

geschädigte von jenem, der ihn in haftbar machender Weise geschädigt hat, integralen Schadensausgleich verlangen kann, und dies in Schweizer Währung, wenn damit dieses Ziel erreicht wird. Kann ein integraler Schadensausgleich auch auf andere Weise erreicht werden, so darf der Richter auf eine andere Art der Schadenserledigung (Schadenersatz in fremder Währung) erkennen, jedoch nur dort, wo dies den Umständen angemessen ist (Art. 43 Abs. 1 OR). Dafür müssen besondere Gründe auf Seiten des Haftpflichtigen vorliegen. Solche Gründe sind dort, wo der Haftpflichtige seinen Wohnsitz in der Schweiz hat – wie gesagt – kaum vorstellbar. In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall war von der Klägerin geltend gemachte Schaden in vier verschiedenen fremden Währungen (USD, GBP, EUR, MTL) eingetreten. Bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen hatte daher der Beklagte, folgt man dem Bundesgericht, den Schaden in diesen vier Währungen auszugleichen. Dieses Ergebnis vermag nur schon unter praktischen Gesichtspunkten nicht zu überzeugen. Dazu kommt, dass der Beklagte kein rechtserhebliches Interesse daran hatte, den entstandenen Schaden in vier verschiedenen Währungen statt in CHF zu begleichen.

In BGer 4C.191/2004 hat das Bundesgericht – wie gesagt – angenommen, bei einem vertraglichen Schadenersatzanspruch sei auf die vertraglich abgemachte Währung abzustellen, sofern der Anspruch auf Schadenersatz an die Stelle der vertraglichen Zahlungspflicht getreten sei. M.E. handelt es sich hierbei wiederum um ein sachfremdes Kriterium, das sich in keiner Weise auf die vorne umschriebenen allgemeinen Grundsätze der Schadensmilderung (Art. 43 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR) zurückführen lässt. Hätte das Bundesgericht diese herangezogen, hätte es auf Schadenersatz in CHF erkennen müssen. Dass die Klägerin in London wohnte, änderte nichts, solange sie ein rechtserhebliches Interesse daran hatte, in dieser Währung entschädigt zu werden (vgl. BGH, NJW-RR 1988, 30). Bemerkenswert ist, dass die Vorinstanz des Bundesgerichts, die Genfer Cour de Justice, auf Schadensausgleich in USD erkannt hatte, obwohl das Klagebegehren auf CHF lautete. Aus welchem Grund sie nicht auf die Dispositionsmaxime abstellte, ob in Anwendung von Art. 43 Abs. 1 OR oder in Anwendung kantonales Rechts (bis zum Erlass der eidgenössischen ZPO [Art. 58] gehörte die fragliche Maxime diesem an [BGE 109 II 452, 460]), lässt sich BGer 4C.191/2004 nicht entnehmen. Zu vermuten ist allerdings Letzteres, denn in Genf scheint die Dispositionsmaxime seinerzeit nur mit Einschränkungen gegolten zu haben (s. BGer 4A_303/2012 E. 2.3).

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein / Droit des obligations – Partie spéciale – en général

(3) Abgrenzung des Partnerschafts-Franchising zum Subordinations-Franchising und Rechtsfolgen hieraus. Richterliche Inhaltskontrolle der vertraglich bestimmten Gründe zur ausserordentlichen und vorzeitigen Vertragsauflösung durch die Franchisegeberin.

Bundesgericht I. zivilrechtliche Abteilung, 8. September 2011, *XmbH c. Y.Z.Q. SA*, Beschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. Januar 2011 (BGer 4A_148/2011).



MICHAEL KULL
Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Y.Z AG schloss am 3. Mai 1985 als Franchisegeberin mit der X mit beschränkter Haftung (Beschwerdeführerin) ein Franchise-Agreement, das eine ordentliche Vertragsdauer von 99 Jahren vorsah. Dieses löste einen vorangegangenen Vertrag zwischen der Y.Z AG einerseits und einer Dritten sowie der Beschwerdeführerin andererseits aus dem Jahre 1978 ab. Am 1. April 1994 übernahm die Y.Z.Q SA (Beschwerdegegnerin) die Aktiven und Passiven der Y.Z AG. Im Rahmen der vertraglichen Zusammenarbeit sind die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin kommerzielle Anbieter von Unternehmens- und Produktinformationen für geschäftliche Interessenten im Industrie-, Handels- und Dienstleistungsbereich, wobei die von ihnen zur Verfügung gestellten Daten dadurch gekennzeichnet sind, dass sie nach dem sogenannten «Y»-System klassifiziert und gekennzeichnet sind. Die so aufbereiteten Daten enthalten namentlich Business-to-Business-Informationen und umfassen in der Regel ganze Unternehmensprofile. Ursprüngliches und immer noch genutztes Medium für den Vertrieb der erhobenen Unternehmensinformationen ist das «Y»-Verzeichnis in Buchform. Im Laufe der Zeit sind sowohl eine Version auf DC-Rom als auch eine Online-Anwendung mittels der Internet-Plattform hinzugekommen. Das Y-Geschäft beruht im Wesentlichen auf einem Netz aus lokalen Datenbanken, in denen die Informationen von den jeweiligen Franchisenehmern erhoben, erfasst und einheitlich klassifiziert werden und die über das Y-Franchisenetz automatisch mit einem weiteren Datennetzwerk verbunden sind.

Im Franchise-Agreement wurde der Beschwerdeführerin das Recht eingeräumt, während der Vertragsdauer das

Y-System im Vertragsgebiet exklusiv anzubieten und zu vermarkten, unter exklusiver Nutzung des Y-Klassifikationssystems sowie der Marke der Beschwerdegegnerin. Auf der andern Seite war die Beschwerdeführerin u.a. verpflichtet, den Verkauf der Y-Verzeichnisse in ihrem Vertragsgebiet nach besten Kräften zu fördern und alles Mögliche zu unternehmen, um ein Maximum an bezahlten Einträgen in den Y-Verzeichnissen zu erreichen. Die Beschwerdeführerin schuldete der Franchisegeberin sodann periodisch wiederkehrende Gebühren. Zum einen musste sie der Beschwerdegegnerin jährlich eine vom Bruttoumsatz abhängige Franchise-Fee abführen, gemäss Zusatzvereinbarung vom 15. Juli 1996 auch vom Umsatz aus der elektronischen Vermarktung des Y-Systems. Zum anderen musste die Beschwerdeführerin nach einer weiteren Vereinbarung vom 17. November 2000 sogenannte Internet-Fees entrichten, die auf der Basis des aus der Vermarktung der Internet-Plattform erzielten Umsatzes bemessen wurden. Bei der Data Sharing Fee bestand dabei die Besonderheit, dass diese anschliessend nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel wieder an alle Franchisenehmer ausbezahlt wurde. In jedem Fall schuldete die Beschwerdeführerin eine umsatzunabhängige Minimalfranchisegebühr, die zuletzt 60'000 Franken im Jahr ausmachte.

Am 5. April 2004 stellte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin eine «Notice of default» zu. Sie warf der Beschwerdeführerin die Verletzung verschiedener vertraglicher Pflichten und insbesondere der Absatzförderungspflicht einschliesslich der Pflicht, möglichst viele zahlungspflichtige Kundeneinträge in die Y-Verzeichnisse zu erlangen sowie eine Verletzung der sogenannten Systembefolgungspflicht vor und setzte eine Frist von 30 Tagen, um die Vertragsverletzungen zu beheben.

Die Beschwerdeführerin wies die Vorwürfe durch ein Schreiben ihrer Rechtsanwälte vom 3. Mai 2004 zurück. Daraufhin kündigte die Beschwerdegegnerin den Franchisevertrag am 17. Mai 2004 mit sofortiger Wirkung.

Am 6. Juli 2004 machte die Beschwerdegegnerin gegen die Beschwerdeführerin eine Klage vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig. Sie beantragte mit in der Replik modifiziertem Rechtsbegehren u.a., die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr 4'400'000 € zu zahlen, unter Vorbehalt von Nachforderungen (Klagebegehren Ziff. 2). Die Beschwerdeführerin erhob Widerklage und verlangte mit in der Widerklagereplik modifiziertem Rechtsbegehren u.a., die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr 40'662'231 € und 717'979 Franken zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% ab 1. Juli 2004, unter Nachklagevorbehalt (Widerklagebegehren Ziff. 2).

Mit Urteil vom 22. November 2007 entschied das Handelsgericht über die entsprechenden Schadenersatzansprü-

che, indem es das Widerklagebegehren der Beschwerdeführerin abwies und diese in teilweiser Guttheissung des genannten Klagebegehrens Ziff. 2 verpflichtete, der Beschwerdegegnerin 65'000 € zu bezahlen. Auf Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin hob das Kassationsgericht des Kantons Zürich diesen Entscheid auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Handelsgericht zurück.

Verschiedene weitere Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin wurden vom Handelsgericht mit Beschluss vom 22. November 2007 durch Nichteintreten oder durch Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt bzw. mit dem vorstehend genannten Urteil vom gleichen Tag teilweise abgewiesen und teilweise gutgeheissen. Ferner wurde im gleichen Urteil ein weiteres Widerklagebegehren der Beschwerdeführerin abgewiesen. Hinsichtlich dieser weiteren Rechtsbegehren erwuchs der Beschluss und das Urteil vom 22. November 2007 mangels Anfechtung in Rechtskraft.

Mit Urteil vom 25. Januar 2011 entschied das Handelsgericht erneut über die noch hängigen Schadenersatzbegehren (Klagebegehren Ziff. 2 und Widerklagebegehren Ziff. 2), indem es die Beschwerdeführerin erneut verpflichtete, der Beschwerdegegnerin 65'000 € zu bezahlen und die Schadenersatzforderung der Beschwerdeführerin wiederum abwies. Es befand, der Beschwerdeführerin seien Vertragsverletzungen vorzuwerfen, welche die Beschwerdegegnerin zur vorzeitigen Auflösung des Franchise-Agreements berechtigt hätten.

Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, dieses Urteil aufzuheben, die Klage der Beschwerdegegnerin vollumfänglich (gemeint wohl im vor der Vorinstanz noch strittigen Umfang) abzuweisen und die Beschwerdegegnerin in (teilweiser) Guttheissung der Widerklage zu verpflichten, ihr 40'662'231 € und 717'979 Franken nebst Zins zu bezahlen, unter Vorbehalt der Nachklage. Eventuell sei die Sache zur Neu Beurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Handelsgericht verzichtete auf eine Vernehmlassung. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Zusammenfassung der Erwägungen

Von den bundesgerichtlichen Erwägungen seien nachfolgend zwei Punkte herausgegriffen, die in vertriebsrechtlicher Hinsicht relevant erscheinen und von grundsätzlicher Bedeutung sind.

An erster Stelle bestätigt das Bundesgericht seine stete Praxis, dass mit der Bezeichnung des Vertragsverhältnisses als Franchisevertrag an sich nichts gewonnen sei und das

anwendbare Recht anhand des konkreten Vertrages ermittelt werden müsse. Des Weiteren wird klargestellt, dass die anwendbaren Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze für jede einzelne Rechtsfrage gesondert geprüft werden müssen, und das Absorptionsprinzip somit nicht zur Anwendung gelangt.

Im gemeinsamen Ziel der Umsatzmaximierung könne sodann ein gesellschaftsrechtlicher Einschlag erblickt werden, was wiederum die Heranziehung von gesellschaftsrechtlichen Normen insbesondere dann nahe lege, wenn kein Unterordnungs-Verhältnis, sondern ein solches partnerschaftlicher Natur zwischen den Parteien vorherrsche (sog. Partnerschafts-Franchising; zur Abgrenzung vom Partnerschafts-Franchising zum Subordinations-Franchising siehe MATTHIAS STEIN-WIGGER, Die Beendigung des Franchisevertrages, Basel 1999, 19 ff. mit Verweisen auf die deutsche Literatur). In typischen Franchiseverhältnissen, welche ein Subordinationsverhältnis kennzeichnet, tritt nach dem Bundesgericht die analoge Anwendung von arbeits- und agenturrechtlichen Schutznormen in den Vordergrund (mit Verweis auf den sog. *Yves Rocher-Entscheid*, BGE 118 II 157).

Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht aber zum Schluss, dass ein partnerschaftliches Franchising vorliegen würde und sich die analoge Anwendung von arbeits- und agenturrechtlichen Bestimmungen deshalb verbiete. Als Begründung für die Qualifikation der Zusammenarbeit als partnerschaftliche führte das Bundesgericht aus, dass der Auftritt gegenüber Kunden zwar unter fremden Zeichen, jedoch in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erfolgte. Die Franchisenehmerin hatte sich dabei zwar an Systemvorgaben zu halten und eine umsatzabhängige Franchisegebühr abzuführen, durfte ihre Tätigkeit jedoch in eigenen Räumlichkeiten und mit eigens bestimmter Organisation und Personal betreiben. Zudem habe es sich bei der Franchisenehmerin um keine auf sich allein gestellte Gesellschaft gehandelt, welche einer «übermächtigen» Franchisegeberin gegenübergestanden habe, sondern um die Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns.

Durch den Franchisevertrag sei die unternehmerische Freiheit der Beschwerdeführerin deshalb nur sehr geringfügig eingeschränkt gewesen, und es hätte an ausgeprägten hierarchischen Strukturen gefehlt und auch keine umfassende Weisungsbefugnis der Franchisegeberin bestanden. Damit habe kein Subordinations-Verhältnis vorgelegen und es sei von einem gleichberechtigten Vertragsverhältnis auszugehen.

An diese Qualifikation anlehnend sei es im Gegensatz zum Subordinations-Franchising im Rahmen der Privatautonomie zulässig, die Gründe für eine vorzeitige Vertragsauflösung frei zu regeln. Diese Gründe müssen damit weder

von einer besonderen objektiven Wichtigkeit sein, noch die Fortführung des Vertragsverhältnisses für eine der Parteien unzumutbar machen. Es sei dem angerufenen Gericht damit nicht erlaubt, über die Feststellung des vertraglich definierten Kündigungsgrundes hinaus dessen Wichtigkeit oder Angemessenheit zu prüfen, es sei denn unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Im konkreten Fall bezeichnete das Bundesgericht den vertraglich definierten Kündigungsgrund der fundamentalen Vertragsverletzung («*any other material breach of this agreement*») als ebenso üblich wie unbedenklich. Es grenzte dabei die gerichtlich zu prüfende Frage, ob eine derartige Vertragsverletzung vorliege, scharf ab von derjenigen, ob ein wichtiger Grund gegeben sei, welcher eine Fortführung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen würde. Eine schwere Vertragsverletzung erblickten die Gerichte schliesslich im Zusammenspiel eines Umsatzrückgangs mit unterlassenen Massnahmen hiergegen anzugehen, wie bspw. die Aufstockung des Personalbestandes. Aus diesen Erwägungen wurde die Beschwerde der Franchisenehmerin abgewiesen.

Bemerkungen

1. Der Entscheid ist in vertriebsrechtlicher Hinsicht in doppelter Hinsicht interessant: An erster Stelle wird vom Bundesgericht eine Abgrenzung zwischen dem sog. Subordinations-Franchising und demjenigen partnerschaftlicher Natur vorgenommen. Daraus folgend wird dann die Möglichkeit erläutert, beim Partnerschafts-Franchising Kündigungsgründe – begrenzt einzig durch das Rechtsmissbrauchsverbot – frei zu definieren. Diese Erwägungen werden nachfolgend einer Prüfung unterzogen.

2. Das zu beurteilende Vertragsverhältnis wurde von den Parteien wie auch vom Bundesgericht übereinstimmend als Franchiseverhältnis bezeichnet und qualifiziert. Hieran lässt der Entscheid keinen Zweifel aufkommen und schliesst sich der Parteiquifikation an. Es besteht anhand der tatsächlichen Ausführungen denn auch keine Veranlassung, diese Qualifikation in Frage zu stellen.

Dagegen bestanden divergierende Auffassungen darüber, ob ein partnerschaftliches oder subordinierendes Franchiseverhältnis vorgelegen habe. Diese Unterscheidung wurde bereits im sog. «*Yves Rocher-Entscheid*» (BGE 118 II 157 ff.) vom Bundesgericht aufgenommen und als relevantes Kriterium zur Beurteilung der Frage nach den analog anwendbaren Gesetzbestimmungen herangezogen. Dies unter der Prämisse, dass jeder Franchisevertrag einer individuellen Beurteilung bedürfe und keine gesetzliche Vermutung zugunsten eines Subordinations-Franchisevertrags bestünde (E. 4.3.2.1). An dieser kasuistischen Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde auch im vorliegenden Entscheid festgehalten (E. 4.1).

Augenfällig taugen aber die die vom Bundesgericht angeführten Vertragspunkte, welche dieses schliesslich das Vertragsverhältnis als partnerschaftliches qualifizieren liessen, per se kaum als Unterscheidungskriterien. So finden sich die aufgezählten Vertragspunkte auch in einer überwiegenden Anzahl von Subordinations-Franchiseverträgen. Beispielhaft seien die vom Bundesgericht betonten unternehmerischen Freiheiten wie bspw. der Aussenaustritt nach den Systemvorgaben, die freie Bestimmbarkeit der Räumlichkeiten und des Personals oder aber die Abführung einer umsatzabhängigen Franchisegebühr angeführt (E. 4.3.2). So gerät dabei in Vergessenheit, dass sich bei einem Franchiseverhältnis immer zwei selbständige Rechtspersönlichkeiten gegenüber stehen, womit unternehmerische Freiheiten des Franchisenehmers bestehen müssen, andernfalls das Verhältnis allenfalls als Arbeitsvertrag qualifiziert werden muss oder in dessen Nähe rückt (mindestens soweit eine natürliche Person Vertragspartei ist). Auch der Umstand, dass es sich bei der Franchisenehmerin um eine Konzerngesellschaft handelte, vermag das Franchiseverhältnis an sich noch nicht als partnerschaftliches zu qualifizieren (vgl. zum Konzernverhältnis E. 4.3.2.1). So gilt es das Vertragsverhältnis nach dessen konkretem Inhalt und nicht nach dem wirtschaftlichen Hintergrund zu beurteilen, wenn auch a priori eine in einen Grosskonzern eingebettete Gesellschaft ein ungleich tieferes Schutzbedürfnis vermittelt, als bspw. eine natürliche Person oder eine Einmann-Kapitalgesellschaft, welche zudem noch auf Geheiss des Franchisegebers überhaupt gegründet wurde.

Im vorliegenden Fall gilt es zu konstatieren, dass die Lektüre des Entscheides dem Leser keine Transparenz bezüglich des Inhalts und der Qualifikation des Franchisevertrags zu verschaffen vermag. So sind die im Entscheid angeführten Merkmale aber auch einer Mehrzahl von Subordinations-Verhältnissen immanent und erlauben keine griffige Unterscheidungsmöglichkeit.

Zudem ist nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin der in der deutschen Lehre wiederholt vertretenen Auffassung der Vorzug einzuräumen, wonach die Existenz von partnerschaftlich-gleichberechtigten Franchisesystemen grundsätzlich in Abrede gestellt wird (vgl. hierzu mit weiteren Hinweisen STEIN-WIGGER, op. cit., 20 f.). So liegt bei einem partnerschaftlichen Zusammenwirken vermutlich ein «animus societatis» vor, welcher auf eine Anwendbarkeit von Art. 530 ff. ZGB schliessen liesse. Ein solcher ist durchaus auch dann denkbar, wenn eine Partei das Konzept zur Verfügung stellt und im Rahmen der Gewinnverteilung am Umsatz eines von ihr nicht geführten Betriebes partizipiert. Ein gleichberechtigtes, partnerschaftliches Franchisesystem ist hingegen praktisch kaum je vorstellbar.

Das Vorliegen partnerschaftlicher Komponenten sollte deshalb als ein Beurteilungskriterium unter vielen bei der Suche nach analog anwendbaren Gesetzesbestimmungen herangezogen werden, jedoch nicht per se die Regelung der ausserordentlichen Kündigungsgründe einzig der Parteiautonomie anheimstellen. Mit dieser Lösung würde der vom Bundesgericht betonten Einzelfallbeurteilung gleichwohl entsprochen, wohl sogar noch in weiter reichendem Umfang (vgl. nochmals hierzu E. 4.1).

Es gilt die im Entscheid vertretene, grundsätzliche Unterscheidung deshalb fallen zu lassen und das Bestehen einer Subordination bzw. einer Partnerschaft als eines von verschiedenen Elementen in die Gesamtbetrachtung einfließen zu lassen. Für den absoluten Ausschluss eines analogen Rückgriffs auf arbeits- oder agenturrechtliche Schutzbestimmungen kann diese Unterscheidung alleine jedoch nicht ausreichen. Damit würde zugleich die Einzelfall-Prüfung von unnötigem, dogmatischem Ballast befreit. Abschliessend sei hierzu noch klargestellt, dass die vom Bundesgericht vertretene Lösung betreffend die Vereinbarungsmöglichkeit wichtiger Gründe nicht schon aus diesen Erwägungen ausgeschlossen werden kann. Diese Möglichkeit gilt es losgelöst hiervon nachfolgend noch zu prüfen.

3. Bleibt somit als zweiter Punkt zu prüfen, inwieweit die Möglichkeit der verbindlichen und damit gerichtlich nicht überprüfaren, vertraglichen Vorsehung von ausserordentlichen Kündigungsgründen zulässig ist und damit der richterlichen Inhaltskontrolle entzogen werden kann. Dies losgelöst von der Frage, ob in Franchiseverhältnis mit partnerschaftlichen Zügen die Anwendung vom Agenturrecht a priori ausschliesse, was nach der vorne vertretenen Auffassung nicht der Fall ist.

Das Bundesgericht vertritt vorliegend gemeinsam mit der Vorinstanz die Auffassung, dass im Lichte des Vorliegens eines Partnerschafts-Franchisevertrag die wichtigen und vorzeitigen Kündigungsgründe frei vereinbar gewesen seien, womit zwar zu prüfen sei, ob diese erstellt, nicht jedoch, ob die Kündigung angemessen bzw. die Vertragsfortführung für die kündigende Partei auch unzumutbar gewesen sei (E. 4.2, 4.3.2.1, 4.4). Es führt weiter aus, dass es den Parteien eines «anderen Dauerschuldverhältnisses» (gemeint war eines, auf das arbeits- oder agenturrechtliche Schutzbestimmungen nicht zur Anwendung gelangen) unbenommen sei, eine vorzeitige Kündigung von erleichterten Bedingungen abhängig zu machen und der Richter in diesen Fällen nicht befugt sei, diese Kündigungsgründe auf ihre Angemessenheit bzw. die Zumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu prüfen. Dies unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB (E. 4.3.1).

Dieser Auffassung des Bundesgerichts kann nicht gefolgt werden, zumal sich diese weder auf aktuelle Lehrmein-

nungen abstützen, noch eine überzeugende Begründung anführen kann. Spezifisch ist diese Rechtsfrage auf Franchiseverhältnisse, wie auch allgemein, bislang kaum behandelt worden. MEINRAD VETTER und ROMAN S. GUTZWILLER halten explizit für Dauerschuldverhältnisse am Grundsatz «pacta sunt servanda» fest, welchen es ebenso als Leitfaden wie als Auslegungsinstrument zu berücksichtigen gilt (MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP/PJA 2010, 700 f.). Ebenfalls stellen sie klar, dass die Kündigungsgründe objektiv wie subjektiv wichtig sein müssen und damit nicht der Parteienvereinbarung überlassen werden können (Op. cit., 704 f.), zumal das Kündigungsrecht einen Ausfluss aus Art. 27 ZGB darstelle und deshalb darauf nicht verzichtet werden könne. STEIN-WIGGER, der sich in seiner vorne erwähnten Arbeit als Ausnahme fundiert mit der Thematik zum Franchisevertrag auseinandergesetzt hat, gelangt mit überzeugenden Argumenten zu einem anderen Schluss. So vertritt er anders als das Bundesgericht die Auffassung, dass die vertraglich festgelegten Gründe selbstredend dem Richter als Leitfaden bei der Vertragsauslegung dienen können (ja wohl müssen), jedoch aus Überlegungen des Schutzes der Vertragsbeständigkeit («pacta sunt servanda») nur eine schwere und irreversible Vertragsverletzung einen (frühzeitigen) Systemausschluss zu rechtfertigen vermag (295 ff.). Er widerspricht dabei explizit der abweichenden Auffassung des deutschen Bundesgerichtshofs (vgl. hierzu auch STEIN-WIGGER, op. cit., 157, welcher die deutsche Rechtsprechung anführt und behandelt).

Dieser Auffassung ist zu folgen und kann zur Veranschaulichung mit einem Beispiel untermauert werden: In einem langfristigen Franchisevertrag in einem bislang unerschlossenen Vertragsgebiet wird eine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit des Franchisegebers vorgesehen, sollte der Franchisenehmer vertraglich definierte Umsatzziele nicht erreichen. Eine derartige Bestimmung kann nicht grundsätzlich einer rechtlichen Inhaltskontrolle unzugänglich sein, wie dies vom Bundesgericht vertreten wird. Einerseits gilt es zu berücksichtigen, dass der Franchisegeber in der Regel über einen Wissensvorsprung verfügt und sich der Franchisenehmer auf dessen Angaben verlassen muss. Dies gilt auch dann, wenn für ein neu zu erschliessendes Gebiet keine spezifischen Referenzwerte bestehen. Im vorliegenden Fall wäre es dem Franchisegeber deshalb möglich, unrealistische Umsatzziele vertraglich festzuschreiben, deren vorhersehbare Nichterreichung ihm die Möglichkeit einräumt, das Vertragsverhältnis jederzeit ausserordentlich aufzulösen. Dies kann nicht angehen, zumal bei einem einlässlichen Hinweis des Franchisegebers auf die Unsicherheiten der Umsatzentwicklung und der Unver-

bindlichkeit von Referenzangaben dem Franchisenehmer auch die erfolgreiche Berufung auf einen Grundlagenirrtum verwehrt sein dürfte. Dem angerufenen Gericht muss es in diesem Fall im Lichte allenfalls weitreichender Investitionen des Franchisenehmers möglich sein, den angerufenen Kündigungsgrund inhaltlich zu prüfen und dem Franchisenehmer allenfalls Schadenersatz zuzusprechen (die Kündigung ist bekanntlich unbesehen deren Berechtigung gültig, vgl. hierzu MICHAEL KULL, Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, SJZ 107 [2011], 245 ff.).

Dass die vom Bundesgericht vertretene Auffassung zu unannehmbaren Ergebnissen führen kann, zeigt gerade der beurteilte Fall mit einer vertraglich vereinbarten Laufzeit von 99 Jahren und den daraus abgeleiteten, immensen Streitwerten auf. Im Lichte der Tragweite einer ausserordentlichen Kündigung und den daraus resultierenden Nachteilen für den Gekündigten, sollte die frühzeitige Vertragsauflösung niemals der unbeschränkten Parteidisposition unterliegen. Dies insbesondere dann, wenn wie in casu vertragliche Kündigungsgründe in Form von Generalklauseln statuiert und deren Erfüllung in einem objektiv nicht leicht feststellbaren Verhalten besteht. So berief sich die Franchisegeberin vorliegend einerseits auf eine fundamentale Vertragsverletzung («any other material breach of the Agreement»), andererseits auf eine generelle Verletzung der Absatzförderungspflicht, welche nicht anhand von messbaren Zahlen oder Werten definiert wurde, sondern nach besten Anstrengungen («to at all times exercises its best efforts») zu erfolgen hatte (E. 4.5). Damit bedurfte im Gegensatz zum angeführten Beispiel schon die Prüfung des Vorliegens des vertraglichen Kündigungsgrundes einer Auslegung durch das Gericht, andernfalls dessen Vorhandensein gar nicht hätte bejaht werden können. Da bei einer derart offenen Formulierung ohnehin ein subjektives Moment bei der Prüfung des Vorliegens des vertraglich definierten Kündigungsgrundes einfließen muss, kann nicht bloss dessen Existenz, sondern muss auch zwangsweise eine inhaltliche Angemessenheits- und Zumutbarkeitskontrolle möglich sein, andernfalls der gesetzliche Schutzzweck unterlaufen würde (vgl. hierzu STEIN-WIGGER, op. cit., 297), wie er bspw. im Agentur- und Arbeitsrecht ausdrücklich vorgesehen wird. Es ist denn im vorliegenden Fall auch davon auszugehen, dass das Zürcher Handelsgericht bei der Prüfung des Vorliegens des ausserordentlichen Kündigungsgrundes mindestens eine rudimentäre Inhaltskontrolle vorgenommen haben muss, diese es jedoch zur Erkenntnis leitete, dass die Kündigung rechters sei.

Für die hier vertretene Auffassung der notwendigen, richterlichen Inhaltskontrolle spricht weiter der Umstand, dass von allen im Besonderen Teil des Obligationenrechts

geregelteten Vertragsverhältnissen der Franchisevertrag dem Agenturvertrag am Nächsten steht und dieser bekanntlich analog zum Einzelarbeitsvertrag auch eine Inhaltskontrollen vorsieht. Von einer analogen Anwendung von Art. 418 r bzw. Art. 337 Abs. 2 und 3 OR sollte deshalb auch bei Franchiseverträgen mit partnerschaftlichem Einschlag nicht abgesehen werden.

Als weiterer Grund für eine gerichtliche Inhaltskontrolle von vertraglichen Kündigungsgründen kann zudem die vom Bundesgericht entwickelten Unklarheitsregel angerufen werden, mindestens soweit Generalklauseln betroffen sind, deren Erfüllung nicht anhand von objektiv feststellbaren Werten beurteilt werden kann (vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, 278 N 1231 ff. mit weiteren Hinweisen zu Lehre und Rechtsprechung). Danach sind unklare Vertragsbestimmungen wie im besprochenen Fall grundsätzlich gegen deren Verfasser auszulegen. Die durch die offene Vertragsformulierung entstandenen Unsicherheiten hätten im vorliegenden Fall zwingend zu Lasten der kündigenden Franchisegeberin ausgelegt werden müssen.

Da es sich zudem um einen Formularvertrag gehandelt haben dürfte, gilt es neben der bereits erwähnten Unklarheits- auch noch die Ungewöhnlichkeitsregel zu berücksichtigen (vgl. hierzu auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, op. cit., 250 N 1141 ff., mit weiteren Hinweisen zu Lehre und Rechtsprechung). Danach ist ungewöhnlichen Vertragsinhalten in Allgemeinen Vertragsbestimmungen die Anwendung zu versagen, da diese nach der damit verbundenen Fiktion vom Vertragspartner nicht zur Kenntnis genommen wurden und damit nicht vom Vertragskonsens umfasst werden (der Gegenbeweis steht dem Verfasser jedoch offen). Daran würde auch ein Verhältnis mit partnerschaftlichen Elementen oder die Einbettung der Franchisenehmerin in einen Konzern nichts zu ändern vermögen. Insbesondere bei umfassenden und langen Vertragsdokumenten kann nicht davon ausgegangen werden, dass nebst den statuierten Hauptleistungspflichten sämtliche Nebenbestimmungen einlässlich verhandelt bzw. diskutiert wurden. Dies insbesondere soweit es sich um Auflösungsgründe handelt, da diesen bei Vertragsschluss kaum je Beachtung geschenkt werden wird.

Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass eine gerichtliche Inhaltskontrolle von ausserordentlichen, vertraglich vereinbarten Kündigungsgründen immer zu erfolgen hat, wenn diese von einer Vertragspartei angerufen werden. Dies unter Einbezug und Wertung der vorgesehenen Dauer der vertraglichen Zusammenarbeit (in casu 99 Jahre!), des Umfangs der Investitionen der Franchisenehmerin, die damit verbundenen personellen Auswirkun-

gen, um nur einige Gründe zu nennen. All diese Umstände hätten bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der ausserordentlichen Vertragsauflösung bzw. der Zumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit einfließen müssen.

4. Zusammenfassend ist damit zu konstatieren, dass von der schematischen Einteilung der Franchiseverhältnisse in Subordinations- und Partnerschafts-Franchiseverträge abzusehen ist. Es gilt dieses Element jedoch als eines unter vielen bei der Frage nach dem anwendbaren Recht zu berücksichtigen.

Andererseits hat entgegen der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung bei sämtlichen Franchiseverhältnissen eine Inhaltskontrolle vertraglich vereinbarter, ausserordentlicher bzw. vorzeitiger Kündigungsgründe zu erfolgen.

5. Abschliessend sei ein in jüngster Zeit vermehrt zu beobachtendes Phänomen angesprochen, welches auch im hier besprochenen Entscheid manifest wird.

So werden Ausführungen der unterliegenden Partei regelmässig nicht bloss inhaltlich widerlegt – wie es unzweifelhaft der richterlichen Aufgabe entspricht –, sondern damit auch gleichzeitig weitreichende Vorhaltungen über deren Untauglichkeit und Unverständlichkeit verbunden, welche schliesslich klar gegen die Anwaltschaft gerichtet sind, im vorliegenden Fall gegen zwei Anwälte einer Zürcher Kanzlei. Im vorliegenden Fall wurde die Missbilligung deren Ausführungen mit mehrfach wiederholten Formulierungen wie *«weitschweifige und teilweise nicht nachvollziehbare Kritik am vorinstanzlichen Entscheid oder schwer verständliche und verwirliche Ausführungen»* zum Ausdruck gebracht. Dabei geriet offenbar in Vergessenheit, dass gerade das Bundesgericht mit seiner mindestens fragwürdigen Interpretation von Art. 106 BGG, insbesondere bei der Anwendung von Bundesgesetzesrecht (vgl. hierzu BSK BGG-MEYER, Art. 106 N 1 und 15), doch gerade dafür verantwortlich zeichnet, dass durch die überstrenge Handhabung des Rügeprinzips eine erhebliche Unsicherheit geschaffen wurde, was kurze und konzise Rechtsschrift nicht begünstigt. Dies insbesondere im Lichte des Umstands, dass Anwälte kaum mit ausreichender Häufigkeit Fälle vor dem Bundesgericht vertreten und damit auch nicht über eine breit abgestützte, diesbezügliche Erfahrung verfügen. Dies führt aber gerade zum Versuch, möglichst keinen Fehler zu begehen, und damit zu langen Rechtsschriften mit einer Vielzahl an Wiederholungen in der Hoffnung, den Formalien zu genügen.

Es wäre wünschenswert, wenn die Gerichte insbesondere auch im Lichte dieser selbstverursachten Umstände in ihren Entscheidungen und Begründungen dieselbe Tonalität wählten, die sie auch von der Anwaltschaft ihr gegenüber erwarten.

Darüber hinaus gilt es im Speziellen eine Lockerung des strengen Rügeprinzips mindestens in Erwägung zu ziehen, zumal dieses bekanntlich innerstaatlich nicht überprüft werden kann, was wohl auch ein Grund dafür bilden dürfte, dass dessen äusserst strenge Handhabung überhaupt möglich wurde. So darf nicht in Vergessenheit geraten, dass dessen Beachtung gerade ausführliche und umfangreiche Urteile der kantonalen Gerichte die Parteien vor beinahe unlösbare Probleme stellen können, zumal zur Ausarbeitung der Rechtsschrift nur wenig Zeit zur Verfügung steht.

Dabei gilt es weiter mit einzubeziehen, dass in der Schweiz kein Anwaltszwang besteht; auch nicht vor Bundesgericht. Es ist jedoch abwegig, diese gesetzliche Fiktion aufrecht zu erhalten, wenn schon weite Teile der Anwaltschaft den geforderten Formalien nach Auffassung des Bundesgerichts nicht zu genügen vermögen. Es sollte hier die Durchsetzung des materiellen Rechts stärker gewichtet werden als die Einhaltung gerichtlich definierter Formalien, damit dem materiellen Recht vermehrt zum Durchbruch verholfen wird. Dass damit mehr Fälle vom Bundesgericht materiell behandelt und nicht mit einem Nichteintretensentscheid erledigt werden könnten, wäre dabei in Kauf zu nehmen.

2.7.2.9. Auftragsrecht / Mandat

(4) Kommissionsrecht. Selbsteintritt. Beweislast.

Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 21. November 2012 i.S. X. c. Bank Z AG (BGer 4A_295/2012) (amtliche Publikation vorgesehen).



OLIVER ARTER

lic. iur., TEP, Rechtsanwalt, Zürich

I. Sachverhalt

«A. X. war seit längerer Zeit Kunde der damaligen Bank Y. (Y.) und heutigen Bank Z., Filiale A. Am 28. Juni 1996 kaufte er 4'500 Namenaktien der W. AG von der Y. zum Preis von je 9.25 Franken, insgesamt für einen Betrag von 42'120.45 Franken (einschliesslich Kommission und Gebühren). Am 21. Januar 1997 wurde der Konkurs über die W. AG eröffnet. X. geht davon aus, dass die Y. beim Verkauf von Aktien der W. AG ab Februar 1996 sein Vertrauen missbraucht hat.

B.B.a Mit Klage vom 5. März 2002 beantragte X. (Kläger) dem Bezirksgericht Hinwil die Verurteilung der (damaligen) Y. (Beklagte) zur Bezahlung von 42'120.45 Franken zuzüglich Zins zu 5% seit dem 3. Juli 1996, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Mit Urteil vom 13. Juli 2010 wies das Bezirksgericht die Klage vollumfänglich ab.

B.b Dagegen erhob der Kläger Berufung am Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 12. April 2012 wies das Obergericht die Berufung ab. Es ging davon aus, dass bei einem Verkauf von Aktien der W. AG aus Eigenbeständen der Y. am 28. Juli 1996 von einer Treuwidrigkeit und damit von einem Verstoß gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen wäre, hielt aber den dem Kläger auferlegten Beweis einer Lieferung aus Eigenbeständen nicht für erbracht.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 18. Mai 2012 liess X. (Beschwerdeführer) die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils beantragen und seine vor dem Bezirksgericht Hinwil gestellten Rechtsbegehren erneuern. Mit Vernehmlassung vom 17. Januar 2012 liess die Bank Z. (Beschwerdegegnerin) Abweisung der Beschwerde beantragen. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung. Die Parteien reichten Replik und Duplik ein.»