlich repräsentiere die Kundschaft nicht selten einen erheblichen wirtschaftlichen Wert, da viele Kunden ihre Bestellungen während Jahren immer wieder zu erneuern pflegen würden. Solange der Agenturvertrag dauere, erhalte auch der Agent einen Gegenwert, indem ihm die Provision für die Nachbestellungen fast mühelos zufließe. Darin liege ein wesentlicher Teil seiner Entschädigung für die Werbetätigkeit. Es wäre daher nur folgerichtig, wenn diese ihm auch zugesprochen würde für Bestellungen, welche die von ihm geworbene Kundschaft nach Aufhebung des Agenturvertrages aufgabe. Eine solche Lösung würde jedoch zu komplizierten und unklaren Verhältnissen führen und die kaufmännische Kalkulation zu sehr erschweren. Zweckmäßig erscheine es, den Auftraggeber zu verpflichten, bei Auflösung des Vertragsverhältnisses dem Agenten für die Kundschaft eine angemessene Entschädigung zu bezahlen. Das sei die Lösung des österreichischen Gesetzes vom 24.6.1921 über die Rechtsverhältnisse des Handelsagenten (§ 25), dem der Art. 418s²³ nachgebildet sei.²⁴

b) Die Kundschaftsentschädigung in den parlamentarischen Beratungen

In den parlamentarischen Beratungen war die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Gesetz außerordentlich umstritten.²⁵ Aus heutiger Sicht immer noch bedeutsam

20 *Meister* (Fn. 16), S. 62, z. B. bemerkte: „Noch selten haben sich die Geister um einen Gesetzesartikel so weitgehend geschieden wie bei Art. 20 des Bundesgesetzes über den Agenturvertrag [i. e. Art. 418u OR].“ Vgl. dazu auch *Hofstetter* (Fn. 3), S. 145; *BK-Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u N 1 a; *Leiss* (Fn. 3), S. 117; *Pierre Engel*, *Contrats de droit suisse*, Bern 1992, S. 510, sowie generell zur Entstehungsgeschichte von Art. 418u OR *Burnand* (Fn. 4), S. 89 ff.

21 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Agenturvertrag, in: Bundesblatt (BBl) 1947 III S. 661 ff.

22 BBl 1947 III (Fn. 21), S. 684.

23 Art. 418s des Entwurfes entspricht dem heutigen Art. 418u OR.

24 BBl 1947 III (Fn. 21), S. 684. *Meister* (Fn. 16), S. 62 Anm. 77, weist darauf hin, daß daneben auch vom französischen „Statut professionnel“ vom 18.7.1937, worin dem Handelsreisenden und Vertreter bei schuldloser Vertragsauflösung eine Vergütung für den Wert der von ihm erworbenen Kundschaft zugesprochen werde, eine gewisse Beeinflussung ausgegangen sein dürfte.

25 So auch das Votum von Ständerat *Stüssi*, Sten. Bull. Ständerat 1948 S. 62.

ist das seinerzeit offen vorgebrachte Hauptargument²⁶ gegen die Einführung einer Kundschaftsentschädigung. In beiden Kammern des Parlaments wurde geltend gemacht, die Schweiz exportiere jährlich für 3 bis 3 ½ Milliarden Franken (nach damaligem Geldwert) Waren. Dieser Export erfolge zu einem großen Teil durch Vertreter im Ausland, welche sehr oft ausländischer Nationalität seien. Durch das neue Gesetz würden alle diese Vertreter den Vorteil und die Wohltaten der schweizerischen Gesetzgebung (sic!) erhalten, die mit dieser Revision geschaffen werden. Diese werde aber sicher nicht zum Nutzen der Ausländer vorgenommen, sondern man wolle bestimmte schweizerische Vertreterkreise schützen. Das Gesetz gehe daher viel zu weit.²⁷ Wohl könne man bei ausländischen Agenten, die im Ausland tätig seien, das Vertragsverhältnis nach ausländischem Recht beurteilen. Aber es sei manchmal aus ganz guten Gründen notwendig, daß man solche Vertragsverhältnisse dem schweizerischen Recht unterstelle. Denn es gebe Länder, in deren Rechtsprechung man nicht unbedingt Vertrauen habe. In diesem Falle sei es notwendig, schweizerisches Recht vorzuschreiben. Das könne man aber nicht, wenn man nicht in die Verpflichtung dieser Abgangsentschädigung fallen wolle.²⁸

Die Befürworter der Einführung einer Kundschaftsentschädigung hielten diesen Bedenken entgegen, daß es aus schweizerischer Sicht möglich sei, bloß einzelne Bestimmungen des Agenturvertragsrechts dem materiellen schweizerischen Recht zu unterstellen, andere Fragen – so z. B. den Anspruch auf Kundschaftsentschädigung – aber vom schweizerischen Recht auszunehmen.²⁹ Eine solche Lösung sei nur dann nicht möglich, wenn das Recht am Ort der Tätigkeit des ausländischen Agenten seinerseits einen entsprechenden zwingenden Anspruch vorsehe. Aber man müsse davon ausgehen, daß Ansprüche speziell wegen der Abgangsentschädigung sicher nicht allgemein europäisches Recht seien, sondern eine Neuerung des schweizerischen Rechts. Die Ausmerzung (so der wörtliche Ausdruck!) der entsprechenden Bestimmung werde daher kaum im Widerspruch zum ausländischen Recht stehen.³⁰

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde übrigens nach Erlaß des Agenturvertragsrechts geltend gemacht, die neu eingeführte Kundschaftsentschädigung führe für die *Exportindustrie* zu großen Unzukömmlichkeiten. Bis anhin sei es Übung gewesen, die mit den ausländischen Agenten abgeschlossenen Verträge dem schweizerischen Recht zu unterstellen. Dies habe bisher für beide Teile eine befriedigende und klare Rechtslage geschaffen. Viele Verträge müßten nun revidiert und im Hinblick auf die zwingenden Bestimmungen, die mit den zu den Auslandsagenten unterhaltenen Beziehungen nicht in Einklang stünden, einem fremden Recht unterstellt werden, was zwei-

26 Daneben dürfte ein weiteres Motiv eine wichtige Rolle gespielt haben: Es liegt auf der Hand, daß vor allem die Industrie, aber auch die Versicherungsgesellschaften kein Interesse an der Einführung einer solchen Kundschaftsentschädigung hatten. Außer der Versicherungsbranche (vgl. z. B. Nationalrat *Condrau*, Sten. Bull. Nationalrat 1948 S. 9, sowie *Burnand* [Fn. 4], S. 90 f.) im Vorfeld der Gesetzgebung trat aber – offenkundig aus innenpolitischen Gründen – niemand mit diesem Argument in der Gesetzgebungsdebatte auf.

27 Votum von Nationalrat *Speiser*, Sten. Bull. Nationalrat 1948 S. 9 f.; ähnlich derselbe Parlamentarier im Ständerat, Sten. Bull. Ständerat 1948 S. 63.

28 Votum des vormaligen Nationalrates und späteren Ständerates *Speiser*, Sten. Bull. Ständerat 1948 S. 63.

29 So jedenfalls sinngemäß Nationalrat *Condrau*, Sten. Bull. Nationalrat 1948 S. 11, und Ständerat *Stüssi*, Sten. Bull. Ständerat 1948 S. 64.

30 Votum von Ständerat *Stüssi*, Sten. Bull. Ständerat 1948 S. 64.

fellos nicht im Interesse der schweizerischen Exportindustrie liege.³¹ Gleichzeitig wurde aber auch vorgebracht, daß die bloß „selektive“ Anwendung schweizerischen Rechts bei Auslandsagenturen Schwierigkeiten bereiten könnte. Man könne logischerweise die Rechtsordnung eines Staates nicht nur teilweise anwendbar erklären und die darin enthaltenen zwingenden Bestimmungen durch Parteivereinbarung ausschließen, wenn nicht ein ausdrücklicher entsprechender Vorbehalt im Gesetz selbst gemacht werde. Wenn sich der Ausschluß der zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts rechtfertigen ließe, könne nur so geholfen werden, daß das Rechtsverhältnis insgesamt dem fremden Recht unterstellt werde.³²

c) *Die Relevanz dieser Argumente aus heutiger Sicht*

Aus heutiger Sicht sind die gegen die Einführung einer Kundschaftsentschädigung im schweizerischen Recht Ende der vierziger Jahre vorgebrachten Bedenken immer noch von erheblichem Interesse. Zum einen manifestiert sich in den (letztlich unwidersprochen gebliebenen) Äußerungen eines Parlamentsmitglieds in den Eidgenössischen Räten ein außerordentlich starker Abwehrreflex gegen fremde Rechtsordnungen und ausländische Personen, wie er wohl auch heute noch, wenn auch nicht mehr im gleichen Maße wie damals, in der Schweiz verbreitet sein dürfte. Zum andern belegen diese Äußerungen mit aller Eindringlichkeit, wie wichtig in einer *international vernetzten Wirtschaft* schon damals eine *Harmonisierung des Handelsvertreterrechts* in den verschiedenen Rechtsordnungen gewesen wäre und wie zentral dieses Anliegen im Grunde auch heute noch ist. Denn von der Sache her ist es verständlich, daß sich ein *kleines exportorientiertes Land wie die Schweiz* die Einführung eines neuartigen zwingenden Anspruchs auf Kundschaftsentschädigung für Handelsvertreter nicht leisten kann, wenn es damit isoliert dasteht. Die im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren geäußerten diesbezüglichen Bedenken hatten wohl nur deshalb keine oder jedenfalls keine nennenswerten ungünstigen Auswirkungen auf die schweizerische Exportwirtschaft, weil die anderen europäischen Staaten in der Folgezeit ähnliche Regelungen einführten.

2. *Die rechtspolitischen und dogmatischen Bedenken gegen Art. 418u OR in der älteren juristischen Literatur sowie die Reaktion der Rechtsprechung auf diese Fragen*

a) *Die Bedenken gegen Art. 418u OR in der Literatur*

Neue, bisher unbekannte Regelungen in Gesetzen stoßen bekanntlich nicht nur in der Politik, sondern auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur immer wieder auf Ablehnung. Oft braucht es Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, bis eine neue rechtliche Normierung in der Lehre positiv rezipiert und akzeptiert wird. Mit dem Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung verhielt es sich seinerzeit nicht anders. In der älteren schweizerischen juristischen Literatur wurden denn auch zahlreiche rechtspolitische und dogmatische Bedenken gegen die Regelung des Agenturvertragsrechts insgesamt und gegen den neuen Art. 418u OR im besonderen geäußert. So war etwa die Rede vom „Verlust an gesunder Einfachheit und Einheit“ und von „einer verhängnisvollen Zersplitterung

31 Konrad Fehr, Das neue Bundesgesetz über den Agenturvertrag, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 69 (1950), S. 1 ff., spez. S. 7 f. (mit Hw. auf entsprechende Vorbringen der schweizerischen Exportindustrie). Vgl. in ähnlichem Sinne auch BK-Gautschi (Fn. 3), Art. 418u OR in N 1 b.

32 Fehr (Fn. 31), S. 16.

der Rechtsordnung“³³ zu der das Bundesgesetz über den Agenturvertrag in seiner Gesamtheit führe. Dem neuen Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung wurde im besten Fall (und natürlich im ironischen Sinne gemeint) die Qualität eines eidgenössischen Kompromisses par excellence zugesprochen, dessen Auswirkungen in der Praxis abgewartet werden müßten.³⁴ Dem Art. 418u OR weniger gut gesonnene Autoren sprachen von einer Häufung unbestimmter Begriffe, die eine außergerichtliche Regelung von Streitigkeiten als besser erscheinen lasse³⁵ bzw. von einer „Übertreibung des sozialen Schutzes für eine bestimmte Kategorie ‚selbständiger‘ Arbeitnehmer, die dieses Schutzes am wenigsten bedürfen“ oder von einer „Ungerechtigkeit gegenüber den unselbständigen Arbeitnehmern, die das nämliche Privileg nicht genießen“.³⁶

Spezielle Mühe bekundete die ältere schweizerische Literatur insbesondere mit der rechtsdogmatischen Einordnung – um nicht zu sagen „Schubladisierung“ – der neu eingeführten Kundschaftsentschädigung sowie mit deren rechtspolitischen Legitimierung. *Gautschi* etwa machte geltend, rechtsdogmatisch betrachtet rühre ein zusätzlicher (d. h. zum Provisionsanspruch hinzutretender) unabdingbarer nachvertraglicher Anspruch dafür, daß jemand seine Vertragspflicht so erfüllt habe, wie es nach der gesetzlichen Ordnung von ihm erwartet werden dürfe, an die Fundamente der privatrechtlichen Vertragsstruktur. Es entbehre der Logik, die Höhe der Provisionen, die während der Vertragsdauer zu zahlen sind, der Parteiautonomie zu überlassen, die außerordentliche nachvertragliche Leistung des Auftraggebers indessen als zwingendes Recht zu erklären. Vom Standpunkt des Arbeitsrechts der Selbständigerwerbenden müßte – so *Gautschi* weiter – dem Anwalt, der einen wichtigen Prozeß gewinnt, oder dem Chirurgen, der durch einen glücklichen Eingriff das Leben des Patienten rettet, eine unvergleichlich höhere Extraprämie neben dem Honorar entrichtet werden als dem Agenten, der dem Auftraggeber einen erweiterten Kundenkreis hinterlasse.³⁷ Interessant sind aus heutiger Sicht auch die verschiedenen (letztlich allerdings wenig sinnvollen) Versuche, die „Rechtsnatur“ der neuen Kundschaftsentschädigung zu erfassen. So war die Rede von „Abgangsentschädigung“,³⁸ von einer „Abfindungssumme für die vom Agenten geworbene Kundschaft“³⁹ oder von einer „Entschädigung“⁴⁰ für entgehende Provisionsforderungen bzw. von einer

33 *Bruno von Büren*, Das überflüssige Gesetz über den Agenturvertrag, in: Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 45 (1949) S. 151 f., 152.

34 *Fehr* (Fn. 31), S. 19.

35 *Habscheid* (Fn. 11), S. 349. Auch *Gautschi* hält gegenüber Art. 418u OR kritisch fest, diese Bestimmung werde den Richter noch viel beschäftigen. Ein ausgewogenes Gesetz sollte (demgegenüber) Parteistreitigkeiten vorbeugen und auf der Grundlage möglichst klarer und eindeutiger Kriterien einen Ausgleich berechtigter Interessen verwirklichen (BK-*Gautschi* [Fn. 3], Art. 418u OR N 1 d).

36 BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 1 a.

37 BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 1 a.

38 *Von Büren* (Fn. 33), S. 152.

39 *Meister* (Fn. 16), S. 62 und 64; explizit a. M. – mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates, BBl 1947 III (Fn. 21), S. 685 – *Habscheid* (Fn. 11), S. 348 Anm. 56.

40 Dieser Ausdruck wurde von *Hofstetter* (Fn. 3), S. 146, unter Hinweis auf BGE 84 II 531 f., als „verfehlt“ bezeichnet. *Hofstetter*, ebd., sieht in der Kundschaftsentschädigung ein nachträgliches Entgelt, das sich rechtfertige wegen der Schwierigkeit, schon bei Vertragsbeginn die angemessene Vergütung für die Kundschaft zu bestimmen, die der Agent dem Auftraggeber bringen werde; die Billigkeit könne eine Korrektur der bei Vertragsbeginn festgesetzten Vergütung aufdrängen, wenn sich bei der Beendigung des Vertrages zeige, daß die Parteien zum Nachteil des Agenten von unzutreffenden Voraussetzungen ausgingen oder gewisse Voraussetzungen, über deren Verwirklichung sie

„juste contrepartie“⁴¹ von einem erweiterten Provisionsanspruch bzw. von einer Kapitalisierung von künftig entgehenden Provisionen.⁴² *Gautschi* qualifiziert den Anspruch auf Kundschaftsentschädigung als vertraglichen Erfüllungsanspruch und nicht als Schadenersatzanspruch,⁴³ der sich am ehesten durch die Überlegung rechtfertigen lasse, daß der Agent den Kundschaftszuwachs grundsätzlich auf seine Kosten bewirkt habe,⁴⁴ und *Engel* schließlich spricht von einer „contre-prestation pour un acquit provenant des efforts de l'agent, acquit dont le mandant tire profit après la fin du contrat“.⁴⁵

Nur nebenbei sei erwähnt, daß auch in der deutschen Literatur bisweilen wenig Verständnis für den vom Gesetzgeber in § 89 b des Handelsgesetzbuches eingeführten Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters zu finden ist. So spricht etwa *Brüggemann* von einem Fremdkörper im deutschen Rechtssystem, an dem sich fast zwangsläufig ein Streit um den eigentlichen juristischen Gehalt des Ausgleichs entzündet habe.⁴⁶ Wesentlich offener und unverkrampfter geht dagegen vor allem die neuere deutsche Literatur mit diesem Anspruch um. So sieht *Canaris* den Gerechtigkeitsgrund für die Gewährung eines Ausgleichsanspruchs in der Kombination von Tätigkeitspflicht und Erfolgsbezogenheit der Vergütung des Handelsvertreters. Da dieser einerseits zu werbender Tätigkeit für den Unternehmer verpflichtet sei, andererseits aber nicht tätigkeits-, sondern strikt erfolgsbezogen bezahlt werde und also das Risiko der Fruchtlosigkeit seiner Bemühungen selbst trage, soll er umgekehrt auch an den Erfolgen partizipieren, die er in Erfüllung seiner Tätigkeitspflicht angebahnt hat, deren Profit ihm nun aber wegen der Beendigung des Vertrags nicht mehr zugute kommt.⁴⁷ Eine derart klare und überzeugend einfache Erklärung dafür, was der Zweck der Kundschaftsentschädigung des Agenten ist, findet sich – soweit ersichtlich – in der schweizerischen Literatur leider nirgends.

b) Die Reaktion der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf diese Fragen

Wesentlich unverkrampfter als die (damalige) rechtswissenschaftliche Literatur ging schon bald nach Inkrafttreten des Agenturvertragsrechts das Schweizerische Bundesgericht mit dem neuen Art. 418u OR um. Das Bundesgericht hielt fest, daß Art. 418u OR nicht den Agenten entschädigen, d. h. für erlittene Nachteile schadlos halten wolle, sondern bezwecke, ihm eine Gegenleistung zu erbringen für den Vorteil, den der Auftraggeber auch nach Beendigung des Agenturverhältnisses ziehe, weil sein Kundenkreis durch die Tätigkeit des Agenten erweitert worden sei.⁴⁸ Die neue Bestimmung wolle

im Ungewissen waren, nicht berücksichtigt haben (so der französische BGE 110 II 281, übersetzt in Pra 73 [1984] S. 573).

41 *Burnand* (Fn. 4), S. 98 – zitiert in BGE 110 II 281 –, spricht von einer „juste contrepartie des profits que le mandant retire, après la fin du contrat, de la clientèle créée par l'agent et que la loi ne permet pas de verser sous forme de provisions pour commandes supplémentaires“.

42 *Habscheid* (Fn. 11), S. 351, 353 Anm. 74 und 356. Vgl. ausführlich zur Rechtsnatur der Kundschaftsentschädigung *Burnand* (Fn. 4), S. 93 ff.

43 *BK-Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 2 a.

44 *BK-Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 2 b.

45 *Engel* (Fn. 20), S. 511.

46 *Brüggemann* (Fn. 11), § 89 b Rdn. 1.

47 *Claus-Wilhelm Canaris*, Handelsrecht. Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 1995, S. 256.

48 BGE 84 II 531 f. E. 2.

nicht den Verlust ausgleichen, den der Agent dadurch erleide, daß er durch die Auflösung des Vertrages um einen Kundenstamm komme und die Aussicht verliere, mit diesem ohne neue große Arbeit Geld zu verdienen. Der entgangene Gewinn des Agenten habe daher für die Bestimmung der Vergütung nach Art. 418u OR außer Betracht zu bleiben.⁴⁹ Die Kundschaftsentschädigung sei kein nachträgliches Entgelt für Leistungen des Agenten während der Vertragsdauer, sondern ein Ausgleich für einen Geschäftswert, den der Auftraggeber nach Beendigung des Vertrages weiter nutzen könne.⁵⁰ Das Bundesgericht hat sich offensichtlich von der „unergiebig“ Kritik⁵¹ an Art. 418u OR durch die ältere Literatur nicht oder kaum beeinflussen lassen.

III. Die Voraussetzungen für das Entstehen des Anspruchs auf Kundschaftsentschädigung und ihre Bemessung

1. Vorbemerkung

Im folgenden geht es darum, einen Überblick über die Voraussetzungen für das Entstehen des Anspruchs des Agenten auf Kundschaftsentschädigung und ihre Bemessung zu geben. Mehr als eine geraffte Darstellung ist im vorliegenden Zusammenhang nicht möglich. Daß die einzelnen Tatbestandselemente des Art. 418u OR in der praktischen Anwendung zahlreiche Schwierigkeiten bereiten, liegt auf der Hand. Eine Gesetznorm, welche – wie es *Gautschi* ausdrückt – „... auf mehrere unsichere oder schwer zu ermittelnde Kriterien und letzten Endes auf das richterliche Ermessen und die ‚Billigkeit‘ abstellt“,⁵² bietet zwangsläufig erhebliche Anwendungsschwierigkeiten. Unter diesen Umständen bedürfte an sich die Behandlung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 418u OR einer einläßlichen Darstellung. Diese muß indessen dem Beitrag von Herrn Kollegen *Thouvenin*⁵³ vorbehalten bleiben.

2. Die Tatbestandsvoraussetzungen für das Entstehen des Anspruches auf Kundschaftsentschädigung

a) Die Beendigung des Agenturverhältnisses

Der Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung entsteht mit *Beendigung des Agenturvertrages* und wird auf diesen Zeitpunkt hin fällig.⁵⁴ Gemäß Art. 418u Abs. 3 OR besteht allerdings dann kein Anspruch, wenn das Agenturverhältnis aus ei-

49 BGE 84 II 532 E. 2.

50 BGE 103 II 280 E. 2, ebenso neuerdings BGE 122 III 72 E. 3d. Vgl. auch Zivilgericht Basel-Stadt, in: Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1979, S. 75 ff., 77; *Burnand* (Fn. 4), S. 115, sowie *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 5. Aufl., Bern 1999, S. 329.

51 So der (zutreffende) Ausdruck bei *Suzanne Wettenschwiler*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, hrsg. von Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, 2. Aufl., Basel / Frankfurt a. M. 1996, Art. 418u N 14.

52 BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 1 d. Vgl. dazu auch *Brüggemann* (Fn. 11), § 89 b HGB Rdn. 1, der unter Hinweis auf *K. Schmidt* von einer Häufung „subsumtionsunfähiger Tatbestandselemente“ spricht.

53 Vgl. unten S. 130 - 142.

54 Art. 418t Abs. 2 OR; BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 7 c; OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418t N 3.

nem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat.⁵⁵ Bei durch Kündigung aufgelösten Agenturverhältnissen ist grundsätzlich unmaßgeblich, welche der beiden Parteien die Kündigungserklärung abgegeben hat.⁵⁶ Kündigt allerdings der Agent den Vertrag ohne vom Auftraggeber gesetzten begründeten Anlaß (sans juste motif), so hat er die Auflösung zu vertreten.⁵⁷ Unmaßgeblich ist, ob der Agent die Kündigung verschuldet hat; der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung entfällt auch dann, wenn er sonst einen Grund für die Vertragsauflösung gesetzt hat.⁵⁸ Immerhin darf – wie das Bundesgericht festgehalten hat – Art. 418u Abs. 3 OR nur restriktiv angewendet werden.⁵⁹ Nicht zu vertreten hat der Agent eine Kündigung, die altershalber erfolgt,⁶⁰ ebenso nach herrschender Lehre eine Vertragsbeendigung infolge Krankheit, Tod oder unverschuldeter Handlungsunfähigkeit.⁶¹

b) Die wesentliche Erweiterung des Kundenkreises

Der Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung entsteht nur dann, wenn er durch seine Tätigkeit den *Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert* hat.⁶² Die Erweiterung des Kundenkreises muß – wie das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat – mit der Tätigkeit des Agenten *ursächlich zusammenhängen*.⁶³ Ausweitungen des Kundenstammes, die durch die allgemeine günstige Entwicklung der Wirtschaftslage

- 55 BGE 110 II 280 ff. = Pra 73 (1984) S. 213 ff.; Handelsgericht des Kt. Aargau, zitiert in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (AGVE) 1995, S. 27 ff., 32, sowie OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 3 m. w. N. Dem gleichgestellt ist – nach wohl nicht ganz unumstrittener Ansicht – auch der Fall der einvernehmlichen Auflösung des Verhältnisses: so AGVE 1995, ebd., sowie *Andreas M. Dubler*, Der Kommissionsagenturvertrag, Zürich 1995, S. 213 m. Nw.
- 56 Wenn z. B. der Auftraggeber dem Agenten die Kündigung (etwa wegen einer Umstrukturierung) nahelegt und der Agent durch eigene Kündigung diejenige des Auftraggebers vermeiden will, hat er das Vertragsverhältnis nicht ohne begründete Veranlassung aufgelöst, so BJM 1979 (Fn. 50), S. 75 ff.
- 57 OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 3; BK-Gautschi (Fn. 3), Art. 418u OR N 7 b.
- 58 Im Gegensatz z. B. zum deutschen Recht wird aber kein Verhalten des Agenten verlangt, welches eine fristlose Kündigung rechtfertigt, so *Klaus Detzer / Dieter Zwernemann*, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler, Heidelberg 1997, S. 392.
- 59 BGE 110 II 282. Vgl. z. B. auch Obergericht des Kt. Zürich, in: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 83 (1984) S. 4 ff., 6 ff., wonach nicht jede Bagatelle – i. c. eine „nicht unvertretbare“ Verarrestierung von Kundenguthaben durch den Agenten – für den Ausschluß der Kundschaftsentschädigung genüge; *Theo Guhl / Hans Merz / Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 516.
- 60 OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 3 m. Nw.
- 61 AGVE 1995 (Fn. 55), S. 32; *Leiss* (Fn. 3), S. 126; *Burnand* (Fn. 4), S. 123; *Robert P. Umbricht / Felix Grether*, Handelsvertreterrecht in der Schweiz, in: Friedrich Graf von Westphalen (Hrsg.), Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz, Köln 1995, S. 1084 N 248 und 250 (zum Tod bzw. Suizid des Agenten); OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 3 m. w. N., sowie *Detzer / Zwernemann* (Fn. 58), S. 392; a. M. BK-Gautschi (Fn. 3), Art. 418u OR N 7 b. Vgl. dazu auch Art. 17 Abs. 4 und Art. 18 lit. b Handelsvertreterrichtlinie.
- 62 Art. 418u Abs. 1 erster Satzteil OR.
- 63 BGE 84 II 533 E. 2. Statt vieler *Umbricht / Grether* (Fn. 61), S. 1085 N 253 f., sowie z. B. AGVE 1995 (Fn. 55), S. 27 ff., 28. Vgl. auch BJM 1979 (Fn. 50), S. 77 f., für den Sonderfall, daß zwei Generalagenten gemeinsam tätig sind: Maßgebend sei diesfalls das Gesamtergebnis der Generalagentur und nicht etwa die (über- oder unterdurchschnittliche) Eigenproduktion des betreffenden Agenten.

oder durch die Anstrengungen des Auftraggebers bewirkt werden, sind grundsätzlich unbeachtlich.⁶⁴ In der Praxis dürfte es oft erhebliche Schwierigkeiten bereiten, den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Agenten und der Ausweitung des Kundenkreises zu ermitteln. Die Beweislast dafür trägt grundsätzlich der Agent.⁶⁵

Die Ausweitung des Kundenstammes muß *wesentlich* sein.⁶⁶ Maßgebend kann daher nicht jede Umsatzerweiterung sein. Anspruch auf Kundschaftschädigung besteht nur, wenn die Erweiterung des Kundenkreises eine gewisse Bedeutung erreicht. Im einzelnen bereitet die Abgrenzung zwischen wesentlicher und unwesentlicher Erweiterung des Kundenkreises erhebliche Schwierigkeiten. Grundsätzlich trägt wiederum der Agent die Beweislast für diesen Umstand.⁶⁷ Das Bundesgericht hat einen Zuwachs von 85 auf 123 Kunden innerhalb eines Zeitraums von 17 Monaten als wesentlich erachtet.⁶⁸ Auch nicht unumstritten ist die Frage, ob auf eine absolute Zunahme der Kundenanzahl abzustellen ist⁶⁹ oder ob es auf die Anzahl der vom Agenten neu hinzugewonnenen Kunden⁷⁰ ankommt.⁷¹ Die bloße Ausweitung der Kundenzahl kann indessen nicht relevant sein. Maßgebend ist vielmehr der Umsatzzuwachs bzw. das Umsatzzuwachspotential.⁷² Im weiteren setzt die Erweiterung des Kundenkreises voraus, daß der Agent Beziehungen von einer gewissen Dauer geschaffen hat, so daß der Auftraggeber mit einem vergrößerten Absatzpotential rechnen kann.⁷³

64 BGE 84 II 533 E. 2. und S. 538 E. 5; OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 4.

65 Vgl. Handelsgericht des Kantons St. Gallen, in: SJZ 54 (1958) S. 182 f.; OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 15; Umbricht / Grether (Fn. 61), S. 1087 N 261.

66 Vgl. dazu z. B. Umbricht / Grether (Fn. 61), S. 1086 N 259 f. m. Nw.

67 BGE 103 II 281 E. 2; OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 15.

68 BGE 84 II 166 E. 4 = Pra 47 (1958) S. 328 f. BK-Gautschi (Fn. 3), Art. 418u OR N 3 b, z. B. erachtet eine durchschnittliche jährliche Zuwachsrate von über 15 % als wesentlich, was von anderen Autoren z. T. als zu hoch angesetzt betrachtet wird (so Umbricht / Grether [Fn. 61], S. 1086 N. 259 mit Hinweis auf Maier [Fn. 13], S. 370).

69 Vgl. BK-Gautschi [Fn. 3], Art. 418u OR N 3 b m. Nw.

70 Unter Berücksichtigung der Abgänge nur von Neu-Kunden, nicht von Alt-Kunden. „Das Risiko, daß Altkunden während der Vertragszeit ‚abspringen‘, trägt der Auftraggeber, so wie es für die Frage der Abgangschädigung das Risiko des Agenten ist, ob die von ihm geworbene Kundschaft bis zum Ende der Vertragszeit treu bleibt“, so unter Berufung auf deutsche Autoren BJM 1979 [Fn. 50] S. 79 f.

71 Burnand (Fn. 4), S. 112, weist darauf hin, daß der Verlust von Alt-Kunden nur dann in die Berechnung der Zunahme des Kundenbestandes einbezogen werden dürfe, wenn der Agent dafür verantwortlich sei (z. B. weil er Alt-Kunden vernachlässigt hat), aber nicht, wenn der Auftraggeber selber den Abgang zu vertreten hat (z. B. wegen Fabrikationsstopp eines Produktes oder Lieferung von Produkten mit schlechter Qualität) oder wenn Alt-Kunden nicht mehr existieren (z. B. wegen Todesfalls oder Liquidation einer juristischen Person). Vgl. zum Ganzen auch Umbricht / Grether (Fn. 61), S. 1085 N 254.

72 Vgl. z. B. Leiss (Fn. 3), S. 127; OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 6; Burnand (Fn. 4), S. 111 ff., 139 f.; ähnlich für den Versicherungsagenten („Bonität der einzelnen Kunden und der wirtschaftliche Wert der Verträge für den Auftraggeber“) BJM 1979 (Fn. 50), S. 77; unklar hingegen BK-Gautschi (Fn. 3), Art. 418u OR N 3 b.

73 OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 5. Heikel kann in der Praxis die Abgrenzung sein, ob der Agent einen Kundenstamm (mit)aufgebaut oder bloß Kunden, die der Auftraggeber bereits hatte, betreut habe: dazu AGVE 1995 (Fn. 55), S. 29 f. Vgl. zum Umfang des Kundenbegriffes auch das Urteil des Zürcher Handelsgerichts in SJZ 67 (1971) S. 210 f.

c) *Erhebliche Vorteile für den Auftraggeber*

Der Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung besteht nur dann, wenn dem Auftraggeber (oder seinem Rechtsnachfolger) aus der Geschäftsverbindung mit der vom Agenten erworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses *erhebliche Vorteile* erwachsen.⁷⁴ Solche sind anzunehmen, „wenn der vom Agenten geworbene Kundenkreis dem Auftraggeber sehr wahrscheinlich treu bleibt und seinen Bedarf weiterhin bei diesem deckt“.⁷⁵ Unerheblich ist es, ob der Auftraggeber diesen Vorteil nutzen will oder nicht.⁷⁶ Eine Ausnahme mag allenfalls dann bestehen, wenn der Auftraggeber den vom Agenten wesentlich erweiterten Kundenstamm deshalb nicht mehr nutzen kann, weil er betriebliche Veränderungen beabsichtigt.⁷⁷

Der dem Auftraggeber aus der Erweiterung des Kundenstammes durch den Agenten erwachsende Vorteil muß *erheblich* sein. Mithin genügt nicht jeder noch so geringfügige Nutzen, der dem Auftraggeber nach Beendigung des Agenturverhältnisses als Vorteil verbleibt. Im Einzelfall ergeben sich hier natürlich wiederum außerordentliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Die Beweislast für den dem Auftraggeber verbleibenden erheblichen Vorteil trägt der Agent, wobei allerdings die Anforderungen an diesen Nachweis nicht überspannt werden dürfen.⁷⁸ Da in diesem Zusammenhang nicht nur Fakten aus der Vergangenheit zu berücksichtigen, sondern auch *künftige Entwicklungen* abzuschätzen sind, kommen die Gerichte um gewisse Hypothesen nicht herum. Dabei muß insbesondere eine Prognose über das voraussichtliche Kundenverhalten nach Beendigung des Agenturverhältnisses gemacht werden.⁷⁹

Dem Auftraggeber verbleibt selbstredend nur dann ein Vorteil aus der werbenden Tätigkeit des Agenten, wenn sich die Kundschaft weiterhin bei ihm eindeckt, was praktisch ausschließlich bei Waren des wiederkehrenden Bedarfs zutreffen dürfte.⁸⁰ Übernimmt der Agent im gleichen Gebiet und in der gleichen Branche eine neue Vertretung, so besteht eine große Wahrscheinlichkeit, daß ein beträchtlicher Teil der von ihm ge-

74 Art. 418u Abs. 1 zweiter Satzteil OR.

75 So BGE 103 II 282 E. 3a m. Hw. u. a. auf *Leiss* (Fn. 3), S. 129 und 259 sowie *Burnand* (Fn. 4), S. 103 und 115. Dabei muß es sich laut BGE, a. a. O., aber um „Waren eines wiederkehrenden Bedarfs handeln“; vgl. dazu die Nw. unten in Fn. 80.

76 BGE 103 II 281 E. 2; OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 7; *Umbricht / Grether* (Fn. 61), S. 1088 N 265.

77 BGE 103 II 281 E. 2; OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 7; *Umbricht / Grether* (Fn. 61), S. 1088 N 265. Vgl. auch *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* (ZR) 83 (1984) S. 4 ff., spez. S. 8, wonach im Falle des Konkurses des Auftraggebers zu prüfen sei, ob und in welcher Form die Firma des Auftraggebers weitergeführt werde.

78 BGE 103 II 285 E. 4b m. Hw. auf 84 II 541 E. 8; OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 15; BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 3 d.

79 Vgl. dazu z. B. Handelsgericht des Kantons Zürich, in: SJZ 53 (1957) S. 289 ff., sowie SJZ 1958 (Fn. 65), S. 182 f. Dazu auch BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 3 c, der ausführt, bei progressiven Zuwachsraten des Umsatzes in der Vergangenheit könne auch für die Zukunft auf einen verbleibenden erheblichen Vorteil geschlossen werden, während bei degressiven Zuwachsraten die Wahrscheinlichkeit gegen einen wesentlichen dem Auftraggeber nach Vertragsbeendigung verbleibenden Vorteil spreche.

80 BGE 103 II 282 E. 3a; 84 II 536 E. 4; SJZ 1957 (Fn. 79), S. 289 ff.; AGVE 1995 (Fn. 55), S. 31; BJM 1979 (Fn. 50), S. 81 f.; *Leiss* (Fn. 3), S. 129, sowie *Umbricht / Grether* (Fn. 61), S. 1087 N 262 f. Vgl. auch oben Fn. 75.

worbenen Kundschaft diesem treu bleibt und daher dem (vormaligen) Auftraggeber kein erheblicher Vorteil mehr verbleiben wird.⁸¹

d) *Keine Unbilligkeit für den Arbeitgeber*

Der Agent oder seine Erben haben nur Anspruch auf Kundschaftsentschädigung, soweit es nicht unbillig ist.⁸² Damit wird der Ausgleichsanspruch des Agenten praktisch vollumfänglich ins Ermessen des Richters⁸³ gestellt.

Das Billigkeitserfordernis ist eine Anspruchsvoraussetzung.⁸⁴ Es dient daher nicht nur der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs; vielmehr kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn eine Kundschaftsentschädigung als unbillig erscheint, diese auch ganz verweigert werden.⁸⁵ Eine Kundschaftsentschädigung ist z. B. dann unbillig, wenn der Agent für seine Tätigkeit bereits während der Vertragsdauer ausreichend entschädigt wurde.⁸⁶ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dies namentlich dann der Fall, wenn während des Agenturverhältnisses besonders hohe Vergütungen ausgerichtet wurden, wenn dieses lange gedauert hat oder wenn der Auftraggeber besonders günstige Fürsorgeleistungen ausgerichtet hat.⁸⁷ Kein Anspruch auf Kundschaftsentschädigung besteht daher dann, wenn der Auftraggeber dem Agenten Altersleistungen ausgerichtet, deren Kapitalwert (mindestens) die Höhe des hypothetischen Ausgleichsanspruchs erreicht.⁸⁸

Grundsätzlich trägt der Auftraggeber die Beweislast dafür, daß der vom Agenten geltend gemachte Anspruch auf Kundschaftsentschädigung unbillig ist.⁸⁹

81 BGE 103 II 283 E. 3a.

82 Art. 418u Abs. 1 dritter Satzteil OR.

83 Art. 4 ZGB.

84 Vgl. *Demisch* (Fn. 10), S. 65 m. Nw.; OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 9; *Dubler* (Fn. 55), S. 213 m. w. N.; a. M. noch BK-*Gautschi* (Fn. 3), Art. 418u OR N 4 c, sowie Carl Baudenbacher, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in: Peter Forstmoser / Pierre Tercier / Roger Zäch (Hrsg.), *Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zürich 1988, S. 81 ff., spez. S. 91, welcher von Reduktionsgründen spricht. Vgl. dazu auch BGE 110 II 483 E. 3 e.

85 BGE 110 II 483 E. 3 e. Mit dieser Voraussetzung sei der Rechtsprechung die Möglichkeit gegeben worden, die Fälle der Kundschaftsentschädigung stark einzuschränken, so *Hofstetter* (Fn. 3), S. 146. Kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 9, die den Standpunkt vertritt, bei Unbilligkeit *müsse* eine Kundschaftsentschädigung verweigert werden.

86 So z. B. Handelsgericht des Kantons Aargau, in: *SJZ* 54 (1958) S. 155 ff.; OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 10.

87 BGE 110 II 479 m. w. N.; 103 II 286 E. 5; 84 II 541 E. 8; AGVE 1995 (Fn. 55), S. 31. Zur langen Vertragsdauer merkt *Hofstetter* (Fn. 3), S. 146, an, „dass es genau genommen darauf ankommt, wie lange der Agent den Kundenkreis durch direkte Geschäfte oder Nachbestellungen nutzen konnte“, die Kundschaftsentschädigung dränge sich nur dort auf, wo der Agent einen Kundenstamm schaffe, „aber durch Vertragsauflösung daran gehindert wird, die Früchte seines Wirkens zu ernten“. Vgl. für weitere Einzelheiten z. B. OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 10, sowie *Unbricht / Grether* (Fn. 61), S. 1089 f. N 268 ff.

88 BGE 110 II 476 ff.

89 BGE 103 II 286 E. 5; OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 15.

e) *Zwingendes Recht*

Der Anspruch des hauptberuflichen Agenten auf Kundschaftsentschädigung ist zwingender Natur.⁹⁰ Der Agent kann daher auf diesen Anspruch nicht verzichten, solange das Agenturverhältnis besteht und der Anspruch noch nicht entstanden ist.⁹¹ Nach Beendigung des Vertrags ist dagegen ein Verzicht rechtlich zulässig.⁹² Abweichende Parteivereinbarungen zugunsten des Agenten, so also zum Beispiel die Vereinbarung einer umfassenderen Kundschaftsentschädigung, sind selbstredend möglich.⁹³

3. *Die Bemessung der Kundschaftsentschädigung*

Das Bundesgericht und auch unterinstanzliche Gerichte üben in der Zusprechung von Kundschaftsentschädigungen größte Zurückhaltung,⁹⁴ nicht zuletzt deshalb, weil Art. 418u OR singulären Charakter aufweist,⁹⁵ wobei dieser Zurückhaltung insbesondere bei der Bemessung der Kundschaftsentschädigung Rechnung getragen wird.⁹⁶ Gemäß Art. 418u Abs. 2 OR beträgt der Anspruch höchstens einen *Nettojahresverdienst*⁹⁷ des Agenten aus dem Vertragsverhältnis. Dieser Anspruch berechnet sich nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre oder, wenn das Verhältnis nicht so lange gedauert hat, nach demjenigen der ganzen Vertragsdauer.⁹⁸

In die Ermittlung des Nettjahresverdienstes des Agenten sind einerseits sämtliche Vergütungen einzubeziehen, die der Agent für seine Tätigkeit vom Auftraggeber erhalten hat. Andererseits sind davon sämtliche Auslagen des Agenten (wie Reisespesen, Büroaufwand, Löhne für das Personal etc.) in Abzug zu bringen.⁹⁹ Zu berücksichtigen sind dabei nicht bloß diejenigen Provisionen, die der Agent effektiv erzielt hat, sondern auch Provisionen, die er hätte erzielen können, deren Entstehung aber durch eine Vertragsverletzung des Auftraggebers vereitelt wurde.¹⁰⁰

Der Nettjahresverdienst stellt die obere Grenze dessen dar, was dem Agenten aus Art. 418u OR zusteht. Im übrigen hat der Richter nach Ermessen¹⁰¹ die Höhe des Anspruches festzusetzen. Dabei muß gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter anderem die Dauer des Agenturverhältnisses sowie die Höhe der vom Agenten bezogenen

90 Art. 418u Abs. 1 in fine (sowie Art. 418a Abs. 2 OR).

91 BGE 85 II 118.

92 BGE 85 II 119; BK-Gautschi (Fn. 3), Art. 418u OR N 5 e.

93 OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 16.

94 So OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 1 mit Hinweis auf BGE 110 II 476, 110 II 280 = Pra 73 (1984) S. 573, 103 II 277, 85 II 118 und 84 II 164 = Pra 47 (1958) S. 328.

95 Vgl. AGVE 1995 (Fn. 55), S. 28, sowie Umbricht / Grether (Fn. 61), S. 1082 N 239 f.

96 So AGVE 1995 (Fn. 55), S. 28.

97 Andere Rechtsordnungen – so z. B. das deutsche Recht – gehen hingegen vom Höchstsatz eines Bruttojahresverdienstes aus, was nach Meyer-Marsilius (Fn. 14), S. 36, in der Praxis bis zu 50 % mehr ausmache.

98 Art. 418u Abs. 2 zweiter Satzteil OR.

99 BGE 84 II 166 f. E. 5 = Pra 47 (1958) S. 329 f.; vgl. dazu auch OR-Wettenschwiler (Fn. 51), Art. 418u N 11; BK-Gautschi (Fn. 3), Art. 418u OR N 6 a, und SJZ 1958 (Fn. 86), S. 155 f.

100 BGE 122 III 66 ff., 72 f.

101 Art. 4 ZGB.

Provision berücksichtigt werden.¹⁰² Hat der Agent (z. B. infolge kurzer Dauer des Vertragsverhältnisses oder geringer Provisionshöhe) aus seiner Tätigkeit wenig Nutzen ziehen können, so ist die Kundschaftsentschädigung höher anzusetzen als im umgekehrten Fall.¹⁰³ Sie braucht aber so oder anders nicht notwendigerweise den Wert zu erreichen, den der vom Agenten geschaffene Kundenkreis für den Auftraggeber hat.¹⁰⁴ Zu berücksichtigen sind gegebenenfalls auch anderweitige Ansprüche, die dem Agenten aus der Beendigung des Agenturvertrages erwachsen, so z. B. ein allfälliger Anspruch des Agenten auf Entschädigung aus Konkurrenzverbot.¹⁰⁵

Die Handelsvertreterrichtlinie sowie der § 89 b HGB sehen als Obergrenze für den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters den Jahresdurchschnittsbetrag der Vergütungen¹⁰⁶ bzw. die Jahresprovision oder sonstige Jahresvergütung¹⁰⁷ vor, während im schweizerischen Recht – wie dargelegt – ausdrücklich der *Nettojahresverdienst* maßgebend ist. Im europäischen Handelsvertreterrecht ist daher die Obergrenze des Ausgleichsanspruchs deutlich höher.¹⁰⁸ Insbesondere steht dem Agenten nach schweizerischem Recht überhaupt kein Anspruch zu, wenn er zwar den Kundenkreis wesentlich erweitern konnte und dem Auftraggeber daraus ein erheblicher Vorteil verbleibt, die Auslagen des Agenten aber höher waren als sein Provisionsanspruch und daher kein Nettoverdienst verblieb.¹⁰⁹ Speziell bei einer kurzen Dauer des Agenturverhältnisses kann dies zu einem außerordentlich stoßenden Ergebnis führen. In solchen Fällen ist es denkbar, daß der Agent erhebliche Aufwendungen für seine Werbetätigkeit, aber noch kaum Provisionseinnahmen zu verzeichnen hatte. Jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber das Agenturverhältnis durch Kündigung auflöst, muß in solchen Konstellationen geprüft werden, ob ein Rechtsmißbrauch¹¹⁰ vorliegt und ob daher dem Agenten wenigstens eine Entschädigung wegen mißbräuchlicher Kündigung zusteht.¹¹¹ Allenfalls ließen sich die entsprechenden Bestimmungen aus dem Arbeitsrecht über die mißbräuchliche Kündigung¹¹² analog anwenden.

102 BGE 84 II 533 f. E. 2.

103 Dazu statt vieler *Umbricht / Grether* (Fn. 61), S. 1091 N 274. Kritisch zur Dauer des Vertragsverhältnisses als selbständiges Bemessungselement *Leiss* (Fn. 3), S. 135 f.

104 BGE 84 II 533 E. 2.

105 OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 13.

106 Art. 17 Abs. 2 lit. b der Handelsvertreterrichtlinie.

107 § 89 b Abs. 2 HGB.

108 Vgl. dazu schon oben Fn. 97.

109 BGE 84 II 166 f. E. 5 = Pra 47 (1958) S. 329 f.: „Le législateur a donc bien entendu qu'en aucun cas, l'indemnité ne puisse dépasser le gain annuel net. Lorsque ce gain est nul, elle doit être refusée totalement, alors même que les conditions auxquelles la loi la subordonne par ailleurs sont remplies“; vgl. dazu auch OR-*Wettenschwiler* (Fn. 51), Art. 418u N 11.

110 Art. 2 Abs. 2 ZGB.

111 Möglicherweise lag BGE 84 II 164 ff. = Pra 47 (1958) S. 328 ff. eine solche Konstellation zugrunde. Leider läßt sich dies aus dem veröffentlichten (knappen) Sachverhalt nicht mit Sicherheit entnehmen.

112 Art. 336 - 336b OR. Vgl. auch BGE 118 II 158 ff., wo das Bundesgericht diese Bestimmungen auf einen Franchisingvertrag anwandte.

Auch andere Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts sind z. T. auf Agenturverträge anwendbar, so z. B. die Regeln über die fristlose Entlassung (Art. 418r Abs. 2 OR; BGE 125 III 14 ff.).

IV. Schluß

Gemäß Art. 17 Abs. 1 der Handelsvertreterrichtlinie treffen die Mitgliedstaaten der EU die erforderlichen Maßnahmen dafür, daß der Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses entweder einen Anspruch auf einen (in Abs. 2 näher geregelten) *Ausgleich* oder auf einen (in Abs. 3 detaillierter umschriebenen) *Schadenersatz* hat. Für einmal müßte die Schweiz, die ja bekanntlich nicht Mitglied der EU ist, keine wesentlichen Änderungen in ihrem Schuldrecht vornehmen, wenn sie in dieser Hinsicht das europäische Recht „autonom nachvollziehen“ wollte. Denn der in Art. 418u OR vorgesehene Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung entspricht über weite Strecken dem in Art. 17 Abs. 2 sowie in den Art. 18 und 19 der Handelsvertreterrichtlinie normierten Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters. Die einzige nennenswerte Abweichung besteht in der Berechnung des maximal geschuldeten Betrages, die nach der Handelsvertreterrichtlinie für den Agenten günstiger ausfällt und in gewissen Konstellationen (anders als die Lösung des schweizerischen Rechts) ein sachlich unhaltbares Ergebnis verhindern kann.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die weitgehende Ähnlichkeit zwischen der Regelung des Ausgleichsanspruchs in der Handelsvertreterrichtlinie und Art. 418u OR nicht zufällig ist. Der Ende der vierziger Jahre von vielen als kühn, ja problematisch empfundene Schritt des Schweizer Gesetzgebers bei der Einführung des neuen Anspruchs des Agenten auf Kundschaftsentschädigung hat heute die positive Folge, daß wenigstens in diesem Bereich für die Schweiz gegenüber Europa kein bzw. nur ein geringfügiger Harmonisierungsbedarf besteht. So gesehen kann der damalige „Mut“ des Gesetzgebers in der Schweiz als zukunftsweisend gewertet werden.