

Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

Dr. Michael Kull, Advokat (Basel)

I. Aktuelle Problematik

Seitens des Gesetzgebers wurde es bis heute unterlassen, allgemeinverbindliche Normen zu den Dauerschuldverhältnissen zu statuieren. Es existieren einzig Rechtsnormen zu gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen, welche in der zweiten Abteilung zu den einzelnen Vertragsverhältnissen enthalten sind¹. Demzufolge sind bis heute grundlegende und häufig auftretende Rechtsfragen unbeantwortet geblieben. Hierzu ist die nachfolgend behandelte Problematik zu zählen, wobei ein besonderes Augenmerk auf die titelgebende Thematik bei Vertriebsverträgen gerichtet wird.

In einem aktuellen Entscheid hat das Bundesgericht im Rahmen einer fristlosen und frühzeitigen Kündigung eines langfristig abgeschlosse-

nen Agenturvertrags ohne weitere Ausführungen seine Rechtsprechung bestätigt, wonach das Vertragsverhältnis auch dann sofort beendet sei, wenn sich die Kündigung nachträglich als ungerechtfertigt erweisen sollte². So klar diese Rechtsprechung, so unklar die Rechtsfolge bei der ungerechtfertigten Kündigung anderer Dauerschuldverhältnisse. Einigkeit besteht dabei einzig bezüglich des Umstands, dass beim Vorliegen eines wichtigen Grundes die vorzeitige Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses immer möglich sein muss³. Die dargelegte Rechtsfolge beim Agenturvertrag, welche sich auf Art. 418r Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 337c OR abstützt, darf nach Meinung des Bundesgerichts wie auch nach weiten Teilen der Lehre nicht unbesehen auf andere Dauerschuldverhältnisse übertragen werden⁴. Diese Auffassung erscheint weder auf den ersten noch zweiten Blick stringent. *Marchand* fragt deshalb zu Recht, «quelle différence entre le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive justifierait cette différence de régime?»⁵. Diese Frage ist nicht bloss beim Alleinvertriebsvertrag, sondern bei sämtlichen Vertriebsverträgen und den Dauerschuldverhältnissen generell angebracht. Bringt die behauptete Ungültigkeit der ungerechtfertigten Kündigung den – in der Regel vorsorglich angerufenen – Richter doch in die problematische Situation, dass er im «rechtsleeren» Raum zu

In der heutigen Praxis wird die Frage nach der Gültigkeit einer ungerechtfertigten Kündigung je nach Dauerschuldverhältnis unterschiedlich beantwortet. Bei den gesetzlich normierten Dauerschuldverhältnissen, namentlich Auftrag oder Agenturvertrag, ist von der Gültigkeit einer ungerechtfertigten Kündigung auszugehen. Rechtsicherheit und Praktikabilität stehen im Vordergrund. Dies soll auch bei den Vertriebsverträgen Gültigkeit haben, die ebenfalls auf einem intakten Vertrauensverhältnis beruhen. Erschöpft sich hingegen die Leistung der Partei, der ungerechtfertigt gekündigt wurde, in einer reinen Duldung und drohen ihr keine Nachteile, soll das Vertragsverhältnis bis zur richterlichen Beurteilung fortbestehen. Zi.

La jurisprudence actuelle traite la validité d'une résiliation injustifiée de manière différente selon le type de contrat de durée. Pour les contrats de durée réglés par la loi, notamment le contrat de mandat ou d'agence, on doit admettre la validité de principe d'une résiliation injustifiée. Ainsi, la sécurité juridique et le pragmatisme se trouvent mis au premier plan. Cela doit valoir également pour les contrats de distribution, qui reposent eux aussi sur un lien de confiance intact. En revanche, lorsque la partie qui résilie le contrat de manière injustifiée ne doit que tolérer quelque chose et qu'elle n'encourt pas de désavantages, la relation contractuelle doit subsister jusqu'à la décision du juge. P.P.

¹ *Sylvain Marchand*, Le juge face à la résiliation douteuse d'un contrat de distribution exclusive, in: *L'évolution récente du droit des obligations*, Lausanne 2004 97.

² BGE 4A_229/2010 vom 7. Oktober 2010 6 E. 5; siehe auch BGE 125 III 14 ff.

³ *Marchand* (Fn. 1) 97.

⁴ Vgl. bspw. BGE 133 III 360 (Pra 97 Nr. 6); *Meinrad Vetter / Roman S. Gutzwiller*, Voraussetzung und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, *AJP* 2010 699 ff. mit einer Vielzahl von Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

⁵ *Marchand* (Fn. 1) 103.

entscheiden hat, ob einem Dauerschuldverhältnis weiter Gültigkeit zukommt⁶. Ihm diesen Entscheid ohne vollständiges Beweisverfahren aufzubürden, verlagert die eigentlich dem Gesetzgeber obliegende Verpflichtung auf die Rechtsprechungsbehörden, deren Entscheidung zudem noch eine präjudizierende Wirkung für den Hauptprozess zukommen dürfte, da kaum noch ein glaubwürdiges «Zurück» vom vorsorglichen Entscheid möglich erscheint⁷.

Dogmatischer Hintergrund der Auseinandersetzung bildet die Frage, ob dem Grundsatz «*pacta sunt servanda*» (zu übersetzen mit Vertragstreue oder eher Vertragszwang) Vorrang gegenüber der Rechtssicherheit im hier verstandenen Sinne⁸ einzuräumen sei.

Der Grundsatz der Vertragstreue besagt, dass gültig abgeschlossene Verträge einzuhalten sind und nicht ohne wichtigen Grund vorzeitig von einer Vertragspartei beendet werden können. Damit wird der gekündigten Partei gegen den Willen der kündigenden ermöglicht, sich auf den Vertragsfortbestand zu berufen. Dies mit der Begründung, dass eine «Lösung von vertraglichen Pflichten durch Leistung von Schadenersatz» der schweizerischen Rechtsordnung grundsätzlich fremd sei⁹.

Dem steht das Bedürfnis nach Rechtssicherheit gegenüber, welches eine klare Regelung verlangt, da andernfalls einem über Jahre nicht mehr gelebten Vertrag per Richterspruch rückwirkend lückenlose Verbindlichkeit zuerkannt wird, was kaum lösbare Probleme mit sich bringt.

Daran wird auch der unberechtigt Gekündigte nach einem längeren Zeitablauf kein Interesse mehr hegen. Er wird seinen Anspruch in derartigen Fällen auf die Einforderung des positiven Vertragsinteresses beschränken¹⁰.

Wie aufzuzeigen sein wird, ist aus Analogie zu den gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen wie auch aus Praktikabilitätsüberlegungen der Rechtssicherheit gegenüber dem Vertragszwang der Vorrang einzuräumen, soweit dem selbstredend nicht zwingendes Gesetzesrecht entgegensteht¹¹.

Besagte Problematik akzentuiert sich bei Vertriebsverträgen insbesondere, da dort meist eine Vielzahl von gegenseitigen Rechten und Pflichten besteht und ein verstärktes Bedürfnis nach einer raschen Klärung der Frage der Verbindlichkeit einer ausserordentlichen Vertragskündigung besteht.

Nicht behandelt wird nachfolgend die Frage, worin ein wichtiger Kündigungsgrund bestehen kann und zur fristlosen Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses berechtigt¹².

II. Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre

A. Gesetzliche Regelungen

Von den gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen regeln die Art. 337b, 337c und 337d beim Arbeitsvertrag, Art. 404 beim Auftrag und Art. 418r OR beim Agenturvertrag die Folgen der fristlosen bzw. der unberechtigt fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses.

Während im Auftragsrecht die sofortige Vertragsauflösung auch ohne wichtigen Grund zufolge des besonderen Vertrauensverhältnisses nach Art. 404 OR jederzeit zulässig ist (nur bei einer Auflösung zur Unzeit sieht Art. 404 Abs. 2 OR eine Schadenersatzpflicht vor), halten die vorerwähnten Bestimmungen im Arbeitsrecht – auf welche Art. 418r OR verweist – mittels der Regelung der finanziellen Folgen bei einer ungerechtfertigten, fristlosen Vertragsauf-

lösung fest, dass auch diese Rechtsverbindlichkeit erlangen¹³.

Im Gegensatz dazu steht die gesetzliche Regelung im Miet- und Pachtrecht. Dort erklärt der Gesetzgeber eine sofortige und unberechtigte Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter für anfechtbar bzw. nichtig¹⁴.

Gar erst mit rechtskräftigem Richterspruch und nicht bereits mit dessen Geltendmachung bzw. Zugang der entsprechenden Willenserklärung wird die einfache Gesellschaft bei der Geltendmachung eines wichtigen Grundes durch eine Vertragspartei nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7. und Abs. 2 OR aufgelöst¹⁵. Diese Bestimmung kann jedoch ausser Betracht bleiben, da bei einem Dauerschuldvertrag keine Interessengemeinschaft, sondern lediglich eine Interessengleichrichtung mit Bezug auf den Gewinn besteht¹⁶.

⁶ *Marchand* (Fn. 1) 98.

⁷ Es ist kaum denkbar, dass ein Gericht eine fristlose Kündigung vorsorglich schützt, um diese Frage später diametral zu entscheiden und sich die Problematik aufzubürden, wie die Zeitspanne bis zum rechtskräftigen Entscheid auseinandergesetzt werden soll; vgl. *Marchand* (Fn. 1) 111.

⁸ Gemeint ist das Wissen um die Verbindlichkeit einer fristlosen und ungerechtfertigten Vertragsauflösung, somit die Planbarkeit.

⁹ *Vetter / Gutzwiller* (Fn. 4) 709 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ Ähnlich *Vetter / Gutzwiller* (Fn. 4) 713.

¹¹ Bspw. im Mietrecht bei ungültigen oder gar nichtigen Kündigungen; vgl. Art. 271 ff. OR; Art. 297 im Pachtrecht.

¹² Vgl. hierzu die reichhaltige Rechtsprechung des Bundesgerichts, bspw. BGE 128 III 428 E. 3, oder *Vetter / Gutzwiller* (Fn. 4) 703 ff.

¹³ Vgl. hierzu BSK OR I-*Portmann*, Art. 337c N 1. Art. 266o, Art. 271 ff. OR.

¹⁴ Vgl. ZK-*Handschin/Vonzun*, Art. 546-547 N 146 und 175.

¹⁵ BSK OR I-*Amstutz/Schlupe*, Einl. vor Art. 184 ff. N 153.

Marchand fasst die gesetzlichen Kündigungsfolgen bei Dauerschuldverhältnissen mit Vertrauensbasis lapidar mit dem Satz zusammen, dass «chaque partie peut mettre fin au contract sans motif»¹⁷.

Da es sich bei Vertriebsverträgen meist um sog. Innominatkontrakte handelt, bestehen hierzu keine gesetzlichen Regelungen, weshalb es abzuklären gilt, ob es gesetzliche Bestimmungen analog anzuwenden gilt¹⁸.

B. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung zu den bereits angeführten Art. 418r Abs. 2 auf Art. 337c OR beenden bei Arbeits- und Agenturverträgen auch fristlose Kündigungen ohne materielle Berechtigung das Verhältnis per sofort¹⁹.

Begründet hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung mit dem Argument, dass «Streitigkeiten über das Vorliegen eines wichtigen Grundes selten während der ordentlichen Kündigungsfrist rechtsverbindlich beigelegt werden können», weshalb es sachgerecht erscheine, «das Agentur-

verhältnis auch dann als sofort beendet zu betrachten, wenn sich die fristlose Vertragsauflösung nachträglich als ungerechtfertigt erweist»²⁰. Es bleibt dem ungerechtfertigt Gekündigten damit die Einforderung von Schadenersatz aus dem vorzeitigen Dahinfallen des Vertrages auf das positive Interesse. Er wird finanziell damit so gestellt, wie wenn der Vertrag ordentlich erfüllt worden wäre.

In einem Fall jüngeren Datums hat das Bundesgericht bei der Beurteilung der fristlosen Kündigung eines Lizenzvertrags diametral argumentiert und die fristlose Vertragsauflösung ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes vorsorglich für unwirksam erklärt²¹. Die Richter in Lausanne erklärten dabei die gesetzlich geregelten Rechtsfolgen beim Agentur- und Arbeitsvertrag zu Ausnahmen, ohne jedoch klarzustellen, ob dieser Grundsatz auch bei Innominatkontrakten zur Anwendung gelangt²². Es kann der Annahme von Vetter/Gutzwiller zugestimmt werden, wonach das Bundesgericht mit diesem Entscheid kaum beabsichtigt hatte, eine Praxisänderung bezüglich der Möglichkeit zur Anwendung der gesetzlichen Regelung des Arbeits- und Agenturrechts auf Innominatkontrakte auszu-schliessen²³.

Es gilt im beurteilten Rechtsstreit deshalb den Sachverhalt zu studieren. So erschöpfte sich in casu der Anspruch des gekündigten Lizenznehmers aus dem Dauerschuldverhältnis in der Nutzung einer Marke. Auf Klage hin wurde dem (prima vista ungerechtfertigt) Gekündigten *vorsorglicher Rechtsschutz* gewährt und dabei ausgeführt, dass eine ungerechtfertigte Kündigung keine Wirkung entfalte²⁴. Zu berücksichtigen gilt es bei diesem Entscheid jedoch zweierlei, was dessen Bedeutung erheblich re-

lativiert: Erstens bestand im zu beurteilenden Fall die Leistung des Kündigenden in einer reinen Duldung (Nutzung seiner Marke). Darüber hinaus existierten keine Leistungspflichten des Kündigenden. Dies bildet bei Dauerschuldverhältnissen – insbesondere bei Vertriebsverträgen²⁵ – aber die Ausnahme. Zweitens konnte der Vertragsfortbestand bis zum Vorliegen eines materiell rechtskräftigen Entscheids in der Hauptsache nur aufgrund des reinen Unterlassungsanspruchs des Gekündigten überhaupt autoritativ durchgesetzt werden. Dies, indem auf Klage des Gekündigten quasi präventiv festgestellt wurde, dass einem allfälligen Gesuch des Kündigenden auf Erlass eines gerichtlichen Verbots zur Weiterbenutzung der Marke unter allfälliger Strafandrohung nicht entsprochen worden wäre.

Wäre jedoch bspw. ein Franchisevertrag zur Beurteilung gestanden, in welchem der Franchisegeber nebst der Lizenzierung der Marke auch noch zu einer Produktlieferungspflicht und Schulung des Franchisenehmers verpflichtet gewesen wäre, hätte die Durchsetzung des Anspruchs des zu Unrecht gekündigten Franchisenehmers einer Mitwirkung des Franchisegebers bedurft, wäre somit bei dessen Untätigkeit nicht leicht vollstreckbar gewesen. Auch bestünde kaum eine Handhabe, dem neuerlichen Abschluss eines Franchisevertrags über dasselbe Vertragsgebiet zuvorzukommen und dem neuen Franchisenehmer seine Tätigkeit zu verbieten.

Es bleibt deshalb anzuzweifeln, ob das Bundesgericht in jenem Entscheid an einem grundsätzlichen Präjudiz zur Frage der Verbindlichkeit von ungerechtfertigten, vorzeitigen Kündigungen von Dauerschuldverhältnissen gelegen war, oder aber – wie der

¹⁷ 109.

¹⁸ Vgl. hierzu auch Vetter / Gutzwiller (Fn. 4) 710.

¹⁹ Zum Agenturvertrag 4A_229/2010 6 E. 5 und 125 III 14 ff.

²⁰ BGE 125 III 16.

²¹ BGE 133 III 360 E. 8.1.2 (Pra 97 Nr. 6).

²² E. 8.1.3. So Vetter / Gutzwiller (Fn. 4) 710.

²³ Vetter / Gutzwiller (Fn. 4) 710 mit weiteren Hinweisen; vgl. exemplarisch zum Franchisevertrag BGE 118 II 157 ff., in welchem arbeitsrechtliche Vorschriften für anwendbar erklärt wurden; BGE 115 II 464 ff. zum Beratungsvertrag; BGE 109 II 466 ff. zum Architekturvertrag.

²⁴ BGE 133 III 360 E. 8.1.2 (Pra 97 Nr. 6).

²⁵ Bspw. Franchise-, Alleinvertriebs-, Fachhändler oder Agenturvertrag.

bundesgerichtlichen Rechtsprechung meist eigen – eine kasuistische Beurteilung vorgenommen und damit der Einzelfallgerechtigkeit genügt wurde.

Zum *Franchisevertrag* als Vertriebsvertrag mit der höchsten Regelungsdichte wie auch anderen Vertriebsverträgen hatte sich das Bundesgericht in der titelgebenden Fragestellung bislang nicht zu äussern. Einzig zum Alleinvertriebsvertrag besteht eine höchstrichterliche Rechtsprechung, welche sich jedoch widersprüchlich ausnimmt. So hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 89 II 33 im Rahmen einer Streitigkeit um die fristlose Auflösung eines Alleinvertriebsvertrags festgehalten, dass nach steter Rechtsprechung die Bestimmungen über den Agenturvertrag (analog) zur Anwendung gelangen. Ob damit auch gleichzeitig die Folgen der ungerechtfertigten Kündigung implizit gemeint waren, erscheint ungewiss, da im bereits erwähnten Entscheid 133 III 360 die Richter in E. 8.3 lapidar ausführten, dass nicht einzusehen sei, dass «die Bestimmungen, welche für den Arbeitsvertrag und den Auftrag gelten, in allgemeiner Weise auch auf Alleinvertriebs- oder Lizenzverträge anzuwenden» seien. Es hat dabei die Bestimmung des Arbeits- und Auftragsrechts als «*lex specialis*» eingestuft²⁶ und damit deren analoge Anwendung auf andere Dauerschuldverhältnisse abgelehnt.

C. Lehre

Da die Wirksamkeit der fristlosen Vertragsauflösung unbesehen deren Rechtfertigung im Arbeits-, Auftrags- und Agenturrecht gesetzlich normiert wurde²⁷, gilt es unter diesem Titel die in der Lehre vertretenen Meinungen zu den nicht normierten Dauerschuldverhältnissen darzustellen.

Bühler erachtet die agenturrechtliche Bestimmung von Art. 418r OR auf den Alleinvertriebsvertrag mit Verweis auf kantonale Präjudizien und ohne weitere Begründung als anwendbar²⁸. *Marchand* erachtet das nicht mehr bestehende Vertrauensverhältnis als Anknüpfungspunkt sowie massgebliches Kriterium für die Frage der Weitergeltung und spricht sich deshalb bei sämtlichen Dauerschuldverhältnissen für die Verbindlichkeit einer ungerechtfertigten Vertragskündigung aus²⁹.

Dies im Gegensatz zu *Wildhaber* und weiteren, welche sich bei einer ungerechtfertigten Kündigung für die Weitergeltung bis zum nächsten, ordentlichen Kündigungstermin aussprechen³⁰. In einem aktuellen Aufsatz gehen sodann *Vetter/Gutzwiller* grundsätzlich von der Unverbindlichkeit einer ungerechtfertigten, fristlosen Kündigung aus, schränken ihre These jedoch unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben in Fällen ein, in welchen es «über eine lange Zeit nicht zum Vollzug des Vertrags kommt»³¹ bzw. kommen würde. Dies mit der Begründung, dass einerseits das Interesse an Realerfüllung mit zunehmendem Zeitablauf schwindet, andererseits weil aus der praktischen Unmöglichkeit der nachträglichen Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen durch beide Parteien diese Lösung Recht und Billigkeit eher gerecht werde³². Weiterführend erscheint da die Erkenntnis von *Huguenin*, wonach es gilt, «einen angemessenen Ausgleich zwischen Nachhaltigkeit (*pacta sunt servanda*) und norm- bzw. situationsgerechter Flexibilität zu finden»³³. Im Zusammenhang mit dem Franchisevertrag spricht sich *Stein-Wigger* für eine Verbindlichkeit der ungerechtfertigten, fristlosen Kündigung aus und verweist ei-

nerseits auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen, andererseits auf die Unpraktikabilität bei der Annahme des vertraglichen Fortbestands³⁴. Diese Auffassung übernimmt auch *Huguenin*³⁵ und geht von einer analogen Anwendung der Bestimmung von Art. 337c OR aus, explizit beim verbreiteten Subordinationsfranchising.

Es ist entsprechend zu konstatieren, dass die Fragestellung in der Lehre konträr beurteilt wird, sich jedoch eine überwiegende Anzahl von Autoren für die Verbindlichkeit der hier thematisierten Kündigungen ausspricht.

III. Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Rechtsfolgen

Unbestritten besteht ein elementares Bedürfnis, dass gültig geschlossene Dauerschuldverhältnisse einzuhalten sind und nicht aus nichtigem oder gar vorgeschobenem Grunde aufgelöst werden können («*pacta sunt servanda*»). Dies entspricht einem allgemeinen Rechtsverständnis und bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Dieses anerkannte Dogma räumt der ungerechtfertigt gekündigten Partei deshalb bei einer Verletzung

²⁶ Art. 337c, 337d sowie 404 OR.

²⁷ Art. 337c, 337d, 404 und 418r OR.

²⁸ ZK-Bühler 418r N 14.

²⁹ *Marchand* (Fn. 1), welche als Allegorie ein entliebes Paar anführt, welches auch nicht zum weiteren Zusammensein gezwungen werden könne.

³⁰ *Christoph Wildhaber* in: *Kull/Wildhaber*, Schweizer Vertriebsrecht, Zürich 2008, N 659 mit weiteren Hinweisen.

³¹ 712 f.

³² 713 oben.

³³ *Claire Huguenin*, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., 6 N 36.

³⁴ *Matthias Stein-Wigger*, Die Beendigung des Franchisevertrags 300.

³⁵ *Huguenin* (Fn. 33) 25 N 1561.

das Recht ein, nach den üblichen Regeln von Art. 97 ff. OR den Schuldner in Verzug zu setzen und Erfüllung zu verlangen oder aber vom Vertrag zurückzutreten und den positiven Vertragsschaden einzufordern. Der Vorteil des stipulierten Vertragszwangs liegt damit im Umstand, dass dem vereinbarten Vertragsinhalt zum Durchbruch verholfen wird.

Der Nachteil liegt auf der Hand: Eine schnelle und rechtskräftige Beurteilung der Rechtsfrage, ob ein wichtiger Grund zur Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses vorgelegen hat, erscheint faktisch kaum möglich³⁶. So würde sich das Vertragsverhältnis nach der Kündigung für Monate oder gar Jahre in einem rechtlichen Schwebezustand befinden, was für beide Parteien ein hohes Mass an Rechtsunsicherheit mit sich bringt, zumal das Verhalten während des Schwebezustands selbstredend im Sinne der Schadensminimierung einer Prozessprognose bedarf. Sollte sich der Kündigende zudem einem vorsorglichen Gerichtsentscheid nicht unterziehen, bliebe dem Gekündigten damit als Ausweg und zur Limitierung seines Schadens, nur die Kündigung des Vertragspartners als wichtigen Grund zu nehmen. Dieses Verhalten ist bei der Kündigung von Vertriebsverträgen in der Praxis häufig anzutreffen. Im anschließenden Gerichtsverfahren hat das Gericht dann zur Regelung der fi-

nanziellen Folgen vorab festzustellen, auf wessen Seite ein wichtiger Grund zur ausserordentlichen Kündigung vorgelegen hatte, da sich hieraus die Beurteilung der gestellten Forderungen ableitet³⁷.

Erlangt der zu Unrecht Gekündigte hingegen provisorischen Rechtsschutz, leistet der Kündigende dem vorsorglichen Urteil jedoch keine oder nur teilweise Folge, wird das Interesse jenes am Realvollzug bald erlöschen, zumal auch die Gesamtumstände zwischenzeitlich einer Veränderung unterworfen sein werden³⁸. So wird die Realerfüllung gegen den Willen einer Partei regelmässig nicht durchsetzbar sein und zu praktisch unlösbaren Problemen führen. Es sei dieser Umstand an einem Beispiel verdeutlicht: Kündigt der Franchisegeber eines Vertriebskonzepts – welches die Beratung und den Verkauf von qualitativ hochstehenden Kosmetikprodukten in speziell eingerichteten Shops, mit besonders geschultem Personal und in bevorzugter Stadtlage beinhaltet – das Vertragsverhältnis aus einem vorgesprochenen aber nicht mittels liquiden Beweismitteln sofort widerlegbarem Grunde fristlos, steht dem Franchisenehmer in rechtlicher Hinsicht einzig die Möglichkeit einer materiellen Klage offen. Bis diese allenfalls höchstrichterlich zu seinen Gunsten beurteilt sein wird, werden auch nach der neuen Zivilprozessordnung mit den kürzeren Rechtsmittelfristen drei Jahre von der Klageeinreichung bis zum Entscheid des Bundesgerichts ins Land ziehen. Die nachträgliche Feststellung der ungerechtfertigten Kündigung wird aber den Umstand nicht aus der Welt schaffen können, dass der Franchisegeber im vormaligen Vertragsgebiet längst einen neuen Franchisenehmer eingesetzt hat und auch die zu Unrecht gekündigte Par-

tei aufgrund der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht sich wirtschaftlich neu orientiert hat, andernfalls sie über Jahre ohne Umsatz bzw. Einkommen fristen müsste.

IV. Beurteilung der Frage der Gültigkeit einer ungerechtfertigten Kündigung

A. Analogieschluss pro Verbindlichkeit der ungerechtfertigten Kündigung

Es gilt festzustellen, dass die gesetzlich normierten und praxisrelevanten Dauerschuldverhältnisse die Rechtsgültigkeit einer ungerechtfertigten Kündigung vorsehen. Während das Auftragsrecht – welches oft als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet ist – die jederzeitige Kündigung in Art. 404 OR festlegt, verweisen die gesetzlichen Regelungen sowohl beim Einzelarbeits- wie auch beim Agenturvertrag den ungerechtfertigt Gekündigten auf die Einforderung von Schadenersatz und statuieren damit die Gültigkeit der ungerechtfertigten Kündigung.

Damit kann nach der hier vertretenen Auffassung dem Bundesgericht *nicht* zugestimmt werden, welches diese gesetzlich geregelten Fälle als Ausnahmen bei Dauerverträgen qualifiziert³⁹. Im Bereich der Dauerschuldverhältnisse ist gegenteilig davon auszugehen, dass der fristlosen Kündigung unbeschadet des Vorliegens eines wichtigen Grundes Verbindlichkeit zukommt.

Die mietrechtliche Regelung – welche sich diametral ausnimmt – muss in diesem Zusammenhang als *«lex specialis»* betrachtet werden, zumal sich auch dort wie im erwähnten Bundesgerichtsentscheid die praktische Durchsetzung einer angefochte-

³⁶ Vgl. hierzu nochmals BGE 125 III 16.

³⁷ Der zu Unrecht Kündigende hat dem Gekündigten das positive Vertragsinteresse zu ersetzen und auch die Folgekosten zu übernehmen.

³⁸ Vetter / Gutzwiler (Fn. 4) 713.

³⁹ BGE 133 III 360 E. 8.1. ff.; (Pra 97 Nr. 6, 47).

nen, ungerechtfertigten Kündigung durch den Vermieter als unproblematisch erweist. Es wird dem zu Unrecht kündigenden Vermieter der Rechtsschutz für seinen Anspruch (Ausweisung) bis zur Klärung der Rechtsfrage verweigert. Ihm erwächst dadurch ebenfalls kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, da der Mieter zur Leistung des Mietzinses während der Schwebephase selbstredend weiterhin verpflichtet bleibt, andernfalls dem Vermieter aus diesem Grund ein ausserordentliches Kündigungsrecht zusteht⁴⁰. Zudem darf nicht ausser Acht bleiben, dass hier ein Sozialschutz zugunsten der schwächeren Vertragspartei geschaffen wurde, da ein elementares Grundbedürfnis Vertragsgegenstand bildet⁴¹. Solche Elementarbedürfnisse und eine daraus abgeleitete Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei liegen einem Dauerschuldverhältnis nur in Ausnahmefällen zugrunde.

Ebenso augenfällig kommt einer ungerechtfertigten und fristlosen Kündigung des Mieters Gültigkeit zu und der Vermieter wird auf das positive Vertragsinteresse verwiesen⁴². Der Mieter kann am Auszug aus dem Objekt und an dessen Rückgabe nicht gehindert werden.

B. Vorrang der Rechtssicherheit

Nur in Ausnahmefällen wie dem vorerwähnten Bundesgerichtsentscheid bestehen bei Dauerschuldverhältnissen und insbesondere bei Vertriebsverträgen die Leistungen der kündigenden Parteien in einer reinen Duldung. In der Mehrheit der Dauerverträge bestehen gegenseitige Leistungspflichten, womit entweder unausräumbare Vollzugsschwierigkeiten oder aber Rückabwicklungsprobleme nach einem rechtskräftigen Richter-

spruch die unliebsame Folge sein können.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dem Grundsatz der Rechtssicherheit und damit der raschen Klärung des «Wie weiter?» der Vorzug gegenüber dem Dogma «*pacta sunt servanda*» bzw. dem Vertragszwang einzuräumen. Der vom Bundesgericht im Entscheid 133 III 360 ff. aufgestellte Grundsatz, wonach eine ungerechtfertigte, fristlose Kündigung ihre Rechtswirkung nur dann entfalte, «wenn sie durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt ist»⁴³, ist somit zu widersprechen. Diese Auffassung ist zwar dogmatisch nachvollziehbar, entspricht aber bei Dauerschuldverhältnissen mit einer Vielzahl von gegenseitigen Haupt- und Nebenleistungen weder dem Willen des Gesetzgebers, noch führt es zu praktikablen Lösungen. Zudem kann dem Bundesgericht unterstellt werden, dass es die zitierte Auffassung mit Blick auf den zu beurteilenden Einzelfall vertreten hatte und nicht die Beurteilung einer Rechtsfrage von derart grundlegender Bedeutung beabsichtigt hatte. Zumal der vom Bundesgericht hochgehaltene Grundsatz «*pacta sunt servanda*» nirgends im Schweizer Privatrecht statuiert wurde. Auch die Folgen ungerechtfertigter, vorzeitiger Vertragsauflösungen werden im allgemeinen Teil des Obligationenrechts nirgends geregelt⁴⁴.

Ferner spricht eine teleologische Analyse für eine wirtschaftlich planbare Lösung. So ist es für die Vertragsparteien essenziell, kurzfristig zu wissen, von welchen Vorgaben ihre weitere Planung auszugehen hat. Ein sofortiges Vertragsende anstelle eines Schwebzustandes über Jahre wird die zu Unrecht gekündigte Partei deshalb in der Regel gar bevorzugen, zumal eine Durchsetzung eines allenfalls

(noch) verbindlich erklärten Vertrags nicht durchsetzbar sein wird. Diese Umstände führen schliesslich bei beiden Rechtsauffassungen zu einem identischen Ende. Die zu Unrecht gekündigte Partei bleibt auf die Einforderung von Schadenersatz verwiesen, was sie mindestens in der Theorie wirtschaftlich nicht benachteiligt.

Weiter ist auch der praktische Einwand von *Marchand* in Bedacht zu nehmen, wonach es äusserst problematisch erscheint, ein Vertragsverhältnis basierend auf dem Willen nur einer Partei, jedoch unter der Ägide gegenseitigen Misstrauens weiterzuführen⁴⁵. Hier würden im Vornherein nur Vertragsverhältnisse zur Weiterführung praktikabel erscheinen, welche frei von personalisierten Komponenten funktionieren. Jedoch würde auch hier die entsprechende Abgrenzung problematisch und würde unweigerlich zu vermeidende Rechtsunsicherheiten nach sich ziehen.

Schliesslich erscheint es fraglich, ob die objektivierte Beurteilung der Zumutbarkeit qua Richterspruch einen korrekten Lösungsansatz bilden kann. So bildet doch insbesondere die subjektive Unzumutbarkeit aufgrund der nicht mehr existierenden Vertrauensbasis Anlass für eine ausserordentliche Kündigung. Die richterliche Beurteilung dieser Frage anhand objektiver Kriterien erscheint unangemessen und birgt die Gefahr einer

⁴⁰ Art. 257d OR.

⁴¹ Das Recht auf eine Wohnung.

⁴² Vgl. Art. 266g und auch Art. 264 OR. Thematisiert wird in der Lehre aus nahe liegenden Gründen fast ausschliesslich nur die vermierterseitige Kündigung.

⁴³ E. 8.1.2.

⁴⁴ *Marchand* (Fn. 1) 105.

⁴⁵ *Marchand* (Fn. 1) 107 f.

Verletzung der Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 2 ZGB zulasten des Kündigenden⁴⁶.

Es besteht kein vernünftiger Grund, die vom Bundesgericht im vorne zitierten Entscheid 125 III 16 angeestellten, generellen Überlegungen nicht auf sämtliche Dauerschuldverhältnisse zu übertragen. Demnach hat der Richter im Rahmen des Schadenersatzprozesses über die Rechtfertigung der vorzeitigen Vertragsauflösung als Haftungsvoraussetzung zu befinden.

Praktikabel erscheint somit einzig eine klare «schwarz-weiss Regelung» zugunsten der Rechtssicherheit, da nur eine solche die Gefahr allseits benachteiligender Rechtsunsicherheiten vermeiden kann.

Nicht als zusätzliche Begründung, sondern lediglich im Sinne eines Blicks über die Landesgrenzen hinaus ist festzustellen, dass die hier vertretene Auffassung im angelsächsischen Rechtsraum bevorzugt wird⁴⁷.

C. Praktische Benachteiligung des zu Unrecht Gekündigten zufolge der Beweislastverteilung?

Nach der hier vertretenen Auffassung wird die zu Unrecht gekündigte Vertragspartei auf die Einforderung von Schadenersatz vom Kündigenden für den entgangenen Gewinn bis zum

Ende der ordentlichen Kündigungsfrist oder für die Dauer bis zum bereits fixierten Vertragsablauf verwiesen. Daraus folgt die Verpflichtung des Gekündigten, seinen Schaden nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB zu substantiieren⁴⁸. Dies birgt die Gefahr in sich, dass der Ansprecher hierdurch eine Benachteiligung gegenüber der Lösung des Fortbestands des Vertrags durch Probleme im Nachweis von Kausalität und Schadenshöhe erfahren kann⁴⁹. So gestaltet sich die Schadensquantifizierung per se als schwierig, zumal bspw. die Kausalität zwischen der Kündigung und einem Umsatzrückgang vom Kündigenden bestritten werden wird. Letzterer kann einwenden, zufolge einer Veränderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, der Kundentreue oder der Rohstoffpreise wären Umsatz und Gewinn zukünftig eingebrochen, womit sich der entgangene Umsatz und damit der Schaden geringer als der Durchschnitt während der Vertragslaufzeit angenommen hätte. Der Ansprecher wird hingegen die Kennzahlen der Vorjahre und die allfällige Umsatzsteigerung über die Jahre gedanklich weiterführen und als Grundlage zur Schadensberechnung heranziehen wollen. Der zu Unrecht Gekündigte wird hier mit einer Beweisproblematik konfrontiert, welche aus der ungerechtfertigten Vertragsauflösung resultiert. Hier eine vollständige Umkehr der Beweislast zu fordern, würde Art. 8 ZGB verletzen. Gleichwohl sollte der Richter aber im erwähnten Beispiel nicht ohne Not von den Erfahrungswerten während des gelebten Dauerschuldverhältnisses als Schadensberechnungsgrundlage abweichen. Es kann hier als Anknüpfungspunkt auf die Judikatur und Lehrmeinungen zur Beweisverteilung verwiesen werden. So

wird in diesem Zusammenhang festgehalten, dass sich eine Umkehr der Beweislast dort rechtfertigt, wo die Beweisführung durch das rechtswidrige und schuldhaft Verhalten der Gegenpartei erschwert oder gar unmöglich wurde⁵⁰. Da in der vorliegenden Konstellation die Beweisführung nicht direkt wie bspw. durch eine unterlassene Buchführung erschwert wurde⁵¹, sondern indirekt durch die rechtswidrige Vertragsauflösung, ist hier in Anlehnung an Schmid nicht eine Beweislastumkehr anzunehmen, sondern der von der Gegenpartei verursachten Beweisproblematik zugunsten des Gekündigten im Rahmen der Beweiswürdigung durch Gewährung einer *Beweiserleichterung* Rechnung zu tragen⁵². Entsprechend hat der Kündigende mit überwiegender Wahrscheinlichkeit glaubhaft zu machen, dass sich der Umsatz nicht im bisherigen Rahmen weiterentwickelt hätte, ansonsten die Erfahrungswerte zur Schadensquantifizierung heranzuziehen sind. Es wird dem zu Unrecht Gekündigten damit die Beweislast nicht abgenommen, immerhin aber erleichtert.

D. Spezialitäten bei Vertriebsverträgen

Die vorstehenden Ausführungen zur Verbindlichkeit von vorzeitigen und ungerechtfertigten Kündigungen haben insbesondere bei Vertriebsverträgen zu gelten. So stehen sich dort eine Vielzahl an Rechten und Pflichten gegenüber, zu deren Ausübung ein intaktes Vertrauensverhältnis Grundlage bilden sollte. Zusätzlich steht eine grosse Anzahl an Vertriebsverträgen dem Agentur- und Auftragverhältnis nahe, womit sich die analoge Anwendung der dortigen Lösungen aufdrängt.

⁴⁶ Ähnlich *Marchand* (Fn. 1) 109 f.

⁴⁷ *Marchand* (Fn. 1) 105 m.w.H. unter FN 11; 111 f.

⁴⁸ CHK-T. *Gösku* ZGB 8 N 13 ff. Regelmässig wird dabei der hypothetische Verdienstauffall nachzuweisen sein.

⁴⁹ BK-Kummer ZGB 8 N 281 ff.

⁵⁰ CHK-T. *Gösku* ZGB 8 N 20 m.w.H.

⁵¹ Vgl. hierzu SJZ 1998 366 ff.

⁵² BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 81 m.w.H.; vgl. hierzu auch den Entscheid des OGer ZH, ZR 2005 149.

Der zu Unrecht Gekündigte erbringt nach einer unerhofften Vertragsauflösung selbstredend seine Leistungen nicht mehr, weshalb ihm mit der Fiktion des vertraglichen Fortbestands nur selten gedient wäre. Verdeutlicht wird dies am vorne erwähnten Beispiel: Nach der Vertragskündigung durch den Franchisegeber wird sich der Franchisenehmer neue Lieferanten suchen, weshalb ihm mit Schadenersatz weitaus besser gedient sein würde, als wenn drei Jahre später erst festgestellt würde, dass der Vertrag durchgehend in Geltung geblieben sei und damit allenfalls sogar noch immer in Kraft ist, da bspw. eine zehnjährige Laufzeit vertraglich vereinbart worden war⁵³. Als Konsequenz käme der Franchisenehmer dadurch in eine Notlage, dass er gegenüber dem Franchisegeber oder aber seinen neuen Vertriebspartnern vertragsbrüchig werden müsste. Es wird ihm also auf jeden Fall besser gedient sein, wenn ihm die Gewinndifferenz und die entstandenen Unkosten vom Franchisegeber vergütet werden müssen. Zumal der Franchisegeber im vormaligen Vertragsgebiet ebenfalls bereits einen neuen Vertragspartner auserkoren haben dürfte, welcher dann seinerseits ohne eigenes Zutun seiner Tätigkeit beraubt werden könnte.

Insbesondere bei Vertriebsverträgen als Unterart der Dauerverträge erweist sich somit ein Vertragszwang als nicht opportun⁵⁴.

V. Keine Regel ohne Ausnahme?

In Anlehnung an BGE 113 III 360 ff. kann der Vertragsfortbestand bis zur rechtskräftigen Beurteilung in Fällen in Bedacht gezogen werden, in denen sich die Leistung des ungerechtfertigt Kündigenden in einer reinen Duldung

erschöpft. So wäre diese auch faktisch durchsetzbar. Als Beispiel kann der Sachverhalt des zitierten Entscheids ebenso herangezogen werden wie das Recht des Gekündigten zur Nutzung einer Software oder einer beweglichen oder unbeweglichen Sache. In derartigen Fällen erscheint ein Fortbestand des Vertragsverhältnisses bis zur rechtskräftigen richterlichen Beurteilung vertretbar und dem Kündigenden auch zumutbar, zumal ihm keine schwerwiegenden Nachteile entstehen. So bildet ein Vertrauensverhältnis dort nicht eine essenzielle Voraussetzung für die vertragliche Zusammenarbeit, wie dies bspw. bei einem Franchisevertrag mit Schulungs- und Reportingpflichten der Fall ist. Es würde in diesen Fällen deshalb auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt, welcher ohnehin Voraussetzung zur Erlangung von provisorischem Rechtsschutz bildet⁵⁵. Ein provisorischer Rechtsschutz wird für den Gekündigten auch meist unumgängliche Voraussetzungen bilden, da ihm nur dann ein später begünstigendes Haupturteil zu mehr als «blossem» Schadenersatz verhelfen wird. Sollte ein vorsorglicher Rechtsschutz aber bspw. zufolge der Ermangelung an liquiden Beweismitteln nicht erwirkt werden können, wird die gekündigte Partei die Vertragsauflösung wohl akzeptieren und einen allfälligen Schaden mittels Klage einfordern⁵⁶. Das vorsorgliche Rechtsbegehren wird auf Art. 262 ZPO fussen und sich in der Feststellung der Ungültigkeit der vorzeitigen Kündigung erschöpfen, wie dies im besprochenen Bundesgerichtsentscheid der Fall war⁵⁷.

Sobald eine positive Leistung des Kündigenden verlangt würde, bestünde ein Vollstreckungsproblem im Widerhandlungsfalle. So sieht Art. 343

ZPO zwar die Androhung einer Bestrafung nach Art. 292 StGB, die Leistung einer Ordnungsbusse im Widerhandlungsfalle oder die Ersatzvornahme vor⁵⁸; was bei einem renitenten Verhalten des Kündigenden aber nicht die Weiterführung des Vertrags per se ersetzen kann⁵⁹.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Nach der hier vertretenen Auffassung beenden auch ungerechtfertigte, fristlose Kündigungen Dauerschuldverhältnisse unwiderruflich. Dies rechtfertigt sich einerseits in Anbetracht der Beendigungsregeln der gesetzlich geregelten Dauerschuldverträge (Einzelarbeitsvertrag, Auftrag, Agenturvertrag), andererseits zufolge des Bedürfnisses an Rechtssicherheit im Sinne der Planbarkeit. Der Grundsatz «*pacta sunt servanda*» gelangt entsprechend nicht zur Anwendung.

Schliesslich leitet auch die problembehaftete Durchsetzbarkeit der an-

⁵³ In der Praxis werden Franchiseverträge überwiegend mit einer festen Laufzeit abgeschlossen.

⁵⁴ Zu denken ist dabei insbesondere an Pflichten, welche einer Zusammenarbeit bedürfen, wie die Schulung des Vertriebsnehmers durch den Vertriebsgebers, das Einsichtsrecht des Vertriebsgebers in die Geschäftsunterlagen des Vertriebsnehmers oder die gemeinsame Produkte- oder Systembewerbung.

⁵⁵ Vgl. hierzu *Michael Treis*, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 261 N 17 ff.

⁵⁶ Vgl. zum vorsorglichen Rechtsschutz die Bestimmungen von Art. 261 ff. ZPO.

⁵⁷ BGE 133 III 360 E. 8.1.2 (Pra 97 Nr. 6).

⁵⁸ Vgl. zu Art. 343 ZPO *Florian Bommer*, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 343 N 4 ff.

⁵⁹ Vgl. hierzu exemplarisch BSK ZPO-Sprecher Art. 262 und BSK ZPO-Zinsli Art. 343. Art. 292 StGB stellt keine Durchsetzbarkeit sicher.

genommenen Vertragsgültigkeit gegen den Willen des Kündigenden bzw. die Nutzlosigkeit eines Urteils lange Zeit nach der Kündigung zu diesem Schluss.

Die zu Unrecht gekündigte Partei kann beim Kündigenden selbstredend sämtlichen Schaden einfordern, welcher aus der fristlosen Vertragsauflösung entstanden ist (insbesondere entgangener Gewinn bis zum ordentlichen Vertragsablauf bzw. Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wie auch anderweitige Folgeschäden).

Bei Vertriebsverträgen stehen sich in der Regel eine Vielzahl von Rechten

und Pflichten der Parteien im Austauschverhältnis gegenüber, was den Vertragsvollzug gegen den Willen einer Partei und bei fehlender Vertrauensgrundlage verunmöglicht. Umso mehr zeitigt die hier vertretene Auffassung den Vorteil, dass die Parteien die Rechtsfolge der ungerechtfertigten, fristlosen Kündigung unmittelbar kennen und ihr Verhalten danach ausrichten können (bspw. die Suche nach einem neuen Vertriebspartner).

In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts erscheint ein Vorrang der Vertragstreue bzw. des Vertragszwangs allenfalls dort

möglich und durchsetzbar, wo sich die Leistung des Kündigenden in einer reinen Duldung erschöpft. Hier wird sich die zu Unrecht gekündigte Partei nach Möglichkeit provisorischen Rechtsschutz verschaffen. Sollte ihr dies im Lichte der Beweislage nicht möglich sein, wird sie sich mit der Geltendmachung von Schadenersatz begnügen müssen.

Es bleibt zu wünschen, dass das Bundesgericht bald die Möglichkeit eingeräumt erhält, die vorstehend thematisierte Rechtsfrage grundsätzlich zu beurteilen und eine allfällige Chance auch wahrnehmen wird.