

VISCHER

Der Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass konkurrenzverbot.info den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG.

67.

Alleinvertretungsvertrag. Unabdingbarer Anspruch des Alleinvertreters auf Karenzentschädigung bei Konkurrenzverbot? Eine Konkurrenzenthaltungs-

klausel ist nicht deswegen ungültig, weil eine Karenzentschädigung wegbedungen wurde; die agenturvertragsrechtliche Vorschrift des Art. 418 d Abs. 2 Satz 2 OR (unabdingbarer Anspruch eines zur Konkurrenzenthaltung verpflichteten Agenten auf eine Karenzentschädigung) schafft, soweit die Bestimmung gilt, zwingend ergänzendes Recht; Zahlung einer Karenzentschädigung als Voraussetzung der Pflicht zur Konkurrenzenthaltung? (Erw. 3 + 4). Die singuläre agenturvertragsrechtliche Vorschrift des Art. 418 d Abs. 2 Satz 2 OR ist auf Alleinvertretungsverträge, in denen dem Alleinvertreter ein Konkurrenzverbot auferlegt wurde, nicht analog anwendbar; dagegen sind auf Alleinvertretungsverträge die allgemeinen arbeitsvertragsrechtlichen Vorschriften über das Konkurrenzverbot (Art. 340-340c OR) entsprechend anzuwenden (Erw. 5 a-e). Erfordernis des Einblickes in den Kundenkreis des Lieferanten und der Schädigungsgefahr bei Verwendung dieser Kenntnisse durch den Alleinvertreter, Art. 340 Abs. 2 OR (Erw. 6 a und b). Wegfall des Konkurrenzverbotes bei nachgewiesenem Wegfall des Interesses an der Aufrechterhaltung und bei Kündigung des Alleinvertretungsvertrages durch den Lieferanten ohne begründeten Anlass, Art. 340c Abs. 1 und 2 OR (Erw. 7 a und b). Begriff des begründeten Anlasses zur Kündigung und Beweislast (Erw. 7c).

Das Gericht zieht in Erwägung:

«1. Der Vertretungsvertrag vom 10. Dezember 1969, mit welchem die Klägerin, eine Mineralwasserfirma, dem Beklagten als sogenanntem Heimdienstdepositär den Vertrieb ihrer Getränke im vereinbarten Gebiet übertrug, enthält in Ziff. 16 ein Konkurrenzverbot. Der Beklagte verpflichtete sich darnach unter anderem, für die Dauer von drei Jahren nach Vertragsauflösung weder auf eigene noch auf fremde Rechnung eine die X AG oder die X-Depositäre konkurrierende Tätigkeit im Vertragsgebiet

auszuüben, noch seine Arbeitskraft und seine Kenntnisse einer natürlichen oder juristischen Person zur Verfügung zu stellen, welche in diesem Gebiet Getränke vertreibt oder zu vertreiben beabsichtigt. Im Falle der Tätigkeit in verschiedenen Verkaufsgebieten dehnt sich das vom Konkurrenzverbot erfasste Gebiet automatisch auf alle Gebiete aus.

Gestützt auf Ziff. 13 des Vertretungsvertrages sprach die Klägerin mit Schreiben vom 21. Oktober 1974 die Kündigung des Vertragsverhältnisses auf den 30. April 1975 aus. Im Kündigungsbrief begründete sie ihren Entschluss.

Da der Beklagte sich unbestrittenermassen auch nach dem 30. April 1975 im Vertragsgebiet als Getränkehändler betätigte, hob die Klägerin gegen ihn den vorliegenden Prozess an, womit sie im wesentlichen Unterlassung konkurrierender Tätigkeit und Zahlung einer für den Verletzungsfall vereinbarten Konventionalstrafe verlangt. Im bezirksgerichtlichen Verfahren nahm der Beklagte den Standpunkt ein, das Konkurrenzverbot sei nach Art. 340c Abs. 1 und 2 OR dahingefallen. Einerseits habe die Klägerin kein erhebliches Interesse mehr an der Aufrechterhaltung des Verbotes und andererseits habe sie das Vertragsverhältnis gekündigt, ohne dass der Beklagte ihr begründeten Anlass dazu gegeben habe; gegenteils hätte er Grund zur Auflösung des Vertrages gehabt.

2. Die Vorinstanz hat den Vertrag vom 10. Dezember 1969 rechtlich als Alleinvertretungsvertrag qualifiziert. Auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien seien die Normen des Agenturvertragsrechts anzuwenden, insbesondere Art. 418d OR. Der erste Satz von Absatz 2 dieser Bestimmung erkläre, dass auf ein vertragliches Konkurrenzverbot die Bestimmungen über den Dienstvertrag entsprechend anwendbar seien. Und Satz 2 ergänze:

„Ist ein Konkurrenzverbot vereinbart, so hat der Agent bei Auflösung des Vertrages einen unabdingbaren Anspruch auf ein angemessenes besonderes Entgelt.“

Dem Beklagten sei jedoch eine solche

Karenzentschädigung nicht zugestanden worden. Da die Vereinbarung einer Karenzentschädigung unabdingbare Voraussetzung der Gültigkeit eines vertraglichen Konkurrenzverbotes sei, müsse die von den Parteien verabredete Konkurrenzklausel als ungültig betrachtet werden, was zur Klageabweisung führe.

Es erübrige sich daher zu prüfen, ob das Konkurrenzverbot nach Art. 340c OR dahingefallen sei, wie der Beklagte behaupte, desgleichen, ob es überhaupt die Gültigkeitsvoraussetzungen des Art. 340 OR erfülle. Immerhin sei zu bemerken, dass die Kunden nach Vertrag solche des Beklagten gewesen seien, ein Konkurrenzverbot nach Art. 340 Abs. 2 OR aber nur verbindlich sei, wenn der Beklagte Einblick in den Kundenkreis der Klägerin gehabt hätte. Überdies würde es auch an einem Kausalnexus zwischen einer möglichen erheblichen Schädigung der Klägerin und einem Einblick des Beklagten in ihren Kundenkreis fehlen, was nach Art. 340 Abs. 2 OR ebenfalls zur Ungültigkeit der Konkurrenzklausel führe.

3. a) Zu Recht stimmen die Parteien mit der Vorinstanz darin überein, dass es sich beim Vertretungsvertrag vom 10. Dezember 1969 um einen im Obligationenrecht nicht geregelten Vertrag eigener Art handelt, der gemeinhin als Alleinvertretungsvertrag bezeichnet wird. Im einzelnen kann hiezu auf die Erwägungen des Bezirksgerichts verwiesen werden.

b) Zuzustimmen ist dem Bezirksgericht auch insofern, als es feststellt, dass im Vertretungsvertrag der Parteien keine Karenzentschädigung im Sinne eines besonderen Entgelts für die vereinbarte nachvertragliche Konkurrenzenthaltungspflicht des Beklagten vorgesehen wurde.

Ziffer 15 Abs. 1 des Vertretungsvertrages sagt ausdrücklich:

„Bei jeder Auflösung des Vertrages stehen Herrn Y grundsätzlich keine Entschädigungen zu.“

Aus Abs. 2 der nämlichen Vertragsziffer ergibt sich zur Frage einer Karenzentschädigung nichts anderes. (Es folgen Ausführungen hierüber.)

c) Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz dagegen in der Annahme, mangels Vereinbarung einer Karenzentschädigung sei das in Ziff. 16 des Vertretungsvertrages enthaltene Konkurrenzverbot ungültig. Hierbei sei zunächst die Frage offen gelassen, ob eine analoge Anwendung der nur im Agenturvertragsrecht sich findenden Vorschrift betreffend unabdingbare Karenzentschädigung (Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR) auf den Alleinvertretungsvertrag der Parteien in Betracht falle. Jedenfalls unrichtig ist nämlich die von der Vorinstanz aus der Bejahung dieser Frage und damit aus Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR gezogene rechtliche Folgerung auf das Schicksal des vertraglichen Konkurrenzverbots.

Gegen die Ansicht des Bezirksgerichts spricht schon der Wortlaut der zitierten Vorschrift des Agenturvertragsrechts. Er besagt, dass zur Vereinbarung eines Konkurrenzverbots ein unabdingbarer Anspruch auf ein angemessenes Entgelt bei Auflösung des Vertrages gehöre. Das lässt auf sogenanntes zwingend-ergänzendes Recht schliessen, was besagt, dass an die Stelle einer abweichenden Vertragsklausel die zwingende gesetzliche Regel tritt. Zwingend-ergänzendes Recht, welches die Frage nach einem Übergreifen der Teilnichtigkeit auf den Vertragsrest und damit die Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR ausschaltet, ist namentlich im Arbeitsvertragsrecht seit langem bekannt. So werden Arbeitsvertragsklauseln, die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages widersprechen, durch dessen Vorschriften ersetzt (OR 357 Abs. 1); die gesetzlichen Vorschriften über den Handelsreisendenvertrag ersetzen abweichende, bloss mündliche Abreden über den Vertragsinhalt (OR 347a Abs. 2); entsprechendes kann im Rahmen eines Normalarbeitsvertrages gelten (OR 360 Abs. 2). In allen solchen Fällen wird der Bestand der vertraglichen Regelung nur gerade insofern verneint, als diese durch die zwingende gesetzliche Regel ersetzt wird; Art. 20 Abs. 2 OR findet kraft spezieller Normierung keine Anwendung (vgl. hierzu Th. Müller, Der Abschluss des Dienstvertrages und des Lehrvertrages, 1948

S. 77ff.; Rehbinder, Schweiz. Arbeitsrecht, 4. Auflage 1977, S. 36 lit. D).

Die Entstehungsgeschichte von Art. 418d Abs. 2 OR bestätigt den zwingend-ergänzenden Charakter dieser Norm. Der bundesrätliche Entwurf sah vor, dass das Konkurrenzverbot unter allen Umständen bei Beendigung des Agenturverhältnisses dahinfalle, wenn der Auftraggeber dem Agenten nicht eine angemessene Entschädigung geleistet habe (BBl 99, 1947, Bd. III S. 689, Art. 418c Abs. 2 des Entw.). Nationalrätlige Kommission und Nationalrat beschlossen zunächst, diese Bestimmung überhaupt zu streichen (Sten Bull NR 1948 S. 6). Die heutige Fassung geht auf die ständerätliche Kommission zurück, der sich der Ständerat und in der Folge auch der Nationalrat anschlossen. Der Kommissionsberichterstatler im Ständerat wies auf den Charakter der Norm als Schutzbestimmung zu Gunsten des Agenten hin und hob hervor, es sei nach einer Lösung gesucht worden, welche analog der neuen Delcredere-Bestimmung die Entschädigung nicht zum Gültigkeitsrequisit der Vereinbarung mache, andererseits dem Agenten aus der Tatsache der geschlossenen Vereinbarung einen unabdingbaren Anspruch auf ein angemessenes besonderes Entgelt gewähre. Und zur entsprechenden Entschädigungsregelung für das Delcredere-Stehen des Agenten (heute OR 418c Abs. 3, damals Art. 418b Abs. 3, vgl. Sten Bull NR, S. 6), welche somit als Vorbild der Regel über die Karenzentschädigung diente, hatte der Berichterstatler im Ständerat schon zuvor ausgeführt, die Vereinbarung eines besonderen angemessenen Entgelts sei als Voraussetzung der Gültigkeit einer Delcredere-Vereinbarung fallen gelassen und Schriftlichkeit der Vereinbarung als genügend erachtet worden; an die Tatsache der schriftlichen Übernahme des Delcredere-Stehens habe man jedoch die Folgerung geknüpft, dass der Agent damit einen Anspruch auf ein angemessenes besonderes Entgelt erhalte, welches ihm unter keinen Umständen entzogen werden könne (Sten Bull StR 1948 S. 57-59).

Der zwingend-ergänzende Charakter der

Vorschrift, durch welchen dem Agenten bei Vereinbarung eines Konkurrenzverbots ein unabdingbarer Anspruch auf eine angemessene Karenzentschädigung zugestanden wird, steht demnach fest. Eine Vereinbarung, durch welche die Parteien einen solchen Anspruch des Agenten wegbedingen wollen, führt nicht zum Wegfall des Konkurrenzverbots, sondern lediglich dazu, dass an die Stelle des ungültigen Entschädigungsverzichts die gesetzliche Regel des Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR tritt.

Für den Alleinvertretungsvertrag könnte, wäre die Regelung des Agenturvertragsrechts über die Karenzentschädigung analog anwendbar, nichts anderes gelten. Die Klausel über das Konkurrenzverbot nach Vertragsende gemäss Ziff. 16 des Vertretungsvertrages wäre nicht als ungültig dahingefallen, sondern zwingend durch einen Anspruch des Beklagten auf ein angemessenes besonderes Entgelt für die Konkurrenzenthaltung ergänzt worden.

4. Bei einer solchen Korrektur des Vertrages durch zwingend-ergänzendes Recht wäre indessen nicht auch schon geklärt, wie es dann zu halten sei, wenn der Auftraggeber bei der Vertragsauflösung seiner Verpflichtung, ein angemessenes besonderes Entgelt zu zahlen, nicht nachkommt.

Da der Entgeltsanspruch des durch das Konkurrenzverbot Belasteten von Gesetzes wegen schon bei Auflösung des Vertrages (Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR) entsteht, und da die Karenzentschädigung die Konkurrenzenthaltung abzugelten hat, also Gegenseitigkeit der Pflichten vorliegt, könnte der zur Konkurrenzenthaltung Verpflichtete vom Gegner wohl nicht zur Erfüllung dieser Pflicht oder zur Zahlung von Schadenersatz oder einer Konventionalstrafe verhalten werden, solange dieser nicht seinerseits eine angemessene (hinsichtlich der Höhe unter Umständen erst noch vom Richter näher zu bestimmende) Karenzentschädigung bezahlt hat (so offenbar Gautschi, Komm. N 7b am Ende zu Art. 418d OR; unklar H.J. Maier, Der Agenturvertrag, S. 22 und 24, N. 8, 9 und 14 zu OR 418d).

Wie es sich damit verhalte und ob allen-

falls anders zu entscheiden wäre, wenn der zur Konkurrenzenthaltung Verpflichtete einen Anspruch auf Karenzenschädigung gar nie erhoben und geltend gemacht hat (was vorliegend die Klägerin behauptet, der Beklagte jedoch bestreitet), kann indessen dahingestellt bleiben. Denn aus Überlegungen grundsätzlicher Art ist eine analoge Anwendung der agenturvertragsrechtlichen Bestimmung über die Karenzenschädigung auf Alleinvertretungsverträge abweichend von der Auffassung der Vorinstanz zu verneinen.

5. a) Zwar ist richtig, dass die Rechtsprechung auf den gesetzlich nicht geregelten Alleinvertretungsvertrag zum Teil Vorschriften des Agenturvertragsrechts analog anwendet. Insbesondere gilt dies für die Möglichkeit der Vertragsbeendigung durch einseitige Erklärung, namentlich die sofortige Auflösung aus wichtigen Gründen (BGE 89 II 33 und dortige Angaben), ein Fall freilich, dessen angemessene rechtliche Behandlung auch ohne Rückgriff auf das Agenturvertragsrecht (Art. 418r OR) möglich wäre, da sich eine solche Lösungsmöglichkeit schon aus dem Charakter des Alleinvertretungsvertrages als Dauerschuldverhältnis ergibt (in diesem Sinne denn auch schon BGE 78 II 37 und 60 II 336, wo die Bestimmungen des Dienstvertragsrechts über die Kündigung aus wichtigen Gründen analog angewendet wurden).

Im Falle der agenturvertragsrechtlichen Kundschaftschädigung andererseits (Art. 418u OR) hat das Bundesgericht eine analoge Anwendung auf den Alleinvertretungsvertrag dem Grundsatz nach abgelehnt (BGE 88 II 169ff.; zustimmend: Guhl/Merz/Kummer, Obligationenrecht, 6. Aufl. S. 450; Schönle in Recueil de Travaux, Genf 1969, De la représentation exclusive en droit suisse et comparé, S. 141ff., bes. S. 155; Leiss, Kundschaftschädigung des Alleinvertreters? in Der Handelsvertreter/Agent im deutschen und schweizerischen Recht, S. 65ff., und weitere Angaben über befürwortende und ablehnende Stellungnahmen auf S. 67). Unter anderem wurde argumentiert, bei Art. 418u OR handle es sich um eine

umstrittene Neuerung, die nicht ausgedehnt werden dürfe.

Zur hier zu entscheidenden Frage, ob die agenturvertragsrechtliche Norm des Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR über das Obligatorium einer Karenzenschädigung bei nachvertraglichem Konkurrenzverbot auf Alleinvertretungsverträge analog anzuwenden sei, sind, soweit ersichtlich, bisher keine publizierten Entscheide ergangen. In der Literatur ist die Frage streitig. Gautschi (Komm. N. 4d am Ende zu Art. 418d OR) und Martine Bénédicte (Le contrat de concession de vente exclusive, Lausanne 1975, S. 75/76) bejahen die Analogie ohne nähere Begründung, wogegen Leiss (a. a. O., S. 69 Anm. 22) eine analoge Anwendung entschieden ablehnt.

b) Auszugehen ist von dem unser Privatrecht beherrschenden Grundsatz der Parteiautonomie. Zwingende gesetzliche Normen sind im Vertragsrecht nach wie vor die Ausnahme. Diese über den von ihnen geregelten Fall hinaus auch auf andere Tatbestände zur Anwendung zu bringen, bedarf überzeugender Gründe. Fehlen solche, so bleibt es beim Grundsatz der Vertragsfreiheit im Sinne einer freien Gestaltung des Vertragsinhalts (Art. 19 Abs. 1 OR). Ohne Not ist diese nicht zu beschränken. Vorliegend muss daher den Ausschlag geben, ob nach den Wertungen, welche der geltenden Rechtsordnung zugrunde liegen, es sich mit Rücksicht auf eine gleiche Interessenlage gebieterisch aufdrängt, auch dem Alleinvertreter einen unabdingbaren Anspruch auf eine Karenzenschädigung zuzugestehen.

c) Wesentlich ist, dass die anlässlich der Einfügung eines Abschnittes über den Agenturvertrag in das Obligationenrecht vom 4. Februar 1949 neu eingeführte zwingende Karenzenschädigung zugunsten des mit einem Konkurrenzverbot belasteten Agenten einen durchaus singulären Charakter hat. Schon die ganze Gesetzesnovelle überhaupt wurde in der parlamentarischen Beratung als Spezialordnung mit ausgesprochenen Spezialbestimmungen bezeichnet, und es wurde die Frage diskutiert, ob die neuen Bestimmungen über den Agenturvertrag, zu denen

die Berufsverbände (namentlich der Verband kaufmännischer Agenten der Schweiz) den Anstoss gegeben hatten, nicht besser in einem Spezialgesetz untergebracht würden (vgl. Sten Bull NR 1948 S. 1 ff. und insbesondere Sten Bull StR 1948 S. 49 und 51 ff., Votum Schoch). Allein dastehend ist namentlich auch die agenturvertragsrechtliche Norm über ein unabdingbares Karenzentgelt. Bei keiner anderen gesetzlich geregelten Vertragsart findet sich eine gleiche oder entsprechende Vorschrift. Diese wurde als Schutzbestimmung zugunsten des Agenten eingeführt (vgl. dazu das Vorn in Erw. 3c zur Entstehungsgeschichte Gesagte), wie überhaupt dem ganzen Agenturvertragsrecht bei seiner Schaffung das Bestreben zu Gemute stand, den wirtschaftlich Schwächeren der Vertragsparteien, den Agenten, gegenüber dem Auftraggeber zu schützen, insbesondere auch eine Umgehung des Gesetzes über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden zu verunmöglichen (vgl. Sten Bull NR 1948 S. 1/2, Berichterstatter NR Condrau; Sten Bull StR 1948, S. 49/50, Berichterstatter StR Stüssi). Nicht der weitgehend unabhängige und selbständige Mehrfirmenagent, sondern der vom Auftraggeber wirtschaftlich abhängige und einem dienstpflichtigen Handelsreisenden nahestehende und daher als schutzbedürftig betrachtete Einfirmenagent stand im Vordergrund (vgl. auch BBl 99, 1947, Bd. III S. 664 und 666).

Obgleich nun aber bei dem in einem Dienst- oder Arbeitsvertragsverhältnis stehenden Handelsreisenden wirtschaftliche Abhängigkeit und soziales Schutzbedürfnis in der Regel noch grösser sein dürften als beim Agenten, der immerhin rechtlich als selbständiger Kaufmann in Erscheinung tritt und möglicherweise – z. B. als Mehrfirmenagent – für die Fristung seines weiteren Lebensunterhalts oft weit weniger auf eine Karenzenschädigung angewiesen sein wird als der an einen einzelnen Arbeitgeber gebundene und durch das Konkurrenzverbot gebunden bleibende Handelsreisende, hat das jüngere, durch die Novelle vom 25. Juni 1971 neu geregelte schweizerische Arbeitsvertragsrecht die agenturvertragsrechtliche

zwingende Karenzenschädigung nicht übernommen, und zwar weder zugunsten der Handelsreisenden, noch gar zugunsten aller Kategorien von Arbeitnehmern. Art. 340a OR sieht lediglich vor, dass der Richter bei Prüfung der Frage, ob ein vertragliches Konkurrenzverbot übermässig und einzuschränken sei, 'eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen' habe. In der bundesrätlichen Botschaft zum neuen Arbeitsvertragsrecht (BBl 1967 II S. 398/399) wurde ausdrücklich erklärt, es ginge zu weit, den Arbeitgeber in jedem Falle zur Ausrichtung des Lohnes für die Dauer des Konkurrenzverbots verpflichten zu wollen. Bei diesem schon von der Expertenkommission den Postulaten der Angestelltenverbände gegenüber eingenommenen Standpunkt blieb es in der Folge. Eine unabdingbare Pflicht zur Zahlung einer Karenzenschädigung wurde nicht statuiert.

d) Nun macht der Beklagte freilich geltend, ein besonderes Bedürfnis nach einer Karenzenschädigung bestehe sowohl beim Agenturvertrag wie beim Alleinvertretungsvertrag gerade deshalb, weil Agent und Alleinvertreter nicht Arbeitnehmer, sondern Selbständigerwerbende seien und als solche unter Übernahme eines persönlichen Risikos geschäftliche Investitionen zu tätigen hätten. Wie dargelegt, hatte aber die Gesetzesnovelle über den Agenturvertrag namentlich die Verbesserung des Schutzes für den trotz rechtlicher Selbständigkeit wirtschaftlich vom Auftraggeber abhängigen, sich dem Handelsreisenden nähernden Einfirmenagenten im Auge, und gerade bei dieser umfangreichen Gruppe von Agenten dürften die geschäftlichen Investitionen, welche der Agent auf eigenes Risiko vorzunehmen hat, in aller Regel verhältnismässig gering sein, so dass gerade bei ihnen das behauptete Motiv zu erhöhtem Schutz entfielen. Andererseits scheint immerhin die bundesrätliche Botschaft zum Agenturvertragsrecht insofern für den Beklagten zu sprechen, als es darin – allerdings ohne weitere Begründung – heisst, die (im Vergleich zum dienstpflichtigen Arbeitnehmer) selbständigere Stellung des Agenten verlange eine weitergehende Be-

schränkung des Konkurrenzverbotes durch Gewährung einer Karenzentschädigung (vgl. BBl 99, 1947, Bd. III S.675). Auch wenn aber das gesetzgeberische Motiv für eine unabdingbare Karenzentschädigung entgegen dem vorn in lit. c Gesagten tatsächlich in der in der Botschaft erwähnten Richtung zu suchen sein sollte, so würde auch dies nichts an der Singularität der Regelung von Art. 418 d Abs. 2 OR ändern. Nachvertragliche Konkurrenzverbote finden sich nämlich auch in Vertragsarten, bei denen sich die Partner durchaus selbständig gegenüber stehen; so namentlich in Gesellschaftsverträgen, beispielsweise aber auch in einem Mietvertrag, in welchem der Vermieter dem Mieter von Geschäftsräumlichkeiten die Pflicht überbindet, sich nach Auflösung des Mietverhältnisses einer konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten (vgl. dazu etwa Arthur Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Bern 1974, S.27; Alfred Kuttler, Vertragliche Konkurrenzverbote, Basel 1955, S.38/39, 44/45). Gerade hier wird der mit dem Konkurrenzverbot Belastete häufig namhafte geschäftliche Investitionen getätigt haben, deren Wert mit dem Ende des Vertragsverhältnisses ganz oder teilweise untergeht, und die bei Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit an anderem Ort und ausserhalb des verbotenen Gebiets dort wieder neu anfallen. Zweifellos ginge es jedoch nicht an, hier ohne gesetzliche Grundlage und unter alleiniger Berufung auf eine gleiche oder ähnliche Interessenlage eine nicht abdingbare Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung aus Art. 418 d OR durch Analogieschluss zu übernehmen. Für die – gesetzlich nicht geregelten – Alleinvertretungsverträge, bei denen übrigens das Mass der rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit des Alleinvertreters in den einzelnen Fällen sehr unterschiedlich sein dürfte, kann nichts anderes gelten. Die Privilegierung des Agenten mit einer unabdingbaren Karenzentschädigung bleibt singular. Andere Vertragsschliessende sind eines gleichen Privilegs nicht teilhaftig.

e) Das Ergebnis, zu welchem die vorstehenden Darlegungen führen, ist um so we-

niger stossend, als andererseits Einigkeit darüber bestehen dürfte, dass die allgemeinen arbeitsvertragsrechtlichen Vorschriften über das Konkurrenzverbot, wie sie in den Art. 340 bis 340 c OR enthalten sind, gleich wie auf den Agenturvertrag (Art. 418 d Abs. 2 Satz 1 OR), so auch auf den Alleinvertretungsvertrag analog anzuwenden sind (in diesem Sinne auch Gautschi, N.4 d zu Art. 418 d OR; Martine Bénédic, a.a.O. S.75 und Anm.72). Im Gegensatz zur singulären agenturvertragsrechtlichen Norm über das unabdingbare Karenzentgelt handelt es sich nämlich bei den Art. 340 bis 340 c OR um Vorschriften, die sowohl im Arbeitsvertragsrecht als auch im Agenturvertragsrecht von Gesetzes wegen Anwendung finden, also allgemeine Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen und somit über eine einzelne Art von Arbeitsverträgen hinaus auch bei Verträgen verwandter Art, wie es die Alleinvertretungsverträge in gewisser Hinsicht sind, Geltung beanspruchen dürfen.

Im vorliegenden Fall kann die Berechtigung einer analogen Anwendung der Art. 340 bis 340 c OR um so weniger fraglich sein, als der Beklagte nicht nur eindeutig der wirtschaftlich wesentlich Schwächere der beiden Vertragspartner war, sondern überdies auch der Vertretungsvertrag eine recht ausgeprägte Abhängigkeit des Beklagten von der Klägerin mit sich brachte, wodurch der Vertrag – trotz formeller Selbständigkeit des Beklagten – in die Nähe eines Einzelarbeitsvertrages geriet. So wurde der Beklagte im Vertretungsvertrag eng in die Heimdienst-Vertriebsorganisation der Klägerin eingegliedert, wobei diese ihm die Kundenkartei mit den Stammkarten und Tourenkarten der im Vertragsgebiet bereits vorhandenen Kundschaft zur Verfügung stellte und ihm die mit der Androhung sonstiger fristloser Vertragsauflösung verbundene vertragliche Verpflichtung auferlegte, die von der Klägerin bzw. seinem Vorgänger im Vertragsgebiet übernommen oder selbst erworbenen Kunden regelmässig anzufahren und dabei nach bestimmten, in einem Merkblatt genauer umschriebenen Grundsätzen vorzugehen, sowie die Kundenkartei gewissenhaft

nachzuführen. Mit der gleichen Androhung sonstiger fristloser Vertragsauflösung durch die Klägerin und Forderung von Schadenersatz wurde dem Beklagten auch die Verpflichtung auferlegt, in den noch nicht durchgeworbenen Ortschaften bzw. bei den noch nicht besuchten Haushaltungen das Produkt nach bestem Vermögen einzuführen und während der Vertragsdauer, von einer geringfügigen Ausnahme abgesehen, sonst keine anderen Mineralwasser, Süssgetränke oder Biere zu vertreiben. Im weiteren musste er sich verpflichten, beim Verkauf der (bei der Beklagten zu den jeweiligen Listenpreisen eingekauften) Getränke sich strikte an die von der Beklagten festgesetzten Verkaufspreise zu halten sowie die Monatsrechnungen der Klägerin, durch die fortlaufende Überweisung eines entsprechenden Anteils der Tageseinnahmen zu bezahlen, so dass die Warenbezüge am Ende des Monats bei der Rechnungstellung bereits bezahlt sind. Hinzu kam schliesslich eine finanzielle Abhängigkeit des Beklagten von der Klägerin, welche ihm den Bankkredit vermittelte, mit dem er das Geschäft erst betreiben konnte.

6. Art. 340 Abs. 2 OR bestimmt:

„Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.“

Nach dem in Erw. 5 lit. e Gesagten gehört diese Bestimmung zu den auf den Vertretungsvertrag der Parteien analog anwendbaren.

a) Die Vorinstanz verneint die Verbindlichkeit des zwischen den Parteien vereinbarten Konkurrenzverbots mit dem Hinweis, nach dem Vertretungsvertrag seien alle Kunden solche des Beklagten, nicht aber solche der Klägerin gewesen, ein Einblick in den Kundenkreis der Klägerin habe somit nicht bestehen können. Daran ist richtig, dass der Beklagte das von der Klägerin eingekaufte Mineralwasser als Eigenhändler weiter verkaufte. Unrichtig ist dagegen, dass seine Kunden nicht auch als Kunden der Klägerin gel-

ten könnten. Allgemein sind beim Vertrieb von Markenartikeln die Kunden des Händlers wirtschaftlich gesehen regelmässig auch Kunden der Marke (Leiss, a.a.O., S.64, 67, 69; Gautschi, N.12 b zu Art. 418 a bis 418 b OR und N.1 f. zu Art. 418 u OR). Für wen bei der Wahl eines Mineralwassers die Vorzüge einer bestimmten Quelle den Ausschlag geben – und das dürfte für eine Vielzahl der Bezüger gelten –, der wird eher den Händler als die Marke wechseln. Im Falle der Parteien kommt hinzu, dass die Klägerin ein System von Heimdienst-Depositären aufgebaut hat, womit ein besonderer Kundenkreis speziell angesprochen wird, Kunden nämlich, die, aus welchen Gründen auch immer, Heimlieferung wünschen oder bevorzugen. Ein Heimdienstkunde wird es daher in zahlreichen Fällen bleiben, gleichgültig, welches die Person des ihn beliefernden Depositärs sei. Dass der Beklagte infolge seiner Tätigkeit im Rahmen des Vertretungsvertrages Einblick in den Kreis der ständigen Heimdienstinteressenten im Vertragsgebiet und deren Wünsche gewonnen hat, kann nicht zweifelhaft sein; er lernte nicht nur die Namen dieser am besagten Heimdienst interessierten Abnehmer, sondern auch deren besondere Bedürfnisse kennen (so auch BGE 41 II 115 für den Bierdepothalter).

b) Mit dem weiteren Erfordernis, dass der Einblick in den Kundenkreis und die Verwendung dieser Kenntnisse die Gegenseite erheblich schädigen könnte, wird verlangt, dass der aus dem Konkurrenzverbot Berechtigte ein ins Gewicht fallendes Interesse an dessen Durchsetzung habe (Arthur Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, 1974, S.36; Alfred Kuttler, Vertragliche Konkurrenzverbote, 1955, S.12). Auch das Vorliegen eines solchen Interesses ist im Falle der Parteien offenkundig. Mit dem Konkurrenzverbot bezweckte die Klägerin auch den Schutz des oder der Nachfolger des Beklagten im Vertragsgebiet. Deshalb hatte sich der Beklagte in Ziff. 16 des Vertretungsvertrages verpflichten müssen, während der vereinbarten Zeitspanne ab Vertragssende keine die Klägerin, oder die Depositäre konkurrenzierende Tä-

tigkeit im Vertragsgebiet auszuüben'. Dass einem Nachfolger des Beklagten als Heimdienstdepositär Schutz vor konkurrenzierender Tätigkeit des Beklagten im Vertragsgebiet gewährt werden könne, musste sowohl im unmittelbaren Interesse dieses Nachfolgers als auch mittelbar im Interesse der Klägerin liegen. Für einen Heimdienststrayon wäre wohl kaum mehr ein tüchtiger, sein Gebiet intensiv bearbeitender Depositär zu finden, wenn dieser der Konkurrenz seines Vorgängers ungeschützt preisgegeben wäre. Auch eine reibungslose Bedienung der Heimdienstkunden und damit der Erfolg des Heimdienstsystems der Klägerin würden durch eine solche Konkurrenz in Frage gestellt. Dass aber die Klägerin an der Aufrechterhaltung des Heimdienstsystems, wie sie es handhabt, ein Interesse hat, ist unbestritten.

Unter dem Gesichtspunkt des Art. 340 Abs. 2 OR ist daher das von den Parteien vereinbarte Konkurrenzverbot verbindlich.

7. Nach dem in Erw. 5 lit. e Gesagten ist auch die arbeitsvertragsrechtliche Norm des Art. 340c OR auf den Alleinvertretungsvertrag analog anwendbar. Art. 340c OR bestimmt in Abs. 1, das Konkurrenzverbot falle dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr an der Aufrechterhaltung habe. Und Abs. 2 sieht ein Dahinfallen des Verbotes vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat. Beide Parteien gehen zu Recht von der Massgeblichkeit dieser Normen auch für das Konkurrenzverbot ihres Vertretungsvertrages aus.

a) Dass auf Seiten der Klägerin kein erhebliches Interesse mehr an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes bestehe, wie der Beklagte behauptet, kann schon aufgrund des vorliegenden Prozessstoffes verneint werden. Es sei vorab auf Erwägung 6 verwiesen. Dass die Nachfolger des Beklagten in dessen ehemaligem Heimdienststrayon vor der Konkurrenz des Beklagten geschützt werden, liegt nach wie vor in erster Linie im Interesse dieser Nachfolger, denen das Konkurrenzverbot nach ausdrücklicher vertrag-

licher Abrede unmittelbar zugute kommen soll, indirekt aber auch im Interesse der Klägerin selbst, solange sie am System der Heimdienstdepositäre mit Gebietsschutz festhält, was auch heute noch unbestritten der Fall ist. Dieses System verspricht eine intensive Durchwerbung des Vertragsgebietes und damit eine Umsatzsteigerung; es kann jedoch auf die Dauer nur funktionieren, wenn andere Hauslieferanten vom Vertragsgebiet möglichst ferngehalten, die gegenwärtigen Heimdienstdepositäre gegen Konkurrenz wie diejenige des Beklagten geschützt werden. Ein Beweisverfahren über den Fortbestand des Interesses der Klägerin (wobei übrigens der Beklagte den Untergang des Interesses zu beweisen hätte, Guhl/Merz/Kummer, a.a.O., S. 412; Haefliger, a.a.O., S. 88) erübrigt sich; der Beweis, das Interesse der Klägerin sei dahingefallen, wird, wie schon heute feststeht, nicht zu erbringen sein.

b) Dagegen ist ein Beweisverfahren darüber unumgänglich, ob der Beklagte der Klägerin begründeten Anlass zur Kündigung des Vertretungsvertrages gegeben habe. Die Klägerin hat in ihrem Kündigungsschreiben vom 21. Oktober 1974 die Kündigungsgründe im wesentlichen bezeichnet. (Es folgen Ausführungen hierüber sowie über die abweichende Darstellung des Beklagten hinsichtlich der Gründe der Kündigung).

c) Ein begründeter Anlass zur Kündigung ist gegeben, wenn Umstände vorliegen, die vernünftigerweise die Vertragsauflösung rechtfertigen (BGE 82 II 142, 92 II 31 ff. Erw. 3; Haefliger, a.a.O., S. 89 ff.). Richtigkeit der klägerischen Darstellung vorausgesetzt, wäre der begründete Anlass offenbar zu bejahen. Da nun aber der Schuldner einen behaupteten Untergang seiner Verpflichtung nachzuweisen hat, trifft im vorliegenden Falle grundsätzlich den Beklagten die Beweislast dafür, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot mit den sich für ihn daraus ergebenden Pflichten dahingefallen sei (Kummer, Berner Kommentar, N. 160/161 zu ZGB 8). Er also hat als grundsätzlich Hauptbeweispflichtiger – soweit streitig – die Umstände nachzuweisen, aus denen er herleitet, dass ein begründeter Anlass zur

Kündigung gefehlt habe (anderer Meinung Becker N. 4 zu aOR 360). Wie sich aus der Darstellung seines Standpunktes unter lit. b vorstehend ergibt, wird von ihm damit kein unzumutbarer negativer Beweis verlangt. Da für die Frage nach Bestand und allenfalls aufrecht zu erhaltendem Umfang des Konkurrenzverbotes auch Vertragsverletzungen von Seiten der kündigenden Klägerin von Bedeutung sein können (vgl. Oser/Schönenberger N. 5 und 10 zu aOR 360; Becker N. 7 zu aOR 360; Haefliger, a.a.O., S. 94/95), werden die entsprechenden Behauptungen des Beklagten ebenfalls zu prüfen sein. Wo die Klägerin Zustimmung des Beklagten zur Schmälerung seiner vertraglichen Rechte behauptet (z.B. Verzicht auf die im Vertrag Ziff. 12 zugesagte Krediterhöhung, Einverständnis der Beklagten mit der Direktbelieferung der Firma X), wird sie dafür den Beweis zu erbringen haben.

Zur Durchführung des Beweisverfahrens und anschliessenden Neubeurteilung ist der Prozess an die Vorinstanz zurückzuweisen.»

Obergericht, II. Zivilkammer,
26. April 1978