



# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Joel Fink

## **Der Vermittlungsvertrag in der Vermarktung von Sport**

Eine Analyse der Rechtsbeziehung zwischen Inhabern von  
Sportrechten und Vermarktungsagenturen  
Mit einem allgemeinen Teil zur Sportvermarktung aus  
rechtlicher Sicht



# **Der Vermittlungsvertrag in der Vermarktung von Sport**

**Eine Analyse der Rechtsbeziehung zwischen Inhabern von  
Sportrechten und Vermarktungsagenturen**

**Mit einem allgemeinen Teil zur Sportvermarktung aus rechtlicher  
Sicht**

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswis-  
senschaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Joel Fink

Die Fakultät hat diese Arbeit am 17. August 2023 auf Antrag der beiden Gutachter,  
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf und Prof. em. Dr. Dr. h.c. Thomas Koller, als Dissertation  
angenommen.



Der *Vermittlungsvertrag in der Vermarktung von Sport* Copyright © by Joel Fink is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2024 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Autor:** Joel Fink

**Verlag:** EIZ Publishing ([eizpublishing.ch](https://eizpublishing.ch))

**Produktion, Satz & Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](https://buchundnetz.com))

**ISBN:**

978-3-03805-648-5 (Print – Softcover)

978-3-03805-649-2 (Print – Hardcover)

978-3-03805-650-8 (PDF)

978-3-03805-651-5 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-649>

**Version:** 1.00 – 20240122

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Joel Fink eingereicht und von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern abgenommen.

Sie wurde betreut von Prof. Dr. Frédéric Krauskopf und Prof. em. Dr. Dr. h.c. Thomas Koller.

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/der-vermittlungsvertrag-in-der-vermarktung-von-sport/>.

Die Publikation ist auch auf der Webseite der Zentralbibliothek Zürich abrufbar: <https://www.zb.uzh.ch/de/>

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern verfasst. Ihre Entstehung wäre ohne die Beiträge einer Vielzahl von Personen nicht möglich gewesen. Dank gebührt insbesondere:

Frédéric Krauskopf, der mein Dissertationsprojekt von Anfang an wohlwollend und ohne Berührungsängste begleitet hat.

Thomas Koller, der sich bereit erklärt hat, die Zweitbegutachtung zu übernehmen.

Tobias Baumgartner und dem gesamten Team von EIZ Publishing für die reibungslose Zusammenarbeit und die umfassende Unterstützung auf dem Weg zur Publikation dieser Arbeit.

Meiner Familie, die mich auf meinem gesamten Weg vorbehaltlos unterstützt hat und ohne die das Verfassen dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Sodann sei all jenen weiteren Personen gedankt, die sich die Zeit genommen und die Mühe gemacht haben, zur Entstehung dieser Arbeit beizutragen – namentlich all jenen, die diese Arbeit kritisch durchgesehen und wertvolle Anregungen geliefert haben.

Zürich, im November 2023

Joel Fink



# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b>	<b>V</b>
<b>Inhaltsübersicht</b>	<b>VII</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>IX</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XXI</b>
<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>XXXII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>XXXIII</b>
<b>§ 1 Einleitung</b>	<b>1</b>
A Ausgangslage	1
B Zielsetzung und Vorgehen	4
C Aufbau	5
D Anmerkung zur Berücksichtigung von (ausländischer) Literatur und Rechtsprechung	6
<b>§ 2 Die Sportvermarktung</b>	<b>7</b>
A Begriff und Ziel der Vermarktung im Allgemeinen	7
B Akteure des Sportes	9
C Sportrechte im Allgemeinen	14
D Rechteinhaberschaft	23
E Die einzelnen Sportrechte	24
F Vorbemerkungen zu Art und Weise der Vermarktung von Sportrechten	39
G Eigenvermarktung	42
H Fremdvermarktung	43
I Zentrale oder dezentrale Vermarktung	76
<b>§ 3 Bezug der Vermarktungsagentur: Vermittlungsvertrag als Grundlage</b>	<b>77</b>
A Vorbemerkungen	77
B Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages	80
<b>§ 4 Ausgewählte Inhalte des Vermittlungsvertrages</b>	<b>111</b>
A Ausgangslage	111
B Vorbemerkung: Zur Form des Vermittlungsvertrages	113
C Tätigkeit der Vermarktungsagentur	115
D Kontrolle des Rechteinhabers über die ausgelagerte Vermarktung	117
E Rolle des Rechteinhabers in der ausgelagerten Vermarktung	134
F Rahmenbedingungen der Vermarktung	141
G Vergütung der Vermarktungsagentur	182
H Gleichzeitige Vermarktung für mehrere Rechteinhaber	248
I Dauer und Beendigung des Bezuges der Vermarktungsagentur	257
J Ertragssicherheit für den Rechteinhaber	273

<b>§ 5 Fazit</b>	<b>301</b>
A <u>Sportvermarktung</u>	<u>301</u>
B <u>Vermittlungsvertrag als Grundlage des Beizuges der Vermarktungsagentur</u>	<u>303</u>
C <u>Ausgewählte Inhalte des Vermittlungsvertrages</u>	<u>304</u>
<b>Curriculum Vitae</b>	<b>311</b>



# Inhaltsverzeichnis

<a href="#">Vorwort</a>	<a href="#">V</a>
<a href="#">Inhaltsübersicht</a>	<a href="#">VII</a>
<a href="#">Inhaltsverzeichnis</a>	<a href="#">IX</a>
<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	<a href="#">XXI</a>
<a href="#">Materialienverzeichnis</a>	<a href="#">XXXII</a>
<a href="#">Abkürzungsverzeichnis</a>	<a href="#">XXXIII</a>
<a href="#">§ 1 Einleitung</a>	<a href="#">1</a>
A <a href="#">Ausgangslage</a>	<a href="#">1</a>
B <a href="#">Zielsetzung und Vorgehen</a>	<a href="#">4</a>
C <a href="#">Aufbau</a>	<a href="#">5</a>
D <a href="#">Anmerkung zur Berücksichtigung von (ausländischer) Literatur und Rechtsprechung</a>	<a href="#">6</a>
<a href="#">§ 2 Die Sportvermarktung</a>	<a href="#">7</a>
A <a href="#">Begriff und Ziel der Vermarktung im Allgemeinen</a>	<a href="#">7</a>
B <a href="#">Akteure des Sportes</a>	<a href="#">9</a>
I <a href="#">Ausgangslage</a>	<a href="#">9</a>
II <a href="#">Sportorganisationen insbesondere</a>	<a href="#">9</a>
1 <a href="#">Erfasste Akteure</a>	<a href="#">9</a>
2 <a href="#">Anmerkung zur Bezeichnung als Sportverein</a>	<a href="#">11</a>
III <a href="#">Sportveranstalter insbesondere</a>	<a href="#">12</a>
IV <a href="#">Zusammenfassung</a>	<a href="#">12</a>
C <a href="#">Sportrechte im Allgemeinen</a>	<a href="#">14</a>
I <a href="#">Begriff</a>	<a href="#">14</a>
II <a href="#">Rechtsgrundlage</a>	<a href="#">14</a>
1 <a href="#">Ausgangslage</a>	<a href="#">14</a>
2 <a href="#">Absolute Rechte</a>	<a href="#">15</a>
3 <a href="#">Relative Rechte</a>	<a href="#">16</a>
a <a href="#">Im Allgemeinen</a>	<a href="#">16</a>
b <a href="#">Vermarktungsmöglichkeiten aufgrund relativer Rechte</a>	<a href="#">17</a>
i <a href="#">Grundsatz</a>	<a href="#">17</a>
ii <a href="#">Ausnahme eins: Vertragliche Einräumung von Ausschliesslichkeit</a>	<a href="#">17</a>
iii <a href="#">Ausnahme zwei: Verwendung einer vertraglichen Beziehung an sich</a>	<a href="#">18</a>
(1) <a href="#">Ausgangslage</a>	<a href="#">18</a>
(2) <a href="#">Ambush Marketing und seine lauterkeitsrechtliche Erfassung</a>	<a href="#">19</a>
(3) <a href="#">Werthaltigkeit relativer Berechtigungen aufgrund des Lauterkeitsrechts</a>	<a href="#">21</a>
III <a href="#">Zusammenfassung</a>	<a href="#">21</a>
D <a href="#">Rechteinhaberschaft</a>	<a href="#">23</a>

E	<a href="#">Die einzelnen Sportrechte</a>	24
I	<a href="#">Vorbemerkung: Zur Kategorisierung der Sportrechte</a>	24
II	<a href="#">Medienrechte</a>	26
1	<a href="#">Grundsatz</a>	26
2	<a href="#">Rechtsgrundlage der Medienrechte</a>	27
III	<a href="#">Zugangsrechte</a>	28
IV	<a href="#">Marketingrechte</a>	29
1	<a href="#">Grundsatz</a>	29
2	<a href="#">Sponsoring</a>	30
a	<a href="#">Grundsatz</a>	30
b	<a href="#">Naming Right insbesondere</a>	32
3	<a href="#">Werbung</a>	33
a	<a href="#">Grundsatz</a>	33
b	<a href="#">Abgrenzung zum Sponsoring</a>	33
4	<a href="#">Merchandising und Licensing</a>	34
5	<a href="#">Rechtsgrundlage der Marketingrechte</a>	35
V	<a href="#">Transferrechte</a>	36
VI	<a href="#">Zusammenfassung</a>	37
F	<a href="#">Vorbemerkungen zu Art und Weise der Vermarktung von Sportrechten</a>	39
I	<a href="#">Grundsatz und Terminologie</a>	39
II	<a href="#">Sonderfall Transferrechte</a>	40
G	<a href="#">Eigenvermarktung</a>	42
H	<a href="#">Fremdvermarktung</a>	43
I	<a href="#">Outsourcing</a>	43
1	<a href="#">Grundsatz</a>	43
2	<a href="#">Gründe des Rechteinhabers</a>	44
3	<a href="#">Gründe der Vermarktungsagentur</a>	45
4	<a href="#">Zusammenfassung</a>	46
II	<a href="#">Modelle der Fremdvermarktung</a>	47
1	<a href="#">Vorbemerkungen zu den Konstellationen der Fremdvermarktung</a>	47
2	<a href="#">Vermittlungsmodell</a>	47
a	<a href="#">Die Vermittlung</a>	47
b	<a href="#">Eingehen der Verwertungsverträge durch den Rechteinhaber</a>	49
i	<a href="#">Grundsatz</a>	49
ii	<a href="#">Abschlussfreiheit des Rechteinhabers</a>	50
c	<a href="#">Ausnahme: Abschluss der Verwertungsverträge durch die Vermarktungsagentur</a>	51
i	<a href="#">Ausgangslage</a>	51
ii	<a href="#">Direkte Stellvertretung im Allgemeinen</a>	51
(1)	<a href="#">Begriff</a>	51
(2)	<a href="#">Voraussetzung und Wirkungen der direkten Stellvertretung</a>	52
iii	<a href="#">Die Vermarktungsagentur als direkte Stellvertreterin des Rechteinhabers</a>	54
d	<a href="#">Umfasst das Vermittlungsmodell die Bevollmächtigung zum Vertragsabschluss?</a>	54
3	<a href="#">Eigengeschäfte der Vermarktungsagentur</a>	56
a	<a href="#">Vermarktung durch die Vermarktungsagentur in eigenem Namen</a>	56
b	<a href="#">Handeln auf eigene oder fremde Rechnung</a>	57

c	<a href="#">Kommissionsmodell</a>	58
i	<a href="#">Handeln der Vermarktungsagentur für Rechnung des Rechteinhabers</a>	58
ii	<a href="#">Indirekte Stellvertretung im Allgemeinen</a>	59
(1)	<a href="#">Begriff</a>	59
(2)	<a href="#">Handeln für fremde Rechnung</a>	60
(3)	<a href="#">Grundverhältnis</a>	61
iii	<a href="#">Die Vermarktungsagentur als indirekte Stellvertreterin des Rechteinhabers</a>	61
iv	<a href="#">Warum Kommissionsmodell?</a>	63
(1)	<a href="#">Zur Terminologie</a>	63
(2)	<a href="#">Abgrenzung zur Vermittlung mit Abschlussvollmacht insbesondere</a>	64
d	<a href="#">Buy-Out-Modell</a>	65
e	<a href="#">Einfluss der Ausgestaltung der Berechtigung der Vermarktungsagentur zur Vermarktung der Sportrechte in eigenem Namen auf das Modell der Fremdvermarktung</a>	66
i	<a href="#">Ausgangslage</a>	66
ii	<a href="#">Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Allgemeinen</a>	66
iii	<a href="#">Vermarktung vor dem Hintergrund der Art der Berechtigung an den Sportrechten</a>	67
4	<a href="#">Zusammenfassung</a>	68
III	<a href="#">Mögliche Vergütungsregelungen im Rahmen der Fremdvermarktung</a>	69
1	<a href="#">Ausgangslage</a>	69
2	<a href="#">Vergütung im Vermittlungs- und Kommissionsmodell</a>	70
a	<a href="#">Grundsatz</a>	70
b	<a href="#">Rechtliche Einordnung der Erfolgsabhängigkeit der Vergütung</a>	71
i	<a href="#">Vorbemerkung</a>	71
ii	<a href="#">Zur Bedingung im Rechtssinne</a>	71
iii	<a href="#">Zur Bedingtheit des erfolgsabhängigen Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur</a>	73
iv	<a href="#">Erfolgsunabhängigkeit der Vergütung der Vermarktungsagentur</a>	73
3	<a href="#">Vergütung im Buy-Out-Modell</a>	73
4	<a href="#">Zusammenfassung</a>	74
IV	<a href="#">Umfang der Fremdvermarktung</a>	75
I	<a href="#">Zentrale oder dezentrale Vermarktung</a>	76
I	<a href="#">Begriff der zentralen und dezentralen Vermarktung</a>	76
<b>§ 3 Beizug der Vermarktungsagentur: Vermittlungsvertrag als Grundlage</b>		77
A	<a href="#">Vorbemerkungen</a>	77
I	<a href="#">Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes</a>	77
II	<a href="#">Vertrag zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur als Grundlage</a>	78
B	<a href="#">Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages</a>	80
I	<a href="#">Ausgangslage</a>	80
II	<a href="#">Vertragsqualifikation im Allgemeinen</a>	80
1	<a href="#">Grundsatz</a>	80
2	<a href="#">Ermittlung des Vertragsinhaltes als Grundlage der Qualifikation: Auslegung</a>	81

III	<a href="#">Ermittlung der Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages</a>	82
1	<a href="#">Hinweis zur Einzelfallbezogenheit</a>	82
2	<a href="#">Feststellung des Inhaltes des Vermittlungsvertrages</a>	83
3	<a href="#">Qualifikation des Vermittlungsvertrages</a>	84
a	<a href="#">Ausgangslage</a>	84
b	<a href="#">Mäklervertrag</a>	85
i	<a href="#">Begriff des Mäklervertrages</a>	85
ii	<a href="#">Typenmerkmale des Mäklervertrages</a>	85
(1)	<a href="#">Vermittlung</a>	85
(2)	<a href="#">Entgeltlichkeit</a>	86
(3)	<a href="#">Erfolgsbedingtheit</a>	87
c	<a href="#">Agenturvertrag</a>	87
i	<a href="#">Begriff des Agenturvertrages</a>	87
ii	<a href="#">Typenmerkmale des Agenturvertrages</a>	89
(1)	<a href="#">Vermittlung</a>	89
(a)	<a href="#">Grundsatz</a>	89
(b)	<a href="#">Eingeschränkter Begriffsgehalt nach ZÜRCHER</a>	89
(c)	<a href="#">Ermittlung des Gehaltes des Begriffes der Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages</a>	89
(2)	<a href="#">Dauerhaftigkeit</a>	91
(3)	<a href="#">Selbständigkeit des Agenten</a>	92
(4)	<a href="#">Irrelevanz der Vergütung für die Qualifikation als Agenturvertrag</a>	93
d	<a href="#">Typenmerkmale von Mäkler- und Agenturvertrag im Vermittlungsvertrag</a>	93
i	<a href="#">Ausgangslage</a>	93
ii	<a href="#">Vorliegen der Typenmerkmale des Mäklervertrages</a>	94
iii	<a href="#">Vorliegen der Typenmerkmale des Agenturvertrages</a>	94
(1)	<a href="#">Ausgangslage</a>	94
(2)	<a href="#">Vermittlung</a>	95
(3)	<a href="#">Dauerhaftigkeit</a>	96
(4)	<a href="#">Selbständigkeit</a>	96
e	<a href="#">Qualifikation des Vermittlungsvertrages als Mäkler- oder Agenturvertrag</a>	97
i	<a href="#">Ausgangslage</a>	97
ii	<a href="#">Abgrenzung von Mäkler- und Agenturvertrag: Kriterium der Dauerhaftigkeit</a>	98
iii	<a href="#">Vermittlungsvertrag als einfaches- oder Dauerschuldverhältnis</a>	100
(1)	<a href="#">Grundsatz</a>	100
(2)	<a href="#">Anmerkung zur Bestimmung der Anzahl zu vermittelnder Verwertungsverträge</a>	101
f	<a href="#">Ergebnis der Qualifikation des Vermittlungsvertrages</a>	102
IV	<a href="#">Parteirollen je nach Ergebnis der Qualifikation</a>	103
V	<a href="#">Verwertungsverträge als Zielgeschäfte</a>	103
VI	<a href="#">Folgen der Qualifikation für weitere Möglichkeiten rechtlicher Einordnung</a>	104
1	<a href="#">Ausgangslage</a>	104
2	<a href="#">Der Vermittlungsvertrag: kein Innominatvertrag</a>	104
3	<a href="#">Der Vermittlungsvertrag: kein einfacher Auftrag</a>	104

4	<a href="#">Der Vermittlungsvertrag: kein Gesellschaftsvertrag?</a>	106
a	<a href="#">Ausgangslage</a>	106
b	<a href="#">Abgrenzung der einfachen Gesellschaft von Mäkler- sowie Agenturvertrag</a>	106
c	<a href="#">Keine einfache Gesellschaft zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur</a>	107
VII	<a href="#">Zusammenfassung</a>	108
<b>§ 4 Ausgewählte Inhalte des Vermittlungsvertrages</b>		<b>111</b>
A	<a href="#">Ausgangslage</a>	111
B	<a href="#">Vorbemerkung: Zur Form des Vermittlungsvertrages</a>	113
C	<a href="#">Tätigkeit der Vermarktungsagentur</a>	115
I	<a href="#">Vermittlung von Verwertungsverträgen</a>	115
II	<a href="#">Tätigkeitspflicht insbesondere</a>	115
III	<a href="#">Zusammenfassung</a>	116
D	<a href="#">Kontrolle des Rechteinhabers über die ausgelagerte Vermarktung</a>	117
I	<a href="#">Ausgangslage</a>	117
II	<a href="#">Information des Rechteinhabers durch die Vermarktungsagentur</a>	117
1	<a href="#">Interessenlage</a>	117
2	<a href="#">Informationspflicht des Mäklers und des Agenten im Allgemeinen</a>	118
a	<a href="#">Informationspflicht des Mäklers</a>	118
b	<a href="#">Informationspflicht des Agenten</a>	118
3	<a href="#">Informationspflicht der Vermarktungsagentur</a>	119
4	<a href="#">Zusammenfassung</a>	120
III	<a href="#">Einfluss des Rechteinhabers auf die ausgelagerte Vermarktung</a>	121
1	<a href="#">Interessenlage</a>	121
2	<a href="#">Ausführungsabreden in Mäkler- und Agenturvertrag im Allgemeinen</a>	122
3	<a href="#">Ausführungsabreden im Vermittlungsvertrag</a>	123
a	<a href="#">Grundsatz</a>	123
b	<a href="#">Vorgaben zu den potentiellen Verwertungspartnern</a>	123
c	<a href="#">Vorgaben zum Inhalt der zu vermittelnden Verwertungsverträge</a>	124
d	<a href="#">Vorgaben zur Tätigkeit der Vermarktungsagentur</a>	125
4	<a href="#">Ausführungsabreden und einseitige Weisungen</a>	126
a	<a href="#">Abgrenzung</a>	126
b	<a href="#">Ausführungsabreden und Weisungsrecht in Mäkler- und Agenturvertrag im Allgemeinen</a>	127
i	<a href="#">Grenzen des Weisungsrechts</a>	127
ii	<a href="#">Vorrang von Ausführungsabreden</a>	129
c	<a href="#">Ausführungsabreden und Weisungsrecht im Vermittlungsvertrag</a>	130
i	<a href="#">Grundsatz</a>	130
ii	<a href="#">Interesse von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur an Ausführungsabreden</a>	130
iii	<a href="#">Erwartungssicherheit durch Konkretisierung des Auftragsumfanges</a>	131
5	<a href="#">Zusammenfassung</a>	131
IV	<a href="#">Anmerkung: Abschlussfreiheit als faktische Kontrollmöglichkeit</a>	132
E	<a href="#">Rolle des Rechteinhabers in der ausgelagerten Vermarktung</a>	134
I	<a href="#">Interessenlage</a>	134

II	<a href="#">Pflichten des Auftraggebers zur Mitwirkung im Allgemeinen</a>	134
1	<a href="#">Im Mäklerverstragsrecht</a>	134
2	<a href="#">Im Agenturvertragsrecht</a>	135
III	<a href="#">Mitwirkungspflichten des Rechteinhabers</a>	136
1	<a href="#">Grundsatz</a>	136
2	<a href="#">Vermittlungsvertragliche Regelung</a>	138
a	<a href="#">Bereitstellung von Unterlagen, Infrastruktur und Zugang</a>	138
b	<a href="#">Teilnahme an Vermarktungsaktivitäten</a>	138
c	<a href="#">Verwendung von Rechten des Rechteinhabers</a>	139
d	<a href="#">Informationspflicht</a>	139
IV	<a href="#">Zusammenfassung</a>	140
F	<a href="#">Rahmenbedingungen der Vermarktung</a>	141
I	<a href="#">Interessenlage</a>	141
II	<a href="#">Vermarktungsrelevante Umstände</a>	142
1	<a href="#">Involvierung des Rechteinhabers in den Sportbetrieb</a>	142
2	<a href="#">Spielklasse</a>	144
3	<a href="#">Modalitäten sportlicher Wettbewerbe</a>	144
4	<a href="#">Mediale Abdeckung des Sportbetriebes</a>	145
5	<a href="#">Vorschriften zur Vermarktung von Akteuren des Sportes</a>	145
III	<a href="#">Änderung von Rahmenbedingungen der Vermarktung</a>	146
1	<a href="#">Nachträgliche Veränderung der Verhältnisse im Allgemeinen</a>	146
2	<a href="#">Nachträgliche Änderung der Rahmenbedingungen der Vermarktung</a>	148
IV	<a href="#">Vertragliche Anpassungsregeln</a>	149
1	<a href="#">Im Allgemeinen</a>	149
2	<a href="#">Anpassungsregeln im Vermittlungsvertrag</a>	151
a	<a href="#">Grundsatz</a>	151
b	<a href="#">Anpassungstatbestand insbesondere</a>	152
c	<a href="#">Anpassungsfolge insbesondere</a>	153
3	<a href="#">Vorliegen vermittlungsvertraglicher Anpassungsregeln</a>	154
V	<a href="#">Gesetzliche Anpassungsregeln</a>	155
VI	<a href="#">Gerichtliche Vertragsanpassung</a>	155
1	<a href="#">Im Allgemeinen</a>	155
a	<a href="#">Grundsatz</a>	155
b	<a href="#">Voraussetzungen der gerichtlichen Vertragsanpassung</a>	156
c	<a href="#">Durchführung der gerichtlichen Vertragsanpassung</a>	159
2	<a href="#">Gerichtliche Anpassung des Vermittlungsvertrages</a>	160
a	<a href="#">Voraussetzungen der gerichtlichen Anpassung des Vermittlungsvertrages</a>	160
b	<a href="#">Anpassung des Vermittlungsvertrages durch das Gericht</a>	162
c	<a href="#">Vergleich mit den vertraglichen Anpassungsregeln</a>	162
VII	<a href="#">Ausbleiben einer Änderung der Rahmenbedingungen der Vermarktung</a>	163
1	<a href="#">Problemstellung</a>	163
2	<a href="#">Behandlung des Ausbleibens einer Änderung der Verhältnisse</a>	164
a	<a href="#">Im Allgemeinen</a>	164
b	<a href="#">Keine Änderung der Rahmenbedingungen der Vermarktung</a>	165
i	<a href="#">Vermittlungsvertragliche Anpassungsregeln</a>	165
ii	<a href="#">Gerichtliche Anpassung des Vermittlungsvertrages</a>	166

VIII	<a href="#">Alternative Berufung auf den Grundlagenirrtum</a>	167
1	<a href="#">Ausgangslage</a>	167
2	<a href="#">Der Grundlagenirrtum im Allgemeinen</a>	167
a	<a href="#">Grundsatz</a>	167
b	<a href="#">Zum Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt insbesondere</a>	169
i	<a href="#">Ausgangslage</a>	169
ii	<a href="#">Verhältnis der Anwendbarkeit von Grundlagenirrtum und Vertragsanpassung</a>	170
(1)	<a href="#">Grundsatz</a>	170
(2)	<a href="#">Unterschiedliche ratio von Grundlagenirrtum und Vertragsanpassung durch das Gericht</a>	170
(3)	<a href="#">Objektive oder subjektive Bezugnahme auf die künftige Entwicklung</a>	171
(4)	<a href="#">Genehmigung als Voraussetzung gerichtlicher Anpassung eines mangelbehafteten Vertrages</a>	172
(5)	<a href="#">Bei tatsächlich vorhergesehenem (Nicht)Eintritt einer Verhältnisänderung</a>	173
3	<a href="#">Grundlagenirrtum bezüglich der Rahmenbedingungen der Vermarktung</a>	174
a	<a href="#">Vorliegen eines Grundlagenirrtums</a>	174
b	<a href="#">Rechtsfolgen des Grundlagenirrtums</a>	175
c	<a href="#">Verhältnis von Grundlagenirrtum und Anpassung des Vermittlungsvertrages</a>	176
i	<a href="#">Grundsatz</a>	176
ii	<a href="#">Vorhersehbarkeit der Entwicklung vermarktungsrelevanter Umstände nach Abschluss des Vermittlungsvertrages</a>	176
iii	<a href="#">Genehmigung des Vermittlungsvertrages bei Grundlagenirrtum und gerichtlicher Vertragsanpassung</a>	177
4	<a href="#">Hinweis: Anfängliches (Nicht)Vorliegen von Rahmenbedingungen der Vermarktung</a>	178
IX	<a href="#">Zusammenfassung</a>	179
G	<a href="#">Vergütung der Vermarktungsagentur</a>	182
I	<a href="#">Interessenlage</a>	182
II	<a href="#">Entstehung des Vergütungsanspruches gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht</a>	182
1	<a href="#">Im Allgemeinen</a>	182
a	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	182
b	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	184
i	<a href="#">Vorbemerkung</a>	184
ii	<a href="#">Grundsatz</a>	184
2	<a href="#">Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur</a>	186
3	<a href="#">Zusammenfassung</a>	187
III	<a href="#">Parteiautonome Regelung der Entstehung des Vergütungsanspruches</a>	187
1	<a href="#">Problemstellung</a>	187
2	<a href="#">Grundsatz der Dispositivität der gesetzlichen Ordnung</a>	188
a	<a href="#">Im Allgemeinen</a>	188
i	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	188
ii	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	188
b	<a href="#">Vermittlungsvertragliche Regelung der Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur</a>	189

3	<a href="#">Dispositivität bezüglich des Zustandekommens eines Zielgeschäftes</a>	190
a	<a href="#">Gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	190
i	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	190
(1)	<a href="#">Grundsatz</a>	190
(2)	<a href="#">Relevanz von Ausführungsabreden insbesondere</a>	191
ii	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	192
(1)	<a href="#">Grundsatz</a>	192
(2)	<a href="#">Relevanz von Ausführungsabreden insbesondere</a>	193
b	<a href="#">Regelung zum Zustandekommen eines Zielgeschäftes als Vergütungsvoraussetzung im Vermittlungsvertrag</a>	194
i	<a href="#">Grundsatz</a>	194
ii	<a href="#">Relevanz von vermittlungsvertraglichen Ausführungsabreden insbesondere</a>	195
4	<a href="#">Dispositivität bezüglich der Kausalität</a>	196
a	<a href="#">Gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	196
i	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	196
ii	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	196
iii	<a href="#">Praktische Auswirkungen der reinen Erfolgsprovision</a>	197
iv	<a href="#">Vergütungsrelevante Abschlüsse von Zielgeschäften bei reiner Erfolgsprovision gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	197
(1)	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	197
(2)	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	199
b	<a href="#">Regelungen zur Kausalität als Vergütungsvoraussetzung im Vermittlungsvertrag</a>	200
5	<a href="#">Dispositivität bezüglich des Zeitpunktes des Zustandekommens eines Zielgeschäftes</a>	202
a	<a href="#">Gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	202
i	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	202
ii	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	202
b	<a href="#">Regelungen zum Zeitpunkt des Zustandekommens eines Zielgeschäftes als Vergütungsvoraussetzung im Vermittlungsvertrag</a>	203
6	<a href="#">Zusammenfassung</a>	203
IV	<a href="#">Die Vergütungsrelevanz weiterer Geschäfte zwischen Rechteinhaber und Vermarktungspartnern</a>	205
1	<a href="#">Problemstellung</a>	205
2	<a href="#">Vergütungsrelevanz von weiteren Geschäften gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	205
a	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	205
b	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	206
3	<a href="#">Anspruch der Vermarktungsagentur auf Vergütung aufgrund weiterer Geschäfte</a>	208
4	<a href="#">Zusammenfassung</a>	210
V	<a href="#">Höhe der Vergütung</a>	211
1	<a href="#">Gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	211
a	<a href="#">Grundsatz</a>	211
b	<a href="#">Vereinbarung durch die Parteien</a>	212



c	<a href="#">Festlegung nach der Übung oder durch den Richter</a>	213
2	<a href="#">Mass der Vergütung der Vermarktungsagentur</a>	213
a	<a href="#">Ausgangslage</a>	213
b	<a href="#">Regelung im Vermittlungsvertrag</a>	214
i	<a href="#">Prozentvergütung</a>	214
(1)	<a href="#">Grundsatz</a>	214
(2)	<a href="#">Bezugsgrösse für den Wert der Verwertungsverträge</a>	214
(3)	<a href="#">Provisionsatz</a>	216
ii	<a href="#">Vergütung nach dem Aufwand</a>	217
iii	<a href="#">Pauschalvergütung</a>	217
iv	<a href="#">Kombination mehrerer Bemessungsformen</a>	217
c	<a href="#">Bemessung der Vergütung nach der Übung oder durch den Richter</a>	218
3	<a href="#">Zusammenfassung</a>	219
VI	<a href="#">Relevanz von Störungen in den Verwertungsverträgen für die Vergütung</a>	219
1	<a href="#">Interessenlage</a>	219
2	<a href="#">Auswirkungen von Störungen in den Zielgeschäften auf den Vergütungsanspruch von Makler und Agent im Allgemeinen</a>	220
a	<a href="#">Maklervertragsrecht</a>	220
b	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	221
3	<a href="#">Auswirkungen von Störungen in den Verwertungsverträgen auf den Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur</a>	222
4	<a href="#">Zusammenfassung</a>	224
VII	<a href="#">Sicherung der Vergütung</a>	225
1	<a href="#">Interessenlage</a>	225
2	<a href="#">Abschlusspflicht</a>	225
a	<a href="#">Ausgangslage</a>	225
b	<a href="#">Abschlusspflicht gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	226
i	<a href="#">Maklervertragsrecht</a>	226
(1)	<a href="#">Abschlusspflicht im Rechtssinne</a>	226
(2)	<a href="#">Provisionsgarantie als Alternative</a>	227
ii	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	229
c	<a href="#">Abschlusspflicht zur Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur</a>	230
i	<a href="#">Grundsatz</a>	230
ii	<a href="#">Erfasste Verwertungsverträge insbesondere</a>	231
d	<a href="#">Zusammenfassung</a>	231
3	<a href="#">Exklusivität</a>	232
a	<a href="#">Ausgangslage</a>	232
b	<a href="#">Exklusivität gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	233
i	<a href="#">Maklervertragsrecht</a>	233
(1)	<a href="#">Exklusivität</a>	233
(2)	<a href="#">Reine Erfolgsprovision als Alternative</a>	234
(3)	<a href="#">Kombination von Exklusivität und reiner Erfolgsprovision</a>	235
(4)	<a href="#">Tätigkeitspflicht des Maklers bei Vereinbarung von Exklusivität</a>	236

ii	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	236
(1)	<a href="#">Exklusivität von Gesetzes wegen</a>	236
(2)	<a href="#">Provisionsanspruch des Rayonagenten</a>	238
(a)	<a href="#">Grundsatz</a>	238
(b)	<a href="#">Dispositivität</a>	239
(3)	<a href="#">Vereinbarung von Exklusivität</a>	241
(a)	<a href="#">Grundsatz</a>	241
(b)	<a href="#">Umfang vereinbarter Exklusivität in Zweifelsfällen</a>	242
(4)	<a href="#">Reine Erfolgsprovision als Alternative</a>	242
(5)	<a href="#">Kombination von Exklusivität und reiner Erfolgsprovision</a>	243
c	<a href="#">Exklusivität zur Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur</a>	243
i	<a href="#">Grundsatz</a>	243
ii	<a href="#">Grundlage der Exklusivität</a>	243
iii	<a href="#">Exklusivität und reine Erfolgsprovision</a>	244
iv	<a href="#">Grundlage der reinen Erfolgsprovision</a>	245
d	<a href="#">Zusammenfassung</a>	246
H	<a href="#">Gleichzeitige Vermarktung für mehrere Rechteinhaber</a>	248
I	<a href="#">Interessenlage</a>	248
II	<a href="#">Tätigkeit für mehrere Auftraggeber gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	249
1	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	249
2	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	250
III	<a href="#">Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber</a>	251
1	<a href="#">Grundsatz</a>	251
a	<a href="#">Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag</a>	251
b	<a href="#">Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag</a>	252
2	<a href="#">Vermittlungsvertragliche Regelung der Tätigkeit für mehrere Rechteinhaber</a>	254
IV	<a href="#">Zusammenfassung</a>	255
I	<a href="#">Dauer und Beendigung des Bezuges der Vermarktungsagentur</a>	257
I	<a href="#">Interessenlage</a>	257
II	<a href="#">Vertragsdauer und -beendigung gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	258
1	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	258
2	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	260
a	<a href="#">Ordentliche Beendigung</a>	260
b	<a href="#">Ausserordentliche Beendigung</a>	262
i	<a href="#">Grundsatz</a>	262
ii	<a href="#">Wichtiger Grund als Voraussetzung</a>	263
iii	<a href="#">Zwingender Charakter</a>	264
III	<a href="#">Dauer und die Beendigung des Vermittlungsvertrages</a>	266
1	<a href="#">Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag</a>	266
2	<a href="#">Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag</a>	267
a	<a href="#">Vorbemerkungen</a>	267
b	<a href="#">Bestimmte Laufzeit</a>	268
c	<a href="#">Unbestimmte Laufzeit</a>	268
d	<a href="#">Ausserordentliche Beendigung</a>	269
IV	<a href="#">Zusammenfassung</a>	271

J	<a href="#">Ertragssicherheit für den Rechteinhaber</a>	273
I	<a href="#">Ausgangslage</a>	273
II	<a href="#">Mindeste Erlösgarantie</a>	274
1	<a href="#">Im Allgemeinen</a>	274
a	<a href="#">Rechtliche Einordnung</a>	274
b	<a href="#">Garantie und Mäklervertrag</a>	276
i	<a href="#">Ausgangslage</a>	276
ii	<a href="#">Garantie als Nebenleistung</a>	277
iii	<a href="#">Garantie als Hauptleistung</a>	278
iv	<a href="#">Auswirkungen der Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf die Garantieverpflichtung</a>	279
(1)	<a href="#">Unwirksame Garantieverpflichtung</a>	279
(2)	<a href="#">Wirksame Garantieverpflichtung</a>	279
c	<a href="#">Garantie und Agenturvertrag</a>	281
i	<a href="#">Ausgangslage</a>	281
ii	<a href="#">Einordnung der Garantie als Nebenleistung</a>	281
iii	<a href="#">Garantie als atypische Leistung des Agenturvertrages</a>	281
iv	<a href="#">Auswirkungen der Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes</a>	283
2	<a href="#">Mindeste Erlösgarantie im Vermittlungsvertrag</a>	284
III	<a href="#">Recht zur Vertragsbeendigung</a>	286
1	<a href="#">Ausgangslage</a>	286
2	<a href="#">Vertragsbeendigung bei Nichterreichen eines Mindeste rlöses gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	286
a	<a href="#">Mäklervertragsrecht</a>	286
b	<a href="#">Agenturvertragsrecht</a>	288
i	<a href="#">Ausgangslage</a>	288
ii	<a href="#">Ordentliche Kündigung</a>	288
(1)	<a href="#">Zwingende Mindestkündigungsfristen</a>	288
(2)	<a href="#">Kündigungsparität</a>	289
(a)	<a href="#">Grundsatz</a>	289
(b)	<a href="#">Tragweite der Kündigungsparität</a>	289
(c)	<a href="#">Folgen für das Kündigungsrecht des Auftraggebers bei Nichterreichen eines Mindeste rlöses</a>	291
iii	<a href="#">Ausserordentliche Beendigung</a>	291
iv	<a href="#">Resolutive Bedingung als Alternative</a>	293
3	<a href="#">Recht zur Beendigung des Vermittlungsvertrages bei Nichterreichen eines Mindeste rlöses</a>	294
a	<a href="#">Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag</a>	294
b	<a href="#">Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag</a>	295
IV	<a href="#">Voraussetzung für das Verdienen der Vergütung</a>	296
1	<a href="#">Erreichen eines Mindeste rlöses als Vergütungsvoraussetzung gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen</a>	296
2	<a href="#">Vereinbarung eines Mindeste rlöses als Voraussetzung für das Verdienen der Vergütung der Vermarktungsagentur</a>	297
V	<a href="#">Zusammenfassung</a>	298

<b>§ 5 Fazit</b>	<b>301</b>
A Sportvermarktung	301
B Vermittlungsvertrag als Grundlage des Bezuges der Vermarktungsagentur	303
C Ausgewählte Inhalte des Vermittlungsvertrages	304
<b>Curriculum Vitae</b>	<b>311</b>

# Literaturverzeichnis

Wo nicht anders angegeben, werden die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke der Literatur anschliessend jeweils mit dem Nachnamen und, wo dies zu Unterscheidungszwecken erforderlich ist, zusätzlich mit dem Vornamen des Autors bzw. der Autorin angegeben.

- ALLEMANN RICHARD G./VON DER CRONE HANS CASPAR, M&A-Transaktionsberatung im Grenzbereich von Auftrag und Mäklervertrag, SZW 2018, S. 432 ff.
- AMSTUTZ MARC *et al.* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-BEARBEITER).
- ANTHAMATTEN-BÜCHI SYLVIA/STAUB ROGER/VASELLA DAVID, Sport & Immaterialgüterrecht, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. II, Bern 2018, S. 217 ff.
- ANTOGNAZZA GIAMPIERO, Voraussetzungen der Mäklerprovision, Diss., Zürich 1965.
- ARTER OLIVER/GUT EVA, Verantwortlichkeit des Veranstalters von Sportanlässen, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. II, Bern 2018, S. 19 ff.
- ARTER OLIVER/KLEINER JAN, Der Zuschauer im Sport, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. II, Bern 2018, S. 111 ff.
- BADDELEY MARGARETA, Gesellschaftsformen für Sportvereinigungen, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. I, Bern 2013, S. 99 ff.
- BAGUSAT ARIANE/HERMANN ARNOLD, Grundlagen des Sportsponsorings, in: Galli Albert/Elter Vera-Carina/Gömmel Rainer/Holzhäuser Wolfgang/Straub Wilfried, Sportmanagement, 2. Auflage, München 2012, S. 457 ff.
- BAIER JONATAN, Naming-Rights, Diss., Zürich/Basel/Genf 2011.
- BALLASCH ALEXANDER/KLIESCH JONAS, Sportliche Vermittlungs- und Agenturverträge unter dem Damoklesschwert des Handelsvertreterrechts, CaS 2015, S. 360 ff.
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1945 (zit. BK-BECKER).
- BERTI STEPHEN V., Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligation, Art. 127-142 OR, 3. Auflage, Zürich 2002 (zit. ZK-BERTI).
- BROGLE JEAN, Der Sport und seine Vermarktung im Absage- bzw. Verschiebungsmodus, CaS 2020, S. 142 ff.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER, AT).

- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER, BT).
- BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR, 3. Auflage, Zürich 2000 (zit. ZK-BÜHLER).
- BURKHALTER PETER, Kommentierung von Art. 412 bis 418 OR, in: Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft (Hrsg.), Maklerrecht in der Immobilienwirtschaft, Zürich 2005, S. 33 ff.
- BURNAND J.-C., Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle, Diss., Lausanne 1977.
- BUY FRÉDÉRIC/MARMAYOU JEAN-MICHEL/PORACCHIA DIDIER/RIZZO FABRICE, Droit du Sport, 5. Auflage, Issy-les-Moulineaux 2018.
- BUY FRÉDÉRIC, Négociations contractuelles, le couac des «droits marketing» du rugby, CDS 2/2005, S. 176 ff.
- CARRON MAXENCE, La qualification des contrats de services, ZSR 4/2020, S. 345 ff.
- CHERPILLOD IVAN, La fin des accords de distribution, in: Gilliéron Philippe/Ling Peter (Hrsg.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, S. 189 ff. (zit. CHERPILLOD, Fin).
- CHERPILLOD IVAN, La protection contre le marketing sauvage (ambush marketing), in: de Werra Jacques (Hrsg.), Sport et propriété intellectuelle/Sport and Intellectual Property, Genf/Zürich/Basel, 2010, S. 21 ff. (zit. CHERPILLOD, Protection).
- CIOCCA PHILIPPE, Les relations contractuelles entre un sportif professionnel et son représentant, Diss., Lausanne 1995.
- DE HALLER XAVIER, Le contrat de courtage, Diss., Bern 2019.
- DERENDINGER PETER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss., Freiburg 1988.
- Drescher Ingo/Fleischer Holger/Schmidt Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München 2021 (zit. MüKo HGB-BEARBEITER).
- DUVINAGE PETER, Die Verwertung der fernsehmässigen Sportrechte von Verbänden, Ligen und Vereinen durch Sportrechteagenturen war gestern – Eigenvermarktung ist heute!, in: Galli Albert/Elter Vera-Carina/Gömmel Rainer/Holzhäuser Wolfgang/Straub Wilfried, Sportmanagement, 2. Auflage, München 2012, S. 565 ff.
- ELTER VERA-CARINA, Verwertung medialer Rechte der Fussballunternehmen, Berlin 2003.
- ENGEL PHILIPP, Sponsoring im Sport, Diss., Zürich 2009.
- ENGEL PHILIPP/BÖSIGER MARKUS, Individual- und Eventsponsoring, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. I, Bern 2013, S. 213 ff.
- ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, 2. Auflage, Bern 2000 (zit. ENGEL PIERRE, Contrats).

- 
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Auflage, Bern 1997 (zit. ENGEL PIERRE, *Traité*).
- ENGLISCH JÖRG/BAGGER VON GRAFENSTEIN TIM, DFB, in: Stopper Martin/Lentze Gregor (Hrsg.), *Handbuch Fussball-Recht*, 2. Auflage, Berlin 2018, S. 587 ff.
- ENNECCERUS LUDWIG, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1889.
- FECHNER FRANK/ARNHOLD JOHANNES/BRODFÜHRER MICHAEL, *Sportrecht*, Tübingen 2014.
- FEINER ROGER, *Sportvermarktung – Wertepotenzial im Spannungsfeld von Wirtschaft, Medien, Verbandspolitik und Recht*, SpuRt 2002, S. 261 ff.
- FELLMANN WALTER, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag*, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK–FELLMANN).
- FINK JOEL, *Erfolgsbedingtheit als Typenmerkmal des Mäklervortrages? Gleichzeitig ein Beitrag zur Frage der Zulässigkeit von Provisionsgarantien*, ZBJV 2021, S. 252 ff.
- FRITZWEILER JOCHEN/PFISTER BERNHARD/SUMMERER THOMAS, *Praxishandbuch Sportrecht*, 4. Auflage, München 2020 (zit. BEARBEITER, PHB Sportrecht).
- GAUCH PETER, *Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge*, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme*, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 3 ff. (zit. GAUCH, *Vertragstypenrecht*).
- GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 6. Auflage, Zürich 2019 (zit. GAUCH, *Werkvertrag*).
- GAUCH PETER, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Freiburg 1968 (zit. GAUCH, *System*).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bd. II, 11. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 11. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020.
- GAUTSCHI GEORG, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag*, Art. 394–406 OR, 3. Auflage, Bern 1971 (zit. BK–GAUTSCHI [1971]).
- GAUTSCHI GEORG, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Mäklervortrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 407–424 OR, 2. Auflage, Bern 1964 (zit. BK–GAUTSCHI [1964]).
- GAUTSCHI GEORG, *Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragung*, SJZ 1958, S. 245 ff. (zit. GAUTSCHI, *Causa*).
- GEISSINGER BIRGIT, «Vorteil Agentur», *Verwertung von Rechten an Sportveranstaltungen aus der Sicht grosser Rechteevertmarker*, in: Fritzweiler Jochen (Hrsg.), *Sport-Marketing und Recht*, Basel 2003, S. 101 ff.

- GERLINGER MICHAEL, Clubs, in: Stopper Martin/Lentze Gregor (Hrsg.), Handbuch Fussball-Recht, 2. Auflage, Berlin 2018, S. 679 ff.
- GUGGENBÜHL ADOLF, Die Liegenschaftenmäklerei, Diss., Zürich 1951.
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER).
- GUROVITS ANDRÁS/STENCESCU VICTOR, Switzerland, in: Gurovits András (Hrsg.), The Sports Law Review, 4. Auflage, London 2019, S. 213 ff.
- GUROVITS KOHLI ANDRÁS, Organisation und Sponsoring von Sportanlässen, in: Honegger Peter/Gurovits Kohli András/Eisele Daniel (Hrsg.), Sport und Recht, Vermarktung und Organisation von Sportanlässen, Zürich 2006, S. 75 ff.
- Häublein Martin/Hoffmann-Theinert Roland (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar HGB, 35. Edition, Stand: 15. Januar 2022, München 2022 (zit. BeckOK HGB-BEARBEITER).
- HEERMANN PETER W., Fussball-Bundesliga und U.S.-amerikanische Major Leagues – Ein Vergleich aus kartellrechtlicher Perspektive, CaS 2017, S. 191 ff.
- Heizmann Reto/Loacker Leander D. (Hrsg.), UWG, Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. UWG Kom-BEARBEITER).
- Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITER).
- HILTY RETO M./VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H., Stellungnahme zur Anpassung des UWG: Ambush Marketing, sic! 2006, S. 702 ff.
- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Bd. VII, Halbbd. 6, Basel/Genf/München 2000 (zit. HOFSTETTER, SPR VII/6).
- HOLZHÄUSER FELIX/BAGGER TIM, Nachvertragliche Provisionsansprüche von Sportvermarktungsagenturen, SpuRt 2014, S. 222 ff.
- HOLZHÄUSER FELIX/KÖRNER MARKUS, Das Aus für Third-Party-Ownerships durch FIFA-Transfer-Richtlinien?, CaS 2009, S. 193 ff.
- HONEGGER PETER C./EISELE DANIEL, Praktische Überlegungen zum Fernsehvertrag für Sportanlässe von weltweiter Bedeutung, in: Nater Hans (Hrsg.), Sport und Recht: Vertragsgestaltung im Sport, Zürich 2004, S. 71 ff.
- Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KuKo OR-BEARBEITER).
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Auflage, Bern 2017.
- HÜGI THOMAS, Der Sportveranstalter als globaler Unternehmer und Vertragspartner, SpuRt 2003, S. 84 ff. (zit. HÜGI, Sportveranstalter).



- 
- HÜGI THOMAS, Quo Vadis Sportvermarktung?, CaS 2019, S. 125 ff. (zit. HÜGI, Quo Vadis Sportvermarktung).
- HÜGI THOMAS, Sportrecht, Bern 2015 (zit. HÜGI, Sportrecht).
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2019.
- JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973 (zit. ZK–JÄGGI PETER).
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Art. 18 OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN).
- JÄGGI VINCENT, Les actifs de la société sportive, Diss., Lausanne 2018.
- JENNY CHRISTIAN, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in: Scherrer Urs (Hrsg.), Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2. Auflage, Bern 2003, S. 23 ff.
- JENNY CHRISTIAN/SCHERRER URS, Raster: Sportlermanagementvertrag, in: Scherrer Urs (Hrsg.), Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2. Auflage, Bern 2003, S. 177 ff.
- Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (zit. SHK UWG–BEARBEITER).
- KLEIN JEAN-PHILIPPE, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 3. Auflage, Zürich 2020 (zit. ZK–KLEIN).
- KLEINER BEAT/LANDOLT KASPAR/GEMPERLI DOMINIQUE, Bankgarantie, 5. Auflage, Zürich 2016.
- KOLLER ALFRED, OR AT, 4. Auflage, Bern 2017.
- KÖRBER THOMAS C., SPONSORING, IN: ADOLPHSEN JENS/NOLTE MARTIN/LEHNER MICHAEL/GERLINGER MICHAEL (HRSG.), SPORTRECHT IN DER PRAXIS, STUTTGART 2011, S. 551 ff.
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 – 18 OR, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1, 2 und 18 OR, Bern 1986 (zit. BK–KRAMER [1986]).
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK–KRAMER [1991]).
- KRAMER ERNST A., Neues zur clausula rebus sic stantibus, SJZ 2014, S. 273 ff. (zit. KRAMER, clausula).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL, Auftragsrecht ohne Grenzen?, in: Belser Eva Maria/Pichonnaz Pascal/Stöckli Hubert, Le droit sans frontières, Bern 2022, S. 421 ff.

- KUHN BERND/LAU FLORIAN, Medienrechte, in: Stopper Martin/Lentze Gregor (Hrsg.), Handbuch Fussball-Recht, 2. Auflage, Berlin 2018, S. 51 ff.
- Kull Michael/Wildhaber Christoph (Hrsg.), Schweizer Vertriebsrecht, ein Handbuch für Praktiker, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BEARBEITER, Schweizer Vertriebsrecht).
- KULL MICHAEL/WILDHABER CHRISTOPH, Schweizer Vertriebsrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2012.
- KUPFER JAN/NEUSS JÖRG, Die Vermarktung von Fussballclubs im Lizenzfussball, KSzW 2013, S. 293 ff.
- LANGMACK HANS, Der Agenturvertrag, Diss., Zürich 1945.
- LEISS GERHARD HORST, Der Anspruch des Agenten auf Entschädigung für die Kundschaft in rechtsvergleichender Darstellung, Diss., Bern 1965.
- LENTZE GREGOR, Marketing-Rechte, in: Stopper Martin/Lentze Gregor (Hrsg.), Handbuch Fussball-Recht, 2. Auflage, Berlin 2018, S. 21 ff.
- MAIER HANS JAKOB, Das Handelsvertreterrecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Maier Hans Jakob/Meyer-Marsilius Hans Joachim/Regul Rudolf, Der Handelsvertreter in den Ländern der EWG und der EFTA, Baden-Baden 1976, S. 93 ff. (zit. MAIER, Deutschland).
- MAIER HANS JAKOB, Das Handelsvertreterrecht in der Schweiz, in: Maier Hans Jakob/Meyer-Marsilius Hans Joachim/Regul Rudolf, Der Handelsvertreter in den Ländern der EWG und der EFTA, Baden-Baden 1976, S. 333 ff. (zit. MAIER, Schweiz).
- MAIER HANS JAKOB/MEYER-MARSILIUS HANS JOACHIM, Der Agenturvertrag, 2. Auflage, Zürich 1981.
- MANOLI ARGYRO ELISAVET/HODGKINSON IAN R., Marketing outsourcing in the English Premier League: the rights holder/agency interface, European Sport Management Quarterly, Jahrgang 17 (2017), Ausgabe 4, S. 436 ff.
- MARQUIS CHRISTIAN, Le contrat de courtage immobilier et le salaire du courtier, Diss., Lausanne 1993.
- MIRFAKHRAEI KAVEH, les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive, Diss., Genf/Zürich/Basel, 2014.
- MORAND ANNE-SOPHIE, Chancen und Risiken im Sportsponsoring, in: Vasella Juana/Morand Anne-Sophie (Hrsg.), Werte im Recht – Das Recht als Wert, Zürich 2018, S. 216 ff.
- MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER CHRISTOPH).
- MÜLLER PAOLA, Die Vergabe von Namensrechten an Fussballstadien in der Schweiz, CaS 2006, S. 555 ff. (zit. MÜLLER PAOLA).
- MULLIN BERNARD J./HARDY STEPHEN/SUTTON WILLIAM A., Sport Marketing, 4. Auflage, Champaign, 2014.

- 
- NAFISSI SHERVINE, La tierce propriété des droits économiques dans le football professionnel («TPO»), Diss., Bern 2021.
- NASSE ROLAND F., Der Sportler und (s)ein Manager, SpuRt 1995, S. 113 ff.
- NETZLE STEPHAN, Sponsoring von Sportverbänden, Diss., Zürich 1987.
- NUFER GERD/CHERKEH RAINER/BANKE BERND, Ambush Marketing im Sport – eine interdisziplinäre Betrachtung, CaS 2012, S. 37 ff.
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184–418, 2. Auflage, Zürich 1936 (zit. ZK–OSER HUGO/SCHÖNENBERGER).
- OSTERWALDER SIMON, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, Diss., Bern 2004.
- PACHMANN THILO, Struktur und Governance des nationalen und internationalen Sportverbandswesens, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. I, Bern 2013, S. 19 ff.
- PAETZOLD VERONIKA, Vergleich des Handelsvertreterrechts Deutschland – Schweiz, 3. Auflage, Zürich 1990.
- PESTALOZZI HANS A., Die indirekte Stellvertretung, Diss., Zürich 1927.
- PFISTER BERNHARD, Der Managervertrag des Sportlers, in: Scherrer Urs (Hrsg.), Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2. Auflage, Bern 2003, S. 139 ff. (zit. PFISTER, Managervertrag).
- PFISTER BERNHARD, Vermarktung von Rechten durch Vertrag und Satzung, in: Fritzweiler Jochen (Hrsg.), Sport-Marketing und Recht, Basel 2003, S. 69 ff. (zit. PFISTER, Vermarktung).
- PIAGET EMMANUEL, Les règles du mandat face aux contrats innommés, Analyse conceptuelle et typologique du contrat de mandat, AJP 2005, S. 986 ff.
- PORTMANN WOLFGANG, Einseitige Optionsklauseln in Arbeitsverträgen von Fussballspielern – eine Beurteilung aus Sicht der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit im Sport, CaS 2006, S. 200 ff. (zit. PORTMANN, Optionsklauseln).
- PORTMANN WOLFGANG, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Zürich 1996 (zit. PORTMANN, subjektive Privatrechte).
- ROHLMANN PETER, Merchandising – Bestandteil von Markenführung und Kundenbindung im Sport, in: Galli Albert/Elter Vera-Carina/Gömmel Rainer/Holzhäuser Wolfgang/Straub Wilfried, Sportmanagement, 2. Auflage, München 2012, S. 521 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, S. 285 ff.
- SCHERRER URS, Auch der Sport steht still..., CaS 2020, S. 1 f. (zit. SCHERRER, Auch der Sport steht still).
- SCHERRER URS, Der Begriff des Veranstalters, in: Scherrer Urs/Zölch Franz A. (Hrsg.), Sportveranstaltungen – im Fokus von Recht und Wirtschaft, Zürich 2004, S. 50 ff. (zit. SCHERRER, Veranstalterbegriff).

- SCHERRER URS, Rechtliche Grundlagen des Sportler-Managements und der Sportler-Vermittlung, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. I, Bern 2013, S. 187 ff. (zit. SCHERRER, Sportler-Management).
- SCHERRER URS/MURESAN REMUS/LUDWIG KAI, Sportrecht, 3. Auflage, Zürich 2014.
- SCHLINDWEIN HERMANN, Die Praxis der Vertragsgestaltung, in: Dierker Herbert (Hrsg.), Vermarktungsrechte im Sport, Frankfurt am Main 1999, S. 61 ff. (zit. SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung).
- SCHLINDWEIN HERMANN, Die Vermarktung von Einzelsportlern, in: Galli Albert/Elter Vera-Carina/Gömmel Rainer/Holzhäuser Wolfgang/Straub Wilfried, Sportmanagement, 2. Auflage, München 2012, S. 619 ff. (zit. SCHLINDWEIN, Vermarktung).
- SCHLINDWEIN HERMANN, Vermarktbarere Rechte und ihre Träger, in: Fritzweiler Jochen (Hrsg.), Sport-Marketing und Recht, Basel 2003, S. 49 ff. (zit. SCHLINDWEIN, Rechte).
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017.
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, OR BT, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2021.
- SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsschlusses, Art. 23–31 OR, 2. Auflage, Bern 2013 (zit. BK-SCHMIDLIN).
- SCHULZE GÖTZ, Der Sportrechtevermarktungsvertrag als Gewinnabschöpfungsmodell bei Fussballvereinen in der Krise, in: Schulze Götz (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen im Profifussball, Baden-Baden 2016, S. 157 ff.
- SCHWEIGER WERNER, Der Mäklerlohn – Voraussetzungen und Bemessung, Diss., Zürich 1986.
- SCHWENZER INGEBOG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bern 2020.
- SCYBOZ GEORGES, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Bd. VII, Halbbd. 2, Basel/Stuttgart 1979, S. 1 f. (zit. SCYBOZ, SPR VII/2).
- STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b–355 OR, Art. 361–362 OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. ZK-STAEHELIN).
- STEINER MARCO, Doping – Privatrechtliche Erfassung und Sanktionierung in der Schweiz, in: Kleiner Jan / Baddeley Margareta / Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht, Bd. I, Bern 2013, S. 397 ff.
- STEINER ROLF, Das Gestaltungsrecht, Diss., Zürich 1984.
- STEINMANN THOMAS/PHILIPPE KENEL/BILLOTTE IMOGEN, Le contrat d'agence commerciale en Europe, Genf/Zürich/Basel 2005.

- 
- STOPPER MARTIN/KARLIN SIMON, Spielertransfers und Spielervermittlung, in: Stopper Martin/Lentze Gregor (Hrsg.), Handbuch Fussball-Recht, 2. Auflage, Berlin 2018, S. 695 ff.
- STRAUB RALF MICHAEL, Agenturvertrag, in: Münch Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, 3. Auflage, Basel 2018, S. 2231 ff.
- STREIFF MATTHIAS, Handkommentar zum Maklervertrag mit Fokus auf den Immobilienmakler, Wetzikon/Zürich 2009.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012.
- TÄNNLER HEINZ/HAUG TANJA, Kommerzielle Verwertung von Sportveranstaltungen, CaS 2007, S. 138 ff.
- TAUCHER JOSHUA RICHARD, Treuhändervinkulierung gemäss Art. 658d Abs. 2 OR, Diss., Zürich/St. Gallen 2020.
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Auflage, Zürich 2016.
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6. Auflage, Zürich 2019.
- THALER DANIEL, Ambush Marketing mit der UEFA EURO 2008TM – Eine Standortbestimmung, CaS 2008, S. 160 ff.
- Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–252 CO und Art. 253–529 CO, 3. Auflage, Basel 2021 (zit. CR CO I-BEARBEITER).
- THILO EMILE, Le contrat de courtage en immeubles et la rémunération du courtier, JdT 1949, S. 34 ff. und S. 66 ff.
- TURRETTINI PIERRE, Le contrat de courtage et le salaire du courtier, Diss., Genf 1952.
- UMBRICTH ROBERT P./GRETHNER FELIX, Handelsvertreterrecht in der Schweiz, in: Graf von Westphalen Friedrich (Hrsg.), Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz, Köln 1995, S. 1015 ff.
- VALLONI LUCIEN W./PACHMANN THILO, Sportrecht *in a nutshell*, Zürich/St. Gallen 2012.
- VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Diss., Zürich 2007.
- VETTER MEINRAD/GUTZWILLER ROMAN S., Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 2010, S. 699 ff.
- VISCHER MARKUS, Entscheidbesprechung Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_449/2019 vom 16. April 2020, A. gegen Bank B., Entschädigung im Falle der Verletzung einer Exklusivitätsklausel, AJP 2020, S. 1200 ff. (zit. VISCHER, Besprechung Urteil 4A\_449/2019).

- VISCHER MARKUS, Entscheidbesprechung Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_269/2017 vom 20. Dezember 2017 (zur Publikation bestimmt), A. und B. AG gegen C. AG, Auftrag, Erfolgshonorar, materiellrechtlicher Informationsanspruch des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber, AJP 2018, S. 517 ff. (zit. VISCHER, Besprechung Urteil 4A\_269/2017).
- VON APPEN JÖRG, Der Sport als handelbare Ware: Fussball, Fernsehen, Flaschenbier, in: Kainz Florian/Scherrer Urs/Werner Christian (Hrsg.), Sportfinanzierung und Sportwetten, Zürich 2012, S. 63 ff. (zit. VON APPEN, Sport als Ware).
- VON APPEN JÖRG, Hospitality Rechte, in: Stopper Martin/Lentze Gregor (Hrsg.), Handbuch Fussball-Recht, 2. Auflage, Berlin 2018, S. 139 ff. (zit. VON APPEN, Hospitality).
- VON APPEN JÖRG, Vermarktungsagenturen, in: Stopper Martin/Lentze Gregor (Hrsg.), Handbuch Fussball-Recht, 2. Auflage, Berlin 2018, S. 737 ff. (zit. VON APPEN, Vermarktungsagenturen).
- VON APPEN JÖRG, Zur Anwendbarkeit des § 627 BGB auf Vermarktungsverträge, CaS 2020, S. 311 ff. (zit. VON APPEN, Anwendbarkeit).
- VON APPEN JÖRG/LANIG KATHARINA, Die Vermarktungsagentur als Handelsvertreter – das dicke Ende kommt zum Schluss?, KSzW 2013, S. 229 ff.
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972.
- VON GRAFFENRIED CAROLINE, Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen, Diss., Bern 2019.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1979.
- WEBER ROLF H., Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990.
- WEISS ROBERT, Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag, Diss., Bern 1947.
- Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Auflage, Basel 2020 (zit. BSK OR I–BEARBEITER).
- WIDMER PETER, Rechtsfragen beim Vereinswechsel von Berufsfussballspielern, BJM 2002, S. 57 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Clausula rebus sic stantibus – Bemerkungen zu den Voraussetzungen ihrer Anwendung, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Bern 2005, S. 443 ff.
- WOLFER MARC, Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung «aus wichtigem Grund», AJP 2014, S. 621 ff.
- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. Auflage, Bern 2014 (zit. BK–ZÄCH/KÜNZLER).

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, *Droit du Sport*, Zürich 2002.

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO/DUBEY JEAN PHILIPPE/INFANTINO GIANNI, *De la titularité à la co-titularité des droits de télévision dans le sport*, *Medialex* 1999, S. 145 ff.

ZOGG SAMUEL, *Das Aussonderungsrecht nach Art. 401 OR – eine Neuordnung*, *AJP* 2020, S. 979 ff.

ZUFFEREY MATHIEU, *La représentation indirecte*, Diss., Genf/Zürich/Basel, 2018.

ZÜRCHER HANS ULRICH, *Der Provisionsanspruch des Agenten nach dem Bundesgesetz über den Agenturvertrag vom 4. Februar 1949*, Diss., Bern 1952.

# Materialienverzeichnis

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Agenturvertrag vom 27. November 1947, BBl 1947 III [S.] 661 ff. (zit. Botschaft Agenturvertrag).
- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 [S.] 1569 ff. (zit. Botschaft RTVG).
- DNACG, Rapport DNACG 2022, Économie du rugby français, comptes des clubs professionnels, saison 2020/2021, online abrufbar unter <[https://www.lnr.fr/sites/default/files/rapport\\_dnacg\\_2022.pdf](https://www.lnr.fr/sites/default/files/rapport_dnacg_2022.pdf)>, besucht am 5. Januar 2023 (zit. Rapport DNACG).
- ICC Advertising and Marketing Communications Code, 2018 Edition, online abrufbar unter <<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>>, besucht am 5. Januar 2023 (zit. ICC Advertising and Marketing Communications Code).
- UEFA, Reglement der UEFA Champions League, Zyklus 2021–24, Saison 2022/23, online abrufbar unter <<https://documents.uefa.com/r/Reglement-der-UEFA-Champions-League-2022/23-Online>>, besucht am 5. Januar 2023 (zit. Reglement der UEFA Champions League).
- UEFA, The European Club Footballing Landscape, Club Licensing Benchmarking Report, Living with the pandemic, online abrufbar unter <[https://editorial.uefa.com/resources/0272-145b03c04a9e-26dc16d0c545-1000/master\\_bm\\_high\\_res\\_20220203104923.pdf](https://editorial.uefa.com/resources/0272-145b03c04a9e-26dc16d0c545-1000/master_bm_high_res_20220203104923.pdf)>, besucht am 5. Januar 2023 (zit. UEFA Club Licensing Benchmarking Report).



# Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	(deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (in der amtlichen Sammlung publiziert)
BGer	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CaS	Causa Sport
CDS	Les Cahiers de Droit du Sport
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	<i>Code des Obligations</i> (gleichbedeutend mit OR)

CR	<i>Commentaire Romand</i>
DFL	Deutsche Fussball Liga
Diss.	Dissertation
DNACG	<i>Direction nationale d'aide et de contrôle de gestion</i> (Einrichtung der LNR und der FFR, verantwortlich für die Kontrolle der administrativen, finanziellen und rechtlichen Verwaltung der Clubs im französischen Rugby, die an den professionellen und landesweiten Meisterschaften teilnehmen)
E.	Erwägung
EFL	<i>English Football League</i> (Zusammenschluss von Sportclubs unter anderem zur Veranstaltung der Meisterschaften der zweit-, dritt- und vierthöchsten Spielklasse im englischen Vereinsfussball)
EHC	Eishockeyclub
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
EUR	Euro
f.	folgende [Seite/Note/Randziffer]
FC	Fussballclub (bzw. <i>Football Club</i> )
ff.	folgende [Seiten/Noten/Randziffern]
FFR	<i>Fédération française de rugby</i> (nationaler Dachverband im Rugby in Frankreich)
FIFA	<i>Fédération Internationale de Football Association</i> (Weltfussballverband)
FIS	<i>Fédération Internationale de Ski</i> (Dachverband für den internationalen Ski- und Snowboardsport)
Fn.	Fussnote
FRF	<i>Franc français</i>
GBP	<i>Pound Sterling</i>
GE	Genf
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HGB	(deutsches) Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>

---

i.V.m	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
JU	Kanton Jura
Kom	Kommentar
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KuKo	Kurzkommentar
LNR	<i>Ligue nationale de rugby</i> (Ligaverband, der die Meisterschaften der höchsten zwei Spielklassen im professionellen Rugby in Frankreich veranstaltet)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Medialex	Medialex: Zeitschrift für Kommunikationsrecht
MüKo	Münchener Kommentar
N	Note
NFL	<i>National Football League</i> (Liga im professionellen American Football in den USA)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PHB	Praxishandbuch
RFU	<i>Rugby Football Union</i> (nationaler Dachverband im Rugby in England)
RTVG	Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006 (SR 784.40)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SFL	<i>Swiss Football League</i> (Zusammenschluss der Sportclubs der obersten beiden Spielklassen im schweizerischen Klubfussball zur Veranstaltung der Meisterschaften in ebendiesen Spielklassen)
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SJ	La Semaine judiciaire

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SpuRt	Sport und Recht
SR	Systematische Rechtssammlung [Sammlung des Bundesrechts]
SWZ	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TPO	<i>Third Party Ownership</i>
UCI	<i>Union Cycliste Internationale</i> (weltweiter Dachverband des Radsports)
UEFA	<i>Union des Associations Européennes de Football</i> (europäischer Fussball-Dachverband)
USD	<i>United States Dollar</i>
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VD	Kanton Waadt
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
WTA	<i>Women's Tennis Association</i> (Verband der professionellen Tennisspielerinnen)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

# § 1 Einleitung

## A Ausgangslage

Der Sport ist längst nicht mehr nur Freizeitbetätigung zur körperlichen Er-  
tüchtigung.<sup>1</sup> Er ist ein eigentlicher Zweig der Unterhaltungsindustrie und ge-  
wichtiger wirtschaftlicher Faktor.<sup>2</sup> Entsprechend bietet er seinen Akteuren  
erhebliches ökonomisches Potential.<sup>3</sup> Je nach Sportart winken beispielsweise  
hohe Preisgelder oder Gagen. So erhielt jeder Spieler des Super Bowl-Siegers  
von 2022, der Los Angeles Rams, von der NFL eine Siegprämie von  
150'000 USD.<sup>4</sup> Die FIFA schüttete den teilnehmenden Landesverbänden der  
Fussball-Weltmeisterschaft der Herren in Katar 2022 insgesamt 440 Millionen  
USD aus, wovon allein der Sieger Argentinien 42 Millionen USD erhielt.<sup>5</sup> Sub-  
stantiell sind darüber hinaus beispielsweise Erlöse aus dem Verkauf von Fern-  
sehrechten, aus dem Sponsoring oder aus dem Marketing.<sup>6</sup> Die Tennisspielerin  
Naomi Osaka verdiente so von August 2018 bis August 2019 geschätzte  
24,3 Millionen USD.<sup>7</sup> Die *Premier League*<sup>8</sup> hat mit der Vergabe der Übertra-  
gungsrechte für die drei Saisons von 2019/2020 bis 2021/2022 insgesamt über  
10 Milliarden EUR realisiert.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> FEINER, S. 261; HÜGI, Sportveranstalter, S. 84.

<sup>2</sup> Vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 199; FEINER, S. 261.

<sup>3</sup> Vgl. FEINER, S. 261; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 199 f.

<sup>4</sup> <<https://www.marca.com/en/nfl/super-bowl/2022/02/10/62054ea7e2704e60a48b45b0.html>>, besucht am 5. Januar 2023.

<sup>5</sup> <<https://www.statista.com/statistics/1347401/prize-money-distribution-qatar-world-cup/>>, besucht am 5. Januar 2023.

<sup>6</sup> Vgl. FEINER, S. 261.

<sup>7</sup> BADENHAUSER KURT, The Highest-Paid Female Athletes 2019: Serena And Osaka Dominate, auf forbes.com am 6. August 2019, online abrufbar unter <<https://www.forbes.com/sites/kurtbadenhausen/2019/08/06/the-highest-paid-female-athletes-2019-serena-and-osaka-dominate/?sh=6deb8b722fcc>>, besucht am 5. Januar 2023.

<sup>8</sup> Die *Premier League* ist die oberste Spielklasse im englischen Männerfussball, siehe den Sachverhalt von Urteil des BGer 4A\_116/2016 vom 13. Dezember 2016; <<https://www.premierleague.com/history>>, besucht am 5. Januar 2023.

<sup>9</sup> UEFA Club Licensing Benchmarking Report, S. 91.

- 2 Mit der zunehmenden Ökonomisierung des Sports geht ein gesteigerter Kostendruck einher.<sup>10</sup> Nichts illustriert dies besser als die Ausgaben europäischer Fussballclubs. Löhne plus Transferzahlungen machen im Schnitt 91% des Umsatzes eines Clubs aus; allein auf die Löhne entfallen dabei durchschnittlich 56%.<sup>11</sup> Ebenso eindrücklich ist die Steigerung dieser Lohnsummen in der letzten Dekade: Sie beträgt über 50%. Diesem Wachstum der Spielersaläre konnte selbst die Corona-Pandemie ab 2020 nichts anhaben. Die europäischen Fussballclubs der höchsten nationalen Spielklassen wendeten während der Pandemie pro Woche 221 Millionen EUR für die Bezahlung ihrer Spieler auf, was einem Anstieg von 2% im Vergleich zu vorpandemischen Zeiten gleichkommt.<sup>12</sup> Ähnlich ist die Entwicklung beispielsweise in der höchsten Spielklasse im Rugby der Männer in Frankreich, der Top14, wo das durchschnittliche Vergütungsniveau der Spieler in den vergangenen Jahren um mehr als ein Drittel angewachsen ist.<sup>13</sup> Aber auch die Transfersummen, welche die Clubs für die Verpflichtung neuer Spieler aufwenden, sind heute massgeblich höher als noch vor zehn Jahren. So summierten sich die weltweiten Ausgaben für Transfers im Clubfussball der Männer im Jahr 2018 auf einen Spitzenwert von 7,03 Milliarden USD. Im Jahr 2011 waren es noch 2,9 Milliarden USD.<sup>14</sup> Im Hinblick auf derartige finanzielle Anforderungen sind Teilnehmer auf dem Sportmarkt gezwungen, das wirtschaftliche Potential des Sportes bestmöglich zu nutzen.<sup>15</sup> Professionelle Sportler und Sportvereinigungen haben sich vor diesem Hintergrund vom Amateurgedanken weg und hin zu gewinnorientiert agierenden Unternehmern und Unternehmen entwickelt.<sup>16</sup> Damit ist der Sport selbst zur wirtschaftlichen Tätigkeit geworden.<sup>17</sup>
- 3 Wichtiger Baustein der wirtschaftlichen Aktivität im Bereich des Sports ist die Vermarktung.<sup>18</sup> Vermarktet werden die sogenannten Sportrechte.<sup>19</sup> Dabei kann die Vermarktung auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen. Regelmässig

---

<sup>10</sup> HÜGI, Sportveranstalter, S. 84; vgl. auch BADDELEY, S. 100; und zur Kommerzialisierung des Sports SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 199 f.

<sup>11</sup> UEFA Club Licensing Benchmarking Report, S. 106.

<sup>12</sup> UEFA Club Licensing Benchmarking Report, S. 109.

<sup>13</sup> Rapport DNACG, S. 45.

<sup>14</sup> FIFA, Global Transfer Report 2021, online abrufbar unter <<https://digitalhub.fifa.com/m/2b542d3b011270f/original/FIFA-Global-Transfer-Report-2021-2022-indd.pdf>>, besucht am 5. Januar 2023, S. 8.

<sup>15</sup> HÜGI, Sportveranstalter, S. 84; vgl. ROHLMANN, S. 522.

<sup>16</sup> ROHLMANN, S. 522; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 199 f.

<sup>17</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 199 f.; GEISSINGER, S. 104.

<sup>18</sup> Vgl. KUPFER/NEUSS, S. 293; ROHLMANN, S. 522.

<sup>19</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 2.

---

werden hierfür spezialisierte Vermarktungsagenturen eingeschaltet.<sup>20</sup> Sie haben eine wichtige Rolle in der Vermarktung von Sport,<sup>21</sup> weil ihr Engagement die Erlöse von Akteuren des Sportes erheblich beeinflussen kann. So bieten Vermarktungsagenturen Akteuren des Sportes jene Expertise und Kompetenzen, die nötig sind, um den Wert der Sportrechte bestmöglich auszuschöpfen.<sup>22</sup>

Konkret sind Vermarktungsagenturen in ganz unterschiedlichen Funktionen für Akteure des Sportes tätig.<sup>23</sup> So kommt etwa die Beratung in Fragen der Kommerzialisierung vor.<sup>24</sup> Typisch und zentral ist sodann die Gewinnung von Partnern wie etwa Sponsoren.<sup>25</sup> Praktisch am relevantesten ist hierbei jene Konstellation, in der eine Vermarktungsagentur Verträge über Sportrechte zwischen einem Akteur des Sportes und solchen Partnern vermittelt.<sup>26</sup> Die Vermarktungsagentur vermarktet Sportrechte dann auf Grundlage eines sogenannten Vermittlungsvertrages für den jeweiligen Akteur des Sportes.<sup>27</sup>

4

---

<sup>20</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 360. Anzumerken ist, dass der Begriff der Vermarktungsagentur vorliegend untechnisch und rechtsformunabhängig verwendet wird.

<sup>21</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 1; MANOLI/HODGKINSON, S. 438.

<sup>22</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 1 f. und Rz. 5; MANOLI/HODGKINSON, S. 438.

<sup>23</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 27.

<sup>24</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 28.

<sup>25</sup> MANOLI/HODGKINSON, S. 438.

<sup>26</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 81; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN/LANIG, S. 230; SCHULZE, S. 161; NETZLE, S. 58; vgl. CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; KUPFER/NEUSS, S. 297; ELTER, S. 310.

<sup>27</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN/LANIG, S. 230.

## B Zielsetzung und Vorgehen

- 5 Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird die Sportvermarktung aus rechtlicher Sicht dargestellt. Es geht darum zu fragen, was unter Sportrechten und deren Vermarktung rechtlich überhaupt zu verstehen ist, nach welchen Modellen Sportrechte in der Praxis vermarktet werden und wie sich diese rechtlich charakterisieren und voneinander abgrenzen lassen. Speziell und ausführlich ist auf die in der Praxis wichtigste Rolle von Vermarktungsagenturen – nämlich jene als Vermittlerinnen – und den Vermittlungsvertrag ([Rz. 4](#)) als Grundlage dieses Vermarktungsmodells einzugehen. Zu klären ist, wie der Vermittlungsvertrag rechtlich einzuordnen ist. Anschliessend wird dargelegt, was aufgrund dieser Rechtsnatur für die Beziehung von Akteuren des Sportes und Vermarktungsagenturen gilt: Es sind ausgewählte, zentrale Inhalte des Vermittlungsvertrages aufzuzeigen. Sowohl die Qualifikation als auch die darauf aufbauende Darstellung zum Inhalt des Vermittlungsvertrages bedingen, dass die dogmatischen Grundlagen zur jeweiligen Thematik klar sind. Deshalb soll mit vorliegenden Ausführungen zugleich dort ein Beitrag zum einschlägigen Vertragstypenrecht geleistet werden, wo Problemkreise noch nicht schlüssig bearbeitet sind.
- 6 Für die Erörterung der ausgewählten Inhalte des Vermittlungsvertrages wurde ein besonderer Ansatz gewählt: Es wird jeweils von den Interessen von Akteuren des Sportes und Vermarktungsagenturen ausgegangen, welche in Zusammenhang mit dem Beizug einer Vermarktungsagentur als Vermittlerin von besonderer Relevanz sind. Daran anschliessend ist zu ermitteln, was im jeweiligen Kontext von Gesetzes wegen gilt und was deshalb anlässlich der vertraglichen Regelung im konkreten Fall berücksichtigt werden muss. Das Ziel dieser Arbeit ist es, den Vermittlungsvertrag in seinem grundsätzlichen, interessengeborenen Gehalt und unter Einbezug der Möglichkeiten zur vertraglichen Regelung zu analysieren und zu strukturieren.



## C Aufbau

Konkret ergibt das zu Zielsetzung und Vorgehen Gesagte (Rz. 5 f.) für den Aufbau der Arbeit, dass zuerst (Rz. 11 ff.) die Sportvermarktung rechtlich eingeordnet wird. Das erfordert, die grundlegenden Begriffe der Sportvermarktung zu klären. Es stellt sich einerseits die Frage, wer unter den Begriff der Akteure des Sportes zu fassen ist, die mit Vermarktungsagenturen zusammenarbeiten (Rz. 13 ff.). Andererseits ist für das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen unerlässlich, die Sportrechte als Gegenstand der Vermarktung (Rz. 20 ff.), deren Inhaberschaft (Rz. 34) und die Art und Weise ihrer Vermarktung (Rz. 61 ff.) darzustellen. Letzteres umfasst die Eigenvermarktung (Rz. 65 f.) und die Fremdvermarktung (Rz. 67 ff.) ebenso wie die Unterscheidung zwischen zentraler und dezentraler Vermarktung (Rz. 140 ff.).

7

Weiter (Rz. 141 ff.) wird auf die Rolle der Vermarktungsagenturen als Vermittlerinnen eingegangen. Im Zentrum steht der Vermittlungsvertrag, der diesfalls zwischen einer Vermarktungsagentur und einem Akteur des Sportes besteht. Dieser ist, um die einschlägigen Bestimmungen zu ermitteln, zu qualifizieren (Rz. 144 ff.). Und sodann ist, jeweils ausgehend von den Interessen von Akteuren des Sports und Vermarktungsagenturen im Rahmen ihrer Zusammenarbeit, der Inhalt des Vermittlungsvertrages zu diskutieren (Rz. 215 ff.). Nach einigen einleitenden Bemerkungen (Rz. 215 ff.) geht es hierbei um:

8

- die Tätigkeit der Vermarktungsagentur (Rz. 220ff.);
- die Kontrolle über die Vermarktung durch die Vermarktungsagentur (Rz. 225ff.);
- die Rolle der Akteure des Sportes in der ausgelagerten Vermarktung (Rz. 260ff.);
- die Rahmenbedingungen der Vermarktung (Rz. 274ff.);
- die Vergütung der Vermarktungsagentur (Rz. 351ff.);
- die gleichzeitige Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Akteure des Sportes (Rz. 501ff.);
- die Dauer und die Beendigung des Vermittlungsvertrages (Rz. 519ff.); sowie
- die Umsetzung von Ertragsicherheit für den Rechteinhaber (Rz. 551ff.).

Beschlossen wird die vorliegende Arbeit mit einem Fazit (Rz. 610).

9

## **D Anmerkung zur Berücksichtigung von (ausländischer) Literatur und Rechtsprechung**

- 10 Die Sportvermarktung als Erscheinung der Wirtschaftsrealität ist nicht an die Grenzen und Begrifflichkeiten nationaler Rechtsordnungen gebunden. Deshalb bietet es sich an, ausländische Literatur und Rechtsprechung zu berücksichtigen, um faktische Gegebenheiten in der Vermarktung von Sport aufzuzeigen. Umfassende rechtsvergleichende Ausführungen zu den besprochenen Aspekten der Sportvermarktung sind im Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch nicht beabsichtigt. Vielmehr beschränken sich die rechtlichen Erörterungen prinzipiell auf das schweizerische Recht. Dabei wurden Literatur, Rechtsprechung und Materialien bis zum 5. Januar 2023 berücksichtigt.

## § 2 Die Sportvermarktung

### A Begriff und Ziel der Vermarktung im Allgemeinen

Ganz allgemein wird mit Vermarktung das Anbieten von Produkten, Dienstleistungen oder Ähnlichem am Markt bezeichnet.<sup>28</sup> Insofern umfasst sie eine Vielzahl von absatzgerichteten Aktivitäten.<sup>29</sup> In der Sache handelt es sich bei der Vermarktung um ein Instrument der Wertschöpfung.<sup>30</sup> Auf den Sport bezogen meint Wertschöpfung, dass dessen ökonomisches Potential (bestmöglich) aktiviert wird.<sup>31</sup> Im Zentrum stehen dabei verschiedene Rechte von Akteuren des Sportes (eben die «Sportrechte»; dazu [Rz. 20 ff.](#)), die sich kommerziell verwerten lassen.<sup>32</sup> Praktisch erfolgt die Realisierung des Wertes der Sportrechte, indem ein Akteur des Sportes einem Dritten vertraglich die Nutzung solcher Rechte überlässt.<sup>33</sup> Dafür erhält er im Gegenzug eine Vergütung oder eine andere geldwerte Leistung.<sup>34</sup> Die entgeltliche Nutzung von

11

---

<sup>28</sup> <https://www.dwds.de/wb/Vermarktung>; <https://www.duden.de/rechtschreibung/vermarkten>, beide besucht am 5. Januar 2023.

<sup>29</sup> <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/marketing-39435>, besucht am 5. Januar 2023. In einem weiteren Sinne ist Vermarktung «*the activity, set of institutions, and processes for creating, communicating, delivering, and exchanging offerings that have value for customers, clients, partners, and society at large*» (<https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>) [Hervorhebung hinzugefügt], besucht am 5. Januar 2023).

<sup>30</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 1.

<sup>31</sup> Vgl. HÜGI, Sportveranstalter, S. 84; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 2.

<sup>32</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 315 und S. 365; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 1; vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 624; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 1 f. und Rz. 7 ff.; STOPPER, Rz. 1.

<sup>33</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 268 f.; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 2 und 5; vgl. BALLASCH/KLIESCH, S. 360; KUPFER/NEUSS, S. 294; PFISTER, Vermarktung, S. 71; DUVINAGE, S. 572; SCHLINDWEIN, Rechte, S. 51. Damit ist zugleich gesagt, dass es im Folgenden nicht mehr um Preisgelder und Gagen ([Rz. 1](#)) gehen wird. Das ist Einkommen, das Akteure des Sportes unmittelbar mit ihrer sportlichen Aktivität erzielen.

<sup>34</sup> PFISTER, Vermarktung, S. 71; SCHLINDWEIN, Rechte, S. 51; vgl. KUPFER/NEUSS, S. 294.

Sportrechten durch den Vertragspartner des Akteurs des Sportes ist schliesslich zugleich die eigentliche Verwertung dieser Rechte.<sup>35</sup>

- 12 Unter Sportvermarktung sind die Bestrebungen zu verstehen, die darauf zielen, Sportrechte der Verwertung zuzuführen.<sup>36</sup> Denn das sind im Ergebnis jene Aktivitäten, die den Absatz von Angeboten aus dem Sport zum Gegenstand haben. Damit verbunden stellt sich indes die Frage, was unter den erwähnten ([Rz. 11](#)) Sportrechten überhaupt zu verstehen ist. Zu beginnen ist jedoch mit einer kurzen Einordnung der Akteure des Sportes, denen ebendiese Rechte zustehen (können).

---

<sup>35</sup> Vgl. zur Rechteverwertung als Nutzung von Sportrechten SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 269; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 2; und zum nutzenden Dritten als Verwerter DUVINAGE, S. 568.

<sup>36</sup> Vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 269; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; KUPFER/NEUSS, S. 294; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 1; PFISTER, Vermarktung, S. 71.

## B Akteure des Sportes

### I Ausgangslage

In Zusammenhang mit der Sportvermarktung werden typischerweise verschiedene Akteure des Sportes genannt, deren Rechte zur Verwertung gelangen:<sup>37</sup> die einzelnen Sportler jeglichen Geschlechts,<sup>38</sup> die Sportorganisationen und die Sportveranstalter.<sup>39</sup> Während der Begriff des Sportlers keiner weiteren Erläuterung bedarf,<sup>40</sup> erfolgen zu jenem der Sportorganisation ebenso wie zu jenem des Sportveranstalters an dieser Stelle einige Präzisierungen.

13

## II Sportorganisationen insbesondere

### 1 Erfasste Akteure

Als Sportorganisationen werden jene Akteure des Sportes bezeichnet,<sup>41</sup> die als Organisation in irgendeiner Form in die Gestaltung und Durchführung des

14

---

<sup>37</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29; siehe zu den Akteuren des Sports FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 1 Rz. 10 ff.; oder PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 61.

<sup>38</sup> So etwa bei SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29; HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 1 f.; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 1; DERSELBE, Anwendbarkeit, S. 311; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 61; ausführlich SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 620; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 1 Rz. 10 ff.; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; vgl. LENTZE, Rz. 1.

<sup>39</sup> Siehe etwa VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 1; DERSELBE, Anwendbarkeit, S. 311; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 61; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 2; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 222; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29; PFISTER, Vermarktung, S. 72; VON APPEN/LANIG, S. 229; LENTZE, Rz. 1; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 1; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 257 ff.; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; MORAND, S. 217; ELTER, S. 164 und S. 305 ff.; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 75 ff.; KUPFER/NEUSS, S. 293 f.; SCHULZE, S. 157; GEISSINGER, S. 107; GERLINGER, Rz. 11 ff.; KUHN/LAU, Rz. 25; DUVINAGE, S. 566; TÄNNLER/HAUG, S. 139.

<sup>40</sup> Sportler sind Menschen, die aktiv Sport betreiben (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Dudenredaktion (Hrsg.), 8. Auflage, Berlin 2015, S. 1660).

<sup>41</sup> HÜGI, Sportrecht, § 1 Rz. 7; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313.

Sportes bzw. des Sportbetriebes involviert sind.<sup>42</sup> Es handelt sich insbesondere um (untechnisch verstandene) Sportvereine (zur Terminologie [Rz. 17](#)) und -Verbände.<sup>43</sup> Sportvereine sind jene Organisationen, die mit ihren Teams respektive deren Sportler an sportlichen Wettkämpfen teilnehmen.<sup>44</sup> Die Sportler wiederum sind ihren Sportvereinen mitgliedschaftlich angeschlossen oder auch arbeitsvertraglich verbunden.<sup>45</sup> Teilweise werden Sportvereine auch als Sportclubs bezeichnet.<sup>46</sup>

- 15 Verbände stehen strukturell über den Sportvereinen.<sup>47</sup> Sie sind Zusammenschlüsse zur Organisation des Sports und seines Betriebes genauso wie zur Interessenvertretung.<sup>48</sup> Typischerweise wird zwischen nationalen und internationalen Verbänden unterschieden.<sup>49</sup> Auf nationaler Ebene kommen zudem regionale Verbände auf der Stufe zwischen den Sportclubs und den nationalen Verbänden vor.<sup>50</sup> Während in den nationalen Sportverbänden einer Sportart die Sportvereine oder die regionalen Verbände eines Landes zusammengeschlossen sind,<sup>51</sup> gehören die nationalen Verbände eines Kontinents auf internationaler Ebene ihrerseits dem jeweiligen kontinentalen Verband ihrer Sport-

---

<sup>42</sup> Vgl. VALLONI/PACHMANN, S. 35 ff.; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 270 f., die den Begriff der Sportvereinigung als Sammelbegriff verwenden; ebenso BADDELEY, S. 99; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 1 Rz. 15 ff.; HÜGI, Sportrecht, § 1 Rz. 7.

<sup>43</sup> HÜGI, Sportrecht, § 1 Rz. 7; vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313; DUVINAGE, S. 566.

<sup>44</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 1 Rz. 15; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 322.

<sup>45</sup> VALLONI/PACHMANN, S. 35; vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313; und für die mitglied-schaftliche Zugehörigkeit auch HÜGI, Sportrecht, § 8 Rz. 8.

<sup>46</sup> WIDMER PETER, S. 57; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 322; HÜGI, Sportrecht, § 1 Rz. 7.

<sup>47</sup> PACHMANN, S. 25; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313; HÜGI, Sportrecht, § 8 Rz. 9; VALLONI/PACHMANN, S. 35 f. Verbände sind in der Schweiz faktisch immer Vereine im Sinne des ZGB (SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 321).

<sup>48</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313; ARTER/GUT, S. 27; vgl. FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 1 Rz. 17.

<sup>49</sup> Im Ergebnis WIDMER PETER, S. 57; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 1 Rz. 17; PACHMANN, S. 25; VALLONI/PACHMANN, S. 35 f.; HÜGI, Sportrecht, § 8 Rz. 9.

<sup>50</sup> VALLONI/PACHMANN, S. 36; PACHMANN, S. 25; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313; HÜGI, Sportrecht, § 8 Rz. 9.

<sup>51</sup> Für Sportclubs oder regionale Verbände PACHMANN, S. 25; HÜGI, Sportrecht, § 8 Rz. 9; und VALLONI/PACHMANN, S. 35 f.; allein für Sportclubs WIDMER PETER, S. 57; und allein für regio-nale Verbände SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313.

art an. Letzterer ist dem globalen Verband der jeweiligen Sportart untergeordnet.<sup>52</sup> Diese Organisationsstruktur wird auch als Pyramidenmodell bezeichnet.<sup>53</sup>

Eine Besonderheit sind die sogenannten Ligen oder Ligaverbände. Hierbei handelt es sich um Sportorganisationen ([Rz. 14 f.](#)),<sup>54</sup> welche spezifisch die Durchführung von Meisterschaften zur Aufgabe haben.<sup>55</sup> Ein Beispiel ist die *Swiss Football League* (SFL). Als Zusammenschluss der Fussballclubs der obersten zwei Spielklassen im Clubfussball der Männer (der *Super League* und der *Challenge League*) zeichnet sie sich für die Durchführung der Meisterschaften in ebendiesen Spielklassen verantwortlich.<sup>56</sup>

16

## 2 Anmerkung zur Bezeichnung als Sportverein

Im Kontext der Sportorganisationen war bereits von den Sportvereinen die Rede ([Rz. 14](#)). Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass damit nicht zwingend ein Verein im Rechtssinne gemeint sein muss.<sup>57</sup> Schweizerische Sportorganisationen können zwar sehr wohl als Verein im Sinne des ZGB organisiert sein.<sup>58</sup> Mittlerweile sind aber viele «Sportvereine» Kapitalgesellschaften.<sup>59</sup> Für die Fussballclubs der *Super League*, der obersten Spielklasse im Männerfussball in

17

<sup>52</sup> PACHMANN, S. 25; VALLONI/PACHMANN, S. 35 f.; HÜGI, Sportrecht, § 8 Rz. 9; vgl. WIDMER PETER, S. 57; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 313.

<sup>53</sup> Vgl. PACHMANN, S. 25; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 117; VALLONI/PACHMANN, S. 35; WIDMER PETER, S. 57, m.w.H.; STOPPER, Rz. 3; HÜGI, Sportrecht, § 8 Rz. 7.

<sup>54</sup> Deren Rechtskleid kann durchaus variieren. So ist die SFL ein Verein (<https://www.sfl.ch/sfl-organisation/>, besucht am 5. Januar 2023). Die National League hingegen, die die höchste Spielklasse im Schweizer Eishockey der Männer organisiert, ist eine Aktiengesellschaft (<https://www.nationalleague.ch/page/organisation/>, besucht am 5. Januar 2023).

<sup>55</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 333; siehe zur DFL als Veranstalterin der 1. und 2. Bundesliga im Fussball in Deutschland KUPFER/NEUSS, S. 293.

<sup>56</sup> <https://www.sfl.ch/sfl-organisation/>, besucht am 5. Januar 2023. In England veranstaltet die *English Football League* (EFL) die Fussball-Meisterschaften der Männer der zweiten, dritten und vierten Spielklasse, nämlich die *Championship*, die *League One* und die *League Two* (<https://www.efl.com/clubs-and-competitions/>, besucht am 5. Januar 2023).

<sup>57</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 2. September 2015 zum Postulat 15.3660, online abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153660>, besucht am 5. Januar 2023.

<sup>58</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 270 f.; ARTER/GUT, S. 26.

<sup>59</sup> HÜGI, Sportveranstalter, S. 85; DERSELBE, Sportrecht, § 1 Rz. 7; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 306; ARTER/GUT, S. 26; für den Begriff der Kapitalgesellschaft SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 306; und siehe zur Rechtsform von Sportorganisationen allgemein auch BADDELEY, S. 99 ff.

der Schweiz, ist die Rechtsform der Aktiengesellschaft gar als Lizenzvoraussetzung vorgeschrieben.<sup>60</sup> Im Kontext der Organisation des Sports kann es sich mithin auch um einen in anderer Rechtsform organisierten Akteur handeln, wenn dieser als Sportverein bezeichnet wird. Entscheidend ist, dass dieser Sportverein als Sportorganisation im Sportbetrieb dergestalt engagiert ist, dass von ihm gestellte Teams oder ihm angeschlossene Einzelsportler an sportlichen Wettkämpfen teilnehmen ([Rz. 14](#)).

### III Sportveranstalter insbesondere

- 18 Besonders zu erwähnen sind schliesslich die Sportveranstalter. Sportveranstalter ist, wer ein Sportereignis anbietet.<sup>61</sup> Das Sportereignis seinerseits ist ein Anlass, an dem sportliche Wettkämpfe stattfinden.<sup>62</sup> Dabei kann es sich um Einzelveranstaltungen oder um eigentliche Meisterschaften handeln.<sup>63</sup> Veranstalter von Sportereignissen können insbesondere Sportvereine, Verbände oder Ligen sein.<sup>64</sup> Das zeigt sich exemplarisch an den Ligaverbänden ([Rz. 16](#)). Zum einen sind sie Zusammenschlüsse von Akteuren des Sportes (und also Sportorganisationen; [Rz. 14 f.](#)), zum anderen führen sie Meisterschaften durch, veranstalten also ein Sportereignis. Sportorganisation und Sportveranstalter sind damit nicht etwa als sich gegenseitig ausschliessende Begriffe zu verstehen. Und zuletzt ist die Veranstaltereigenschaft auch nicht von der Rechtsform des Anbieters eines Sportereignisses abhängig.<sup>65</sup>

### IV Zusammenfassung

- 19 Nach dem Gesagten ([Rz. 13 ff.](#)) sind Akteure des Sportes Sportler, Sportorganisationen sowie Sportveranstalter. Unter Sportorganisationen werden Sportvereine und -verbände verstanden. Sportvereinen sind die einzelnen Sportler angegliedert, die allein oder in Teams an sportlichen Wettkämpfen teilnehmen ([Rz. 14](#)). Zu beachten ist, dass die Bezeichnung als Sportverein nicht mit der

---

<sup>60</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 306; HÜGI, Sportveranstalter, S. 85.

<sup>61</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 319; HÜGI, Sportveranstalter, S. 84; DERSELBE, Sportrecht, § 6 Rz. 1; siehe zum Begriff des Sportveranstalters im Einzelnen ARTER/GUT, S. 23; ARTER/KLEINER JAN, S. 116 ff.; SCHERRER, Veranstalterbegriff, S. 54 f.; je m.w.H.

<sup>62</sup> HÜGI, Sportrecht, § 6 Rz. 1; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 320.

<sup>63</sup> SCHERRER, Veranstalterbegriff, S. 52.

<sup>64</sup> HÜGI, Sportveranstalter, S. 84; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 319; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 10; vgl. DUVINAGE, S. 573 f.

<sup>65</sup> SCHERRER, Veranstalterbegriff, S. 53; ARTER/GUT, S. 23 und S. 26; vgl. auch ARTER/KLEINER JAN, S. 121.



Rechtsform des Vereins gemäss ZGB gleichzusetzen ist. Sportvereine können alle möglichen Rechtsformen aufweisen ([Rz. 17](#)). Verbände sind Zusammenschlüsse von Sportvereinen oder Verbänden, die die Organisation und Durchführung des Sportbetriebes zur Aufgabe haben. Zudem widmen sie sich der Interessenvertretung. Im sogenannten Pyramidenmodell der Organisation des Sportes stehen die Sportvereine über den Sportlern, aber unter ihren regionalen und nationalen Verbänden. Die nationalen Verbände wiederum sind kontinentalen Verbänden untergeordnet, die ihrerseits einem globalen Verband angehören ([Rz. 15](#)). Sportveranstalter ist schliesslich, wer ein Sportereignis anbietet. Das können (müssen aber nicht) Sportorganisationen sein. Sportorganisation und Sportveranstalter sind demnach keine komplementären Begriffe ([Rz. 18](#)).

# C Sportrechte im Allgemeinen

## I Begriff

- 20 Geht es um den Gegenstand der Sportvermarktung, sind jeweils die Sportrechte angesprochen ([Rz. 11 f.](#)). Hervorzuheben ist, dass Sportrechte in diesem Sinne keine juristisch definierte Kategorie von Rechten darstellen.<sup>66</sup> Was unter den Begriff fällt, beurteilt sich vielmehr anhand nichtjuristischer Kriterien. Es geht nämlich, wenn von Sportrechten die Rede ist, um Positionen von Akteuren des Sportes, die sich verwerten lassen (zur Verwertung [Rz. 11](#)).<sup>67</sup> Sie zeichnen sich also durch ihre Werthaltigkeit für den jeweiligen Akteur des Sportes aus. Zwar kann die rechtliche Fundierung dieser Positionen im Einzelnen sehr unterschiedlich ausfallen (dazu [Rz. 36 ff.](#)).<sup>68</sup> Dennoch werden sie regelmässig unter dem Begriff der Sportrechte zusammengefasst.<sup>69</sup>

## II Rechtsgrundlage

### 1 Ausgangslage

- 21 Sportrechten als verwertbaren und *ergo* werthaltigen Positionen von Akteuren des Sportes ([Rz. 20](#)) ist eines gemein: Diese Werthaltigkeit besteht dann, wenn ein Akteur des Sportes über eine rechtlich geschützte Alleinstellung verfügt.<sup>70</sup> Eine Position verfügt mit anderen Worten wirtschaftlich gerade deshalb über einen besonderen Wert, weil andere sie grundsätzlich nicht verwerten dür-

---

<sup>66</sup> Vgl. nur SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 315; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 1 und §§ 14 ff.

<sup>67</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 624; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 4; STOPPER, Rz. 1.

<sup>68</sup> Vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 268 und S. 315; ebenso zum deutschen Recht etwa SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 624; DERSELBE, Rechte, S. 56 f.; oder FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 4 f.

<sup>69</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 315; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 4; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 624.

<sup>70</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 625; DERSELBE, Rechte, S. 52 ff.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 62; vgl. FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 5.

fen<sup>71</sup>. Diese rechtlich geschützte Ausschliesslichkeit zeichnet alle Positionen aus, die unter den Begriff der Sportrechte subsumiert werden. Zur rechtlichen Grundlegung dieser Ausschliesslichkeit lässt sich nun ergänzen, was folgt.

## 2 Absolute Rechte

Die «Befugnis, ein Rechtsgut in jeder oder in bestimmter Hinsicht zu beherrschen, unter Ausschluß aller andern, was die Pflicht jedes andern einschließt, diese Herrschaft nicht zu stören»,<sup>72</sup> vermitteln die sogenannten absoluten Rechte.<sup>73</sup> Sie verschaffen ihrem Inhaber also eine rechtlich geschützte Alleinstellung,<sup>74</sup> die *erga omnes* wirkt.<sup>75</sup> Der Berechtigte kann jeden anderen von der Verwertung seiner durch ein absolutes Recht geschützten Position ausschliessen.<sup>76</sup> Das begründet ohne weiteres die Werthaltigkeit einer durch ein absolutes Recht geschützten Position (Rz. 21).<sup>77</sup> Zu den absoluten Rechten zählen die dinglichen Rechte, die Persönlichkeitsrechte und die Immaterialgüterrechte.<sup>78</sup> Gerade solche absoluten Rechte sind es sodann auch, die in der Literatur typi-

22

<sup>71</sup> Vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 62; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 5; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 625; DERSELBE, Rechte, S. 53 f.; PAEPKE JÜRGEN/BLASK HOLGER, DFL, in: Stopper Martin/Lentze Gregor (Hrsg.), Handbuch Fussball-Recht, 2. Auflage, Berlin 2018, S. 627 ff., Rz. 8.

<sup>72</sup> ZK-JÄGGI PETER, N 81 Vorb. vor Art. 1.

<sup>73</sup> ZK-JÄGGI PETER, N 81 Vorb. vor Art. 1; ENGEL PIERRE, Traité, S. 16 f.; siehe zu den absoluten Rechten auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 17 f.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 126; HUGUENIN, Rz. 86 f.; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 261 f. Einleitung in das OR; ZK-BERTI, N 23 zu Art. 127; GUHL/KOLLER, § 2 Rz. 3 und Rz. 7; BUCHER, AT, S. 31 f.; BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97.

<sup>74</sup> So auch SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 625 f.; DERSELBE, Rechte, S. 54 f.; je zum deutschen Recht.

<sup>75</sup> ENGEL PIERRE, Traité, S. 16; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 60 und Rz. 64; VON GRAFFENRIED, Rz. 100.

<sup>76</sup> ZK-JÄGGI PETER, N 81 Vorb. vor Art. 1; vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 17 f.; HUGUENIN, Rz. 86 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.06; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 261 f. Einleitung in das OR; ZK-BERTI, N 23 zu Art. 127; GUHL/KOLLER, § 2 Rz. 7; BUCHER, AT, S. 32; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 126.

<sup>77</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 625 f.; DERSELBE, Rechte, S. 54 f.; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 5; je zum deutschen Recht.

<sup>78</sup> BUCHER, AT, S. 33; PORTMANN, subjektive Privatrechte, Rz. 218; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.06; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 17; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 262 Einleitung in das OR; ZK-JÄGGI PETER, N 81 Vorb. vor Art. 1; ZK-BERTI, N 23 zu Art. 127; GUHL/KOLLER, § 2 Rz. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 61 ff.; STEINER ROLF, S. 9; siehe auch HUGUENIN, Rz. 87 und Rz. 90, die das Namensrecht zusammen mit den Firmenrechten aber als eigenständige Kategorie der absoluten Rechte («andere absolute Rechte») aufführt; weitergehend ENGEL PIERRE, Traité, S. 17, der Rechte, welche Macht über Personen vermitteln (wie die elterliche Sorge) als vierte Kategorie der absoluten Rechte auffasst.

scherweise als Grundlagen der Sportrechte angeführt werden (dazu [Rz. 36 ff.](#)). Zu nennen sind hier etwa das Persönlichkeitsrecht, das Urheberrecht und das Eigentumsrecht.<sup>79</sup>

### 3 Relative Rechte

#### a Im Allgemeinen

- 23 Im Gegensatz zu absoluten Rechten mit Wirkung *erga omnes* ([Rz. 22](#)) sind jene Rechte, die bloss gegenüber bestimmten Personen wirken, sogenannten relative Rechte.<sup>80</sup> Sie beruhen stets auf einem Schuldverhältnis im weiteren Sinne als Sonderbeziehung zwischen bestimmten Personen.<sup>81</sup> Aus diesem Schuldverhältnis kann sich für die daran beteiligten Personen durchaus eine Vielzahl von Rechten und Pflichten ergeben.<sup>82</sup> Wirksam sind jene Rechte und Pflichten aber lediglich zwischen den an diesem Schuldverhältnis Beteiligten,<sup>83</sup> sie gelten nur *inter partes*.<sup>84</sup> Namentlich Verträge sind typische Quelle relativer Rechte.<sup>85</sup> Vertragliche Rechte – ebenso wie Pflichten – binden damit grundsätzlich bloss die Vertragsparteien.<sup>86</sup> Nicht am Schuldverhältnis beteiligten Dritten gegenüber sind sie entsprechend nicht durchsetzbar.<sup>87</sup>

---

<sup>79</sup> Vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 268 f. und S. 315; und im deutschen Recht etwa SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 626; DERSELBE, Rechte, S. 56 f.; oder FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 5.

<sup>80</sup> PORTMANN, subjektive Privatrechte, Rz. 108; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 16; HUGUENIN, Rz. 88; ENGEL PIERRE, Traité, S. 18; BUCHER, AT, S. 31 f.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 125; STEINER ROLF, S. 9; vgl. ZK-JÄGGI PETER, N 82 Vorb. vor Art. 1; GUHL/KOLLER, § 2 Rz. 3 f.; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 261 Einleitung in das OR; BK-KRAMER [1986], N 46 Allgemeine Einleitung; VON GRAFFENRIED, Rz. 83; BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97.

<sup>81</sup> BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97; vgl. HUGUENIN, Rz. 88; ZK-JÄGGI PETER, N 61 Vorb. vor Art. 1; GUHL/KOLLER, § 2 Rz. 3.

<sup>82</sup> BK-KRAMER [1986], N 36 Allgemeine Einleitung; HUGUENIN, Rz. 40; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.03.

<sup>83</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.06; vgl. HUGUENIN, Rz. 88 und Rz. 91; VON GRAFFENRIED, Rz. 83 und Rz. 101; ZK-BERTI, N 15 zu Art. 127; ZK-JÄGGI PETER, N 61 Vorb. vor Art. 1; BK-KRAMER [1986], N 44 Allgemeine Einleitung; BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97.

<sup>84</sup> VON GRAFFENRIED, Rz. 83.

<sup>85</sup> BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97; im Ergebnis SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.04 und Rz. 4.06; VON GRAFFENRIED, Rz. 99 und Rz. 101.

<sup>86</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.06 f.; VON GRAFFENRIED, Rz. 83; BUCHER, AT, S. 107; vgl. GUHL/KOLLER, § 2 Rz. 4 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 16; HUGUENIN, Rz. 91; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 261 Einleitung in das OR; ZK-JÄGGI PETER, N 61 Vorb. vor Art. 1; BK-KRAMER [1986], N 46 und N 49 Allgemeine Einleitung; BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97.

<sup>87</sup> BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97; CR CO I-THÉVENOZ, N 42 zu Art. 97; GUHL/KOLLER, § 2 Rz. 4; vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.07; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 16; HUGUENIN,

## **b Vermarktungsmöglichkeiten aufgrund relativer Rechte**

### *i Grundsatz*

Da relative Rechte nur für die am Schuldverhältnis beteiligten Personen gelten (Rz. 23), fehlt deren Inhabern eine umfassend rechtliche geschützte Alleinstellung. Dritte können nicht *a priori* von der Verwertung der durch ein relatives Recht erfassten Position ausgeschlossen werden. Eine solche Position ist deshalb nicht *per se* werthaltig (Rz. 21). Mit SCHLINDWEIN ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich auch über relative Rechte rechtlich geschützte Alleinstellungen schaffen lassen. Sportrechte können demnach vertraglich begründet sein.<sup>88</sup>

24

### *ii Ausnahme eins: Vertragliche Einräumung von Ausschliesslichkeit*

Eine erste Möglichkeit, über einen Vertrag eine rechtlich geschützte Alleinstellung zu schaffen, ist die folgende: Ein Akteur des Sportes kann seinem Vertragspartner versprechen, keinem anderen Dritten dieselben Rechte einzuräumen, wie er sie seinem Vertragspartner eingeräumt hat.<sup>89</sup> Als Beispiel nennt SCHLINDWEIN die Verpflichtung eines Sportlers, Autogrammstunden ausschliesslich für seinen Vertragspartner durchzuführen. Als Konsequenz dieser vertraglich versprochenen Exklusivität ist der Sportler gehalten, keine Autogrammstunden für andere als diesen einen Vertragspartner abzuhalten.<sup>90</sup> Spiegelbildlich kommt dem Vertragspartner des Sportlers das Recht zu, sich auf die vertraglich vereinbarte Ausschliesslichkeit zu berufen, sollte der Sportler trotzdem in gleicher Weise für Dritte aktiv werden. Als vertraglich begründetes (und damit relatives) Recht wirkt selbiges zwar nur zwischen dem Sportler und seinem Vertragspartner. Das bedeutet, dass der Vertragspartner nicht gegen Dritte vorgehen kann, für die der Sportler vertragswidrig Autogrammstunden durchführt (Rz. 23). Doch kann sich der Vertragspartner dem Sportler gegenüber immerhin auf die vereinbarte Ausschliesslichkeit (und damit sein

25

Rz. 91; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 261 Einleitung in das OR; ZK-JÄGGI PETER, N 61 Vorb. vor Art. 1; BK-KRAMER [1986], N 44 Allgemeine Einleitung; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 125.

<sup>88</sup> SCHLINDWEIN, Rechte, S. 54 und S. 58 f.; DERSELBE, Vermarktung, S. 625; je zum deutschen Recht.

<sup>89</sup> Vgl. ENGEL PHILIPP, S. 141 ff.; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 16; CHK-NETZLE, N 41 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 232; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 36; LENTZE, Rz. 7 und Rz. 36.

<sup>90</sup> SCHLINDWEIN, Rechte, S. 54; DERSELBE, Vermarktung, S. 625.

relatives Recht) berufen. Ausschliesslichkeit wird hier also erst geschaffen, indem sich der Akteur des Sportes dazu verpflichtet.<sup>91</sup> Dritte werden nur indirekt, nämlich über die vertragliche Bindung des Sportlers, von der Verwertung derselben Position ausgeschlossen.<sup>92</sup>

iii *Ausnahme zwei: Verwendung einer vertraglichen Beziehung an sich*

(1) Ausgangslage

- 26 Rechtlich geschützte Alleinstellungen sind in Zusammenhang mit vertraglichen Beziehungen ausserdem in einer zweiten Hinsicht denkbar. Ein Akteur des Sportes kann seinen Vertragspartner dazu berechtigen, ihre vertragliche Beziehung kommunikativ zu nutzen. SCHLINDWEIN nennt als Beispiel das einem Vertragspartner gewährte Recht, sich gegenüber Dritten als «Ausrüster» eines Sportlers zu bezeichnen.<sup>93</sup> Unter dem Ausrüster wird dabei derjenige verstanden, der einem Akteur des Sportes Ausrüstungsgegenstände, vor allem (Sport)Geräte und (Sport)Bekleidung, zur Verfügung stellt.<sup>94</sup> In der Praxis wird Vertragspartnern von Akteuren des Sportes entsprechend ihrer jeweiligen Vertragsbeziehung mitunter ebenso erlaubt, in ihrer Aussendarstellung als «Partner von»<sup>95</sup> oder als «offizieller Sponsor»<sup>96</sup> aufzutreten.<sup>97</sup> Auch dieses Recht wird vertraglich eingeräumt, wirkt an sich also nur zwischen den Vertragsparteien (Rz. 23).<sup>98</sup> Es vermittelt insbesondere keine drittwirksame, rechtlich geschützte Alleinstellung.<sup>99</sup> Trotz grundsätzlicher Relativität dieses Rechtes ist indes allenfalls ein Vorgehen gegen Dritte möglich, die in ihrem

---

<sup>91</sup> Vgl. zum Ganzen SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 625, zum deutschen Recht; in diesem Sinne auch ENGEL PHILIPP, S. 141; ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 233; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 16; und im deutschen Recht etwa LENTZE, Rz. 7; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 36.

<sup>92</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 625; vgl. DERSELBE, Rechte, S. 54; je zum deutschen Recht.

<sup>93</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 625, zum deutschen Recht.

<sup>94</sup> LENTZE, Rz. 7; CHK-NETZLE, N 10 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; ENGEL PHILIPP, S. 160; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 50; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 35; vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 97; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 9.

<sup>95</sup> VON APPEN, Sport als Ware, S. 69.

<sup>96</sup> HILTY/VON DER CRONE/WEBER, S. 704; HÜGI, Sportveranstalter, S. 86.

<sup>97</sup> Vgl. VON APPEN, Sport als Ware, S. 69; HÜGI, Sportveranstalter, S. 86; HILTY/VON DER CRONE/WEBER, S. 704.

<sup>98</sup> Im Ergebnis SCHLINDWEIN, Rechte, S. 59; zum deutschen Recht.

<sup>99</sup> Diese Alleinstellung ist jedoch entscheidend für die Werthaltigkeit einer Position (Rz. 21).

Auftreten eine Vertragsbeziehung zum Akteur des Sportes suggerieren, ohne dass eine solche tatsächlich besteht. In Frage kommt ein Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht.<sup>100</sup>

## (2) Ambush Marketing und seine lauterkeitsrechtliche Erfassung

Fälle, in denen ein Dritter tatsachenwidrig vorgibt, in einer vertraglichen Beziehung zu einem Akteur des Sportes zu stehen, werden dem *Ambush Marketing* zugerechnet.<sup>101</sup> *Ambush Marketing* bezeichnet Verhaltensweisen bzw. Werbemaßnahmen, mit denen der Werbewert eines Akteurs des Sportes oder einer Sportveranstaltung genutzt werden soll, indem eine Assoziation zu diesem Akteur des Sportes oder der Sportveranstaltung hergestellt wird, ohne dass der jeweilige Akteur des Sportes damit einverstanden ist.<sup>102</sup>

*Ambush Marketing* ist grundsätzlich nicht unzulässig.<sup>103</sup> Vielmehr muss im konkreten Fall ermittelt werden, ob das betreffende Verhalten lauterkeitsrechtlich verpönt ist oder nicht. Nach Art. 2 UWG ist «[u]nlauter und widerrechtlich [...] jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst». Sodann listet Art. 3 Abs. 1 UWG eine Reihe von Verhaltensweisen auf, die von Gesetzes wegen als unlauter gelten. So handelt nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG namentlich unlauter, wer «über [...] seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender

<sup>100</sup> CHK-NETZLE, N 63 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HILTY/VON DER CRONE/WEBER, S. 703 und S. 707; CHERPILLOD, Protection, S. 32; vgl. SHK UWG-JUNG, N 21 und N 57 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; UWG Kom-BLATTMANN, N 203 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; BSK UWG-BERGER, N 19 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; siehe auch Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (102/10), in: Medialex 2010, S. 177.

<sup>101</sup> CHK-NETZLE, N 63 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; NUFER/CHEKHEH/BANKE, S. 38; vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 33; HILTY/VON DER CRONE/WEBER, S. 707; SHK UWG-JUNG, N 21 und N 57 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; UWG Kom-BLATTMANN, N 203 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; BSK UWG-BERGER, N 19 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 71; THALER, S. 162; siehe auch Art. B4 ICC Advertising and Marketing Communications Code, S. 24.

<sup>102</sup> Vgl. VALLONI/PACHMANN, S. 120; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 33; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 71; THALER, S. 162; CHK-NETZLE, N 63 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; BSK UWG-BERGER, N 19 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; UWG Kom-BLATTMANN, N 203 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; NUFER/CHEKHEH/BANKE, S. 42; CHERPILLOD, Protection, S. 32.

<sup>103</sup> THALER, S. 162, m.w.H.; VALLONI/PACHMANN, S. 120 f.; vgl. MORAND, S. 228.

Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt». <sup>104</sup> Unter die Geschäftsverhältnisse im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG werden ihrerseits unter anderem die rechtlichen Beziehungen mit Dritten subsumiert. <sup>105</sup> Dabei handelt es sich insbesondere um solche vertraglicher Art. <sup>106</sup>

- 29 Verwendet ein Dritter in seiner Aussendarstellung Bezeichnungen wie «Ausrüster», «Partner» oder «offizieller Sponsor», impliziert er eine entsprechende vertragliche Beziehung zum Akteur des Sportes. <sup>107</sup> Besteht eine solche Vertragsbeziehung jedoch in Wahrheit nicht, ist die Verwendung der entsprechenden Termini durch den Dritten gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG als unlauter zu werten. <sup>108</sup>
- 30 Die Rechtsfolgen dergestalt unlauteren Handelns richten sich nach Art. 9 ff. UWG. <sup>109</sup> Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a und b UWG kann derjenige, der durch unlauteres Verhalten in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, <sup>110</sup> dem Gericht beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (lit. a) oder eine bestehende Verletzung zu beseitigen (lit. b). <sup>111</sup> Akteure des Sportes und ihre Vertragspartner verfügen gegenüber Dritten, die tatsachenwidrig vorgeben, in einer vertraglichen Beziehung zu ebenjenem Akteur des Sportes

---

<sup>104</sup> Ausführlich zu dieser Bestimmung und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen BSK UWG-BERGER, N 3 und N 14 ff. zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; SHK UWG-JUNG, N 1 und N 17 ff. zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; UWG Kom-BLATTMANN, N 1 ff. zu Art. 3 Abs. 1 lit. b.

<sup>105</sup> UWG Kom-BLATTMANN, N 199 und N 203 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; vgl. BSK UWG-BERGER, N 128 f. zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; SHK UWG-JUNG, N 57 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b.

<sup>106</sup> CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, N 36 zu Art. 3 UWG; HILTY/VON DER CRONE/WEBER, S. 707; siehe auch die Beispiele bei SHK UWG-JUNG, N 57 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b.

<sup>107</sup> HILTY/VON DER CRONE/WEBER, S. 707; SHK UWG-JUNG, N 57 und Fn. 274 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; in diesem Sinne Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (102/10), in: *Medialex* 2010, S. 177.

<sup>108</sup> HILTY/VON DER CRONE/WEBER, S. 703 und S. 707; Beschluss der Lauterkeitskommission vom 17. März 2010 (102/10), in: *Medialex* 2010, S. 177; CHERPILLOD, *Protection*, S. 32, m.w.H.; vgl. CHK-NETZLE, N 63 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; SHK UWG-JUNG, N 21 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b.

<sup>109</sup> UWG Kom-BLATTMANN, N 212 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b; SHK UWG-JUNG, N 87 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b.

<sup>110</sup> Siehe zur Aktivlegitimation etwa BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, N 4 ff. zu Art. 9; UWG Kom-DOMEJ, N 3 ff. zu Art. 9; SHK UWG-SPITZ, N 8 ff. zu Art. 9; CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, N 8 ff. zu Art. 9 UWG.

<sup>111</sup> Siehe zum Unterlassungsanspruch nach lit. a CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, N 14 zu Art. 9 UWG; SHK UWG-SPITZ, N 60 ff. zu Art. 9; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, N 14 ff. zu Art. 9; UWG Kom-DOMEJ, N 10 ff. zu Art. 9; und zum Beseitigungsanspruch nach lit. b von Art. 9 Abs. 1 UWG CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, N 15 zu Art. 9 UWG; SHK UWG-SPITZ, N 71 ff. zu Art. 9; UWG Kom-DOMEJ, N 19 ff. zu Art. 9; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, N 38 ff. zu Art. 9.



zu stehen, *ergo* über die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach Art. 9 Abs. 1 lit. a und b UWG. Akteure des Sports und ihre Vertragspartner können das entsprechende Verhalten Dritter mithin gestützt auf Lauterkeitsrecht verhindern bzw. unterbinden.<sup>112</sup>

### (3) Werthaltigkeit relativer Berechtigungen aufgrund des Lauterkeitsrechts

Hat ein Akteur des Sportes einen seiner Vertragspartner berechtigt, sich dieser Vertragsbeziehung in der Kommunikation mit Dritten zu bedienen, so stellt ebendiese Berechtigung, wie bereits gesagt ([Rz. 26](#)), ein relatives Recht dar. Doch handeln Dritte, die nicht in einer entsprechenden Vertragsbeziehung zum Akteur des Sportes stehen, unlauter, wenn sie dennoch eine derartige Position zu verwerten suchen, indem sie sich selbst als Vertragspartner darstellen ([Rz. 28 ff.](#)).<sup>113</sup>

Kurz: Das tatsachenwidrige Suggestieren einer Vertragsbeziehung zum Akteur des Sportes lässt sich *qua* Lauterkeitsrecht verhindern. So vermittelt das Lauterkeitsrecht den tatsächlich an einer entsprechenden Vertragsbeziehung Beteiligten eine rechtlich geschützte Alleinstellung. Dritte, die nicht Vertragspartner des Akteurs des Sportes sind, sind lauterkeitsrechtlich von der Verwertung der Stellung als solcher ausgeschlossen. Konsequenterweise stellt die Möglichkeit des Akteurs des Sportes, Verträge einzugehen, die der jeweilige Vertragspartner dann in seiner Kommunikation verwenden darf, vor dem Hintergrund des Lauterkeitsrechtes eine werthaltige Position dar.<sup>114</sup>

## III Zusammenfassung

Die Ausführungen zu den Sportrechten im Allgemeinen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Sportrechte sind keine juristisch bestimmte Kategorie von Rechten. Vielmehr werden unter den Oberbegriff der Sportrechte verwertbare und werthaltige Positionen von Akteuren des Sportes gefasst. Deren rechtliche Grundlegung kann variieren ([Rz. 20](#)). Entscheidend ist die rechtlich geschützte Alleinstellung, die es dem Berechtigten erlaubt, Dritte von der Verwertung einer solchen Positionen auszuschließen ([Rz. 21](#)). Diese Ausschlusswirkung haben vorab absolute Rechte der Akteure des Sportes ([Rz. 22](#)). Zu nennen sind etwa dingliche Rechte, Persönlichkeitsrechte oder Immaterialgü-

<sup>112</sup> Siehe auch SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 625, zum deutschen Recht.

<sup>113</sup> SCHLINDWEIN, S. 625; DERSELBE, Rechte, S. 59; je zum deutschen Recht.

<sup>114</sup> So im Ergebnis auch SCHLINDWEIN, S. 625; DERSELBE, Rechte, S. 59; je zum deutschen Recht.

terrechte. Ausschliesslichkeit kann aber auch auf einer rein relativen Berechtigung beruhen. Einerseits können sich Akteure des Sportes vertraglich zur Ausschliesslichkeit verpflichten ([Rz. 25](#)). Und andererseits stellt das Lauterkeitsrecht die Instrumente zur Verfügung, um Dritte davon abzuhalten, die Stellung als Vertragspartner von Akteuren des Sportes zu verwerten, sollte eine entsprechende vertragliche Beziehung gar nicht bestehen ([Rz. 26 ff.](#)).

## D Rechteinhaberschaft

Bevor im Einzelnen auf die Sportrechte eingegangen wird, ist kurz die Rechteinhaberschaft zu thematisieren. Dafür ist zu beachten, dass allen vorerwähnten (Rz. 13 ff.) Akteuren des Sports gemein ist, dass sie in den Sportbetrieb involviert sind. Gemeinsam schaffen sie das Produkt «Sport».<sup>115</sup> Diese Akteure sind es folglich auch, denen üblicherweise die mit dem Sportbetrieb zusammenhängenden rechtlich geschützten Alleinstellungen (Rz. 20 f.) an erster Stelle zukommen.<sup>116</sup> Sie verfügen damit originär über die werthaltigen Positionen, die sich in Zusammenhang mit dem Sport bieten. Kurz: Sportler, Sportorganisationen und Sportveranstalter sind die originären Rechteinhaber im Sport.<sup>117</sup>

34

Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht jeder Akteur des Sportes in jedem Fall über Sportrechte jeder Kategorie verfügen muss. Vielmehr stellt sich immer die Frage, inwiefern sich ein Akteur des Sportes tatsächlich auf eine rechtlich geschützte Alleinstellung berufen kann. Nur wenn er überhaupt Inhaber jenes Rechtes ist, das im Einzelfall die erforderliche Alleinstellung vermittelt (dazu Rz. 36 ff.), ist er auch Inhaber des bezüglichen Sportrechtes. Und daraus folgt schliesslich, dass sich die originäre Rechteinhaberschaft an einem Sportrecht nach der Zuordnung seiner rechtlichen Grundlagen richtet.<sup>118</sup>

35

---

<sup>115</sup> Vgl. HÜGI, Sportrecht, § 1 Rz. 7 und § 6 Rz. 1.

<sup>116</sup> Vgl. für die Rechteinhaberschaft SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 268 f. und S. 315.

<sup>117</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29 f. und 268 f.; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 2; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 5 und Rz. 6; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; GEISSINGER, S. 105; HÜGI, *Quo Vadis Sportvermarktung*, S. 132; DERSELBE, Sportrecht, § 13 Rz. 4 und Rz. 7; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; VON APPEN/LANIG, S. 229; SCHULZE, S. 158; GERLINGER, Rz. 11 f.; DUVINAGE, S. 567; vgl. PFISTER, Vermarktung, S. 71.

<sup>118</sup> Vgl. OSTERWALDER, S. 61, m.w.H. und S. 83; SCHLINDWEIN, Rechte, S. 63 f., zum deutschen Recht.

## E Die einzelnen Sportrechte

### I Vorbemerkung: Zur Kategorisierung der Sportrechte

- 36 Im Schrifttum werden die Sportrechte – die zufolge rechtlich geschützter Alleinstellung werthaltigen Positionen von Akteuren des Sportes ([Rz. 34](#)) – in mehrere Kategorien eingeteilt. Ausschlaggebend ist dabei nicht die rechtliche Fundierung eines Sportrechtes. Vielmehr wird darauf abgestellt, welcher Nutzung die jeweiligen Positionen typischerweise zugeführt werden, um sie zu verwerten ([Rz. 11](#)).<sup>119</sup> Die Kategorisierung folgt also vielmehr ökonomischen denn rechtlichen Kriterien. Im Einzelnen unterscheidet die Lehre zwischen Medienrechten, Zugangsrechten und Marketingrechten.<sup>120</sup> Teilweise werden überdies die Transferrechte (dazu [Rz. 55 ff.](#)) zu den Sportrechten gezählt.<sup>121</sup>
- 37 Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass für Sportorganisationen wie Vereine oder Verbände ([Rz. 14](#)) insbesondere die mediale Nutzung von Sport, der Zugang zu Sportveranstaltungen (namentlich das Ticketing oder *Hospitality*-Angebote) sowie Marketingaktivitäten wie Sponsoring, Werbung, Merchandising und Licensing von Bedeutung sind. Damit generieren sie vorrangig ihre Einnahmen.<sup>122</sup> Das gilt beispielsweise für die europäischen Fussballclubs, aber ebenso für die Teams der höchsten zwei Spielklassen im Rugby in Frank-

---

<sup>119</sup> Vgl. FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 4. Die Kategorisierung ist jedoch nicht immer einheitlich (vgl. etwa HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 1).

<sup>120</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 1; vgl. DERSELBE, Sportveranstalter, S. 86 f.; VON APPEN, Sport als Ware, S. 64; DERSELBE, Vermarktungsagenturen, Rz. 6 ff. und Rz. 30 ff.; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 7 bis 15; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 315; ELTER, S. 22.

<sup>121</sup> So etwa bei HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 1; ELTER, S. 22; anders FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 7 ff., die die Transferrechte im Rahmen der vermarktbareren Rechte im Sport nicht aufführen.

<sup>122</sup> MULLIN/HARDY/SUTTON, S. 42 und S. 180; HÜGI, Sportveranstalter, S. 85; VON APPEN, Sport als Ware, S. 64; SUMMERER, PHB Sportrecht, Kapitel 3 Rz. 124 ff.; HEERMANN, S. 199; für die wichtigsten Einnahmequellen von Sportverbänden GUROVITS KOHLI, S. 98; und für jene von Sportlern HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 1.

reich oder für die englische RFU.<sup>123</sup> Hinzu kommen als Einnahmequelle vor allem für Fussballclubs Transferzahlungen.<sup>124</sup> Für Einzelsportler ist in wirtschaftlicher Hinsicht das Sponsoring von herausragendem Wert.<sup>125</sup> Zudem sind sie häufig in der Werbung aktiv.<sup>126</sup> Und schliesslich bieten ihnen *Merchandising* und *Licensing* wiederholt Einkommensquellen.<sup>127</sup> Für Sportler stehen folglich Marketingaktivitäten klar im Vordergrund.<sup>128</sup>

Die in der sportrechtlichen Literatur vorgenommene Kategorisierung der Vermarktungsmöglichkeiten nach ihrer Realisierung in der Praxis (Rz. 36) bedeutet im Ergebnis, dass die Kategorien von Sportrechten im Wesentlichen den verschiedenen Umsatzquellen von Akteuren des Sportes entsprechen: Medien, Zugang, Marketing und Transfers (Rz. 37).

38

<sup>123</sup> Für die europäischen Fussballclubs UEFA, Club Licensing Benchmarking Report, Financial Year 2018, S. 66 f.; VON APPEN, Sport als Ware, S. 64; HÜGI, Sportveranstalter, S. 85; für das professionelle Rugby in Frankreich Rapport DNACC, S. 32 f.; und für die RFU der RFU Annual Report 2021, online abrufbar unter <<https://www.englandrugby.com/dxdam/83/83fa24b1-cb28-4702-b4a9-06c8740e67fd/Annual-report-2021.pdf>>, besucht am 5. Januar 2023, S. 83.

<sup>124</sup> VON APPEN, Sport als Ware, S. 73; HÜGI, Sportrecht, § 17 Rz. 1; siehe dazu auch FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 50; UEFA, Club Licensing Benchmarking Report, Financial Year 2018, S. 66 und ausführlich S. 93 ff.; STOPPER/KARLIN, Rz. 4.

<sup>125</sup> HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 1; SCHLINDWEIN, S. 620; siehe dazu auch FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 7 ff. und Rz. 32 ff.

<sup>126</sup> Siehe zum Werbewert von Sportlern auf Instagram BRÄUER SEBASTIAN, Instagram-Werbung: Schweizer Sportler können sich vor Anfragen kaum retten, auf nzzas.nzz.ch am 7. Dezember 2019, <<https://nzzas.nzz.ch/sport/instagram-werbung-warum-schweizer-sportler-so-beliebt-sind-ld.1527014>>, besucht am 5. Januar 2023. Der Fussballer Cristiano Ronaldo soll allein durch Werbung in Posts auf Instagram jährliche Einnahmen von 47 Millionen EUR erzielen (a.a.O.).

<sup>127</sup> In diesem Sinne FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 8. Beispielhaft sei hier die Zusammenarbeit des Basketballers Michael Jordan mit dem Sportartikelhersteller Nike ab den 80er Jahren des letzten Jahrtausends genannt (JOHNSON ROY S., The Jordan Effect, Fortune 1998, Ausgabe 12, S. 124 ff.).

<sup>128</sup> Für die bereits in der Einleitung (Rz. 1) erwähnte Naomi Osaka betrug der betreffende Anteil am geschätzten Gesamteinkommen von 55,2 Millionen USD in den 12 Monaten bis Mai 2022 über 90% (BADENHAUSER KURT, Highest-Paid Female Athletes 2021: Osaka and Serena Ace the Competition, auf sportico.com am 24. August 2021, online abrufbar unter <<https://www.sportico.com/personalities/athletes/2021/highest-paid-female-athletes-2021-osaka-serena-biles-rapinoe-1234637631/>>, besucht am 5. Januar 2023). Noch eindrücklicher ist diese Verteilung bei Roger Federer, einem ehemaligen Tennisspieler aus der Schweiz, der in der letzten Saison seiner Karriere (2021/2022) praktisch seine gesamten Einkünfte mit Aktivitäten neben dem Platz erzielt hat (<<https://www.forbes.com/profile/roger-federer/?list=athletes&sh=1bbe924a14ba>>, besucht am 5. Januar 2023).

## II Medienrechte

### 1 Grundsatz

- 39 Von Medienrechten ist die Rede, wenn rechtlich geschützte Ausschliesslichkeitspositionen von Akteuren des Sportes der medialen Nutzung zugeführt werden, um sie zu verwerten.<sup>129</sup> Zu denken ist hier insbesondere an die Übertragung von Sportereignissen.<sup>130</sup> Dabei geht es heute keineswegs mehr (nur) um die lineare Ausstrahlung im klassischen Fernsehen über ein zentral bereitgestelltes Programm. Vielmehr gibt es heute beispielsweise auch die Möglichkeit, entsprechende Inhalte direkt über das Internet zu verbreiten und abzurufen (*Over-The-Top*, OTT).<sup>131</sup>
- 40 Unter den möglichen internetbasierten Angeboten ist das sogenannte *Streaming* hervorzuheben. Damit wird das gleichzeitige Empfangen und Wiedergeben von Audio- und/oder Videodateien bezeichnet.<sup>132</sup> Für Filme und Serien hat sich *Streaming* bereits etabliert, doch auch im Sport wird verstärkt auf diese Art der Bereitstellung von Inhalten gesetzt.<sup>133</sup> Denn sie korreliert stark mit den geänderten Nutzungsbedürfnissen der Konsumenten, Inhalte jederzeit und überall auf allen möglichen mobilen Endgeräten konsumieren zu können und nicht an ein vorgegebenes, linear ausgestrahltes Programm gebunden zu sein.<sup>134</sup> Ausserdem erlaubt das Internet das einfache Anbieten von Inhalten durch den Rechteinhaber selbst, wie etwa Onlinekanäle von Sportverbänden oder Vereinen illustrieren (*Direct To Consumers*).<sup>135</sup>
- 41 Im Kern handelt es sich jedoch unabhängig von der verwendeten Technologie und Übertragungsform immer um die Verbreitung von Sport über Medien jedweder Art.<sup>136</sup> Diese Medien, seien sie nun klassische Fernsehsender, OTT-Anbieter oder andere, stellen für ihre Konsumenten Sport als Inhalt bereit. Das

---

<sup>129</sup> HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 1 ff.; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 86.

<sup>130</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 227; HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 5; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 86; vgl. KUHN/LAU, Rz. 1; VON APPEN, Sport als Ware, S. 66.

<sup>131</sup> HÜGI, *Quo Vadis Sportvermarktung*, S. 125 f.

<sup>132</sup> BUSCH THOMAS, Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten, GRUR 2011, S. 496 ff., S. 497.

<sup>133</sup> HÜGI, *Quo Vadis Sportvermarktung*, S. 126.

<sup>134</sup> HÜGI, *Quo Vadis Sportvermarktung*, S. 128.

<sup>135</sup> HÜGI, *Quo Vadis Sportvermarktung*, S. 132. Beispielhaft sei hier auf das Angebot der NFL verwiesen: <[https://www.nflgamepass.com/en?icampaign=gpi-nav-gnv-watch\\_games](https://www.nflgamepass.com/en?icampaign=gpi-nav-gnv-watch_games)>, besucht am 5. Januar 2023.

<sup>136</sup> VALLONI/PACHMANN, S. 118; vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 214.

ist *per se* plattformneutral möglich, das heisst nicht an bestimmte Übertragungs- oder Empfangstechnologien gebunden.<sup>137</sup> Wie die Bereitstellung der Inhalte technisch bewerkstelligt wird, ist demzufolge unerheblich für die Einordnung von Sportrechten als Medienrechte.<sup>138</sup> Relevant ist einzig, dass die audiovisuelle Wahrnehmung des jeweiligen Sportereignisses ermöglicht wird. Deshalb sind unter den Begriff der Medienrechte jene Ausschliesslichkeitspositionen von Akteuren des Sportes zu fassen, welche zur audiovisuellen Bereitstellung von Sport in Medien jeglicher Art genutzt werden ([Rz. 39](#)).

## 2 Rechtsgrundlage der Medienrechte

Rechtlich geschützte Ausschliesslichkeit in Bezug auf die mediale Nutzung von Sport ergibt sich vorrangig aus dem sogenannten Hausrecht. Dieses ist mit anderen Worten primäre Grundlage der Medienrechte.<sup>139</sup> Das erklärt sich wie folgt: Das Hausrecht ist das Herrschaftsrecht über den Veranstaltungsort. Es fliesst aus dem Eigentum oder dem Besitz an der Sportstätte.<sup>140</sup> Mit der Stellung als Eigentümer oder Besitzer einher geht die Berechtigung, Personen den physischen Zugang zur Sportveranstaltung zu erlauben oder zu verbieten.<sup>141</sup> Ebenso ist es dem Inhaber des Hausrechtes möglich, diesen Zutritt bloss zu

42

<sup>137</sup> Vgl. ENGLISCH/BAGGER VON GRAFENSTEIN, Rz. 49; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 214; VON APPEN, Sport als Ware, S. 67.

<sup>138</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 6 f., Rz. 30 und Fn. 28.

<sup>139</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 162; HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 22; VALLONI/PACHMANN, S. 117; OSTERWALDER, S. 246; vgl. TÄNNLER/HAUG, S. 139; JÄGGI VINCENT, S. 123; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 252 f.; ZEN-RUFFINEN/DUBEY/INFANTINO, S. 151. Die Begründung der Medienrechte über das Hausrecht des Veranstalters wurde von der schweizerischen Lehre aus der deutschen Doktrin übernommen (JÄGGI VINCENT, S. 123; ZEN-RUFFINEN/DUBEY/INFANTINO, S. 151). Siehe zum Hausrecht als Grundlage der Medienrechte im deutschen Recht FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 64; KUHN/LAU, Rz. 8; GERLINGER, Rz. 30; DUVINAGE, S. 572; und ausführlich zum Hausrecht des Veranstalters eines Sportereignisses im schweizerischen Recht HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 22. Abzulehnen ist eine generelle Ausschliesslichkeit gestützt auf Art. 5 lit. c UWG (treffend OSTERWALDER, S. 115 ff.; anderer Meinung JÄGGI VINCENT, S. 124, unter Hinweis auf BGE 139 IV 17 E. 1.9 S. 22 f.) Wie OSTERWALDER richtig anmerkt, lassen sich Sportereignisse als solche nicht mittels technischer Reproduktionsverfahren übernehmen (sprich kopieren; OSTERWALDER, S. 121 ff., m.w.H.).

<sup>140</sup> OSTERWALDER, S. 108; VALLONI/PACHMANN, S. 117; HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 22; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 162; vgl. ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 252.

<sup>141</sup> HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 22; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 162; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 252; GUROVITS/STANDESCU, S. 223; vgl. TÄNNLER/HAUG, S. 139; OSTERWALDER, S. 108; ebenso GERLINGER, Rz. 30, zum deutschen Recht.

bestimmten Zwecken zu gewähren.<sup>142</sup> So kann er namentlich entscheiden, wer Zugang zum Sportereignis erhält, um von jenem audiovisuelle Aufzeichnungen einer bestimmten Art zu erstellen und zu verbreiten bzw. zugänglich zu machen.<sup>143</sup>

- 43 Neben dem Hausrecht spielt bei der Übertragung von Sportereignissen möglicherweise auch das Persönlichkeitsrecht der teilnehmenden Sportler (Art. 28 Abs. 1 ZGB) eine Rolle. In der Lehre wird namentlich auf das Recht der Sportler am eigenen Bild verwiesen.<sup>144</sup> Aufnahmen der Sportveranstaltung, die die teilnehmenden Sportler in identifizierbarer Art und Weise darstellen, greifen grundsätzlich in dieses Recht ein.<sup>145</sup> Umstritten ist allerdings der Bereich der rechtlich geschützten Ausschliesslichkeit aus dem Recht der Sportler am eigenen Bild. Überwiegend geht die Lehre davon aus, dass Sportler im Rahmen ihrer Teilnahme an Sportereignissen öffentliche Personen sind. Sie müssen den Eingriff in ihr Persönlichkeitsrecht, der mit der medialen Verwertung des Sportereignisses einhergeht, deswegen im Zweifel hinnehmen.<sup>146</sup>
- 44 Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Persönlichkeitsrecht der teilnehmenden Sportler nicht geeignet ist, wirksam rechtlich geschützte Ausschliesslichkeit hinsichtlich der medialen Nutzung von Sport zu begründen. Schlussendlich stützen sich die Medienrechte demnach massgeblich auf Eigentum oder Besitz an der Sportstätte und das damit jeweils einhergehende Hausrecht ([Rz. 42 f.](#)).

### III Zugangsrechte

- 45 Das Hausrecht ist nicht bloss für die Medienrechte ([Rz. 39 ff.](#)) zentral. Da es seinen Inhaber generell in die Lage versetzt, darüber zu entscheiden, wer zu welchem Zweck Zutritt zum Sportereignis haben soll ([Rz. 42](#)), vermag selbiger diesen Zugang an sich zu verwerten. Das heisst, der Inhaber des Hausrechtes kann den Zutritt zur Veranstaltung nur gegen Bezahlung eines Eintrittspreises

---

<sup>142</sup> HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 23; vgl. ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 252 f.; ebenso KUHN/LAU, Rz. 8 f., m.w.H., zum deutschen Recht.

<sup>143</sup> HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 23; GUROVITS/STANDESCU, S. 223; vgl. ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 252 f.; VALLONI/PACHMANN, S. 117; ZEN-RUFFINEN/DUBEY/INFANTINO, S. 151; OSTERWALDER, S. 108 f.; ebenso zum deutschen Recht DUVINAGE, S. 572; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 78; KUHN/LAU, Rz. 8 f., m.w.H.

<sup>144</sup> OSTERWALDER, S. 93; GUROVITS/STANDESCU, S. 223; ZEN-RUFFINEN/DUBEY/INFANTINO, S. 149.

<sup>145</sup> OSTERWALDER, S. 94, m.w.H.

<sup>146</sup> JÄGGI VINCENT, S. 128; GUROVITS/STANDESCU, S. 223; ZEN-RUFFINEN/DUBEY/INFANTINO, S. 150 f.; weniger weitgehend OSTERWALDER, S. 95 f.



gewähren. Praktisch geschieht dies durch den Verkauf von Tickets.<sup>147</sup> Eine Besonderheit sind in diesem Zusammenhang die sogenannten *Hospitality*-Angebote. Sie kombinieren die Zutrittsberechtigung zum Stadion mit weiteren Leistungen.<sup>148</sup> So kommt zum Eintritt regelmässig die Verpflegung während der Sportveranstaltung hinzu.<sup>149</sup> *Hospitality*-Kunden stehen ausserdem in der Regel besondere Logen oder Sitzplätze in der Sportstätte zu Verfügung.<sup>150</sup> Weiter sind eigene Parkplätze, Transfers zur und von der Sportstätte oder auch Unterkunft als Bestandteil von *Hospitality*-Angeboten denkbar.<sup>151</sup> Insgesamt bezeichnen die Zugangsrechte somit die Verwertung von Positionen rechtlich geschützter Ausschliesslichkeit in Bezug auf den Zugang zu einem Sportereignis über den Absatz von Tickets und *Hospitality*-Angeboten.

## IV Marketingrechte

### 1 Grundsatz

Eine weitere Kategorie von Sportrechten sind die sogenannten Marketingrechte ([Rz. 36](#)). Darunter werden jene Formen der Verwertung rechtlich geschützter Positionen von Akteuren des Sportes gefasst, bei welchen Dritten die Erlaubnis erteilt wird, den jeweiligen Sportler, die jeweilige Sportorganisationen oder auch ein bestimmtes Sportereignis im Rahmen ihrer Kommunikation – namentlich zu Absatzzwecken – auf verschiedenste Weise einzusetzen.<sup>152</sup>

46

<sup>147</sup> Vgl. HÜGI, Sportrecht, § 16 Rz. 3; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 86 f.; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 58; ELTER, S. 36.

<sup>148</sup> VON APPEN, Hospitality, Rz. 5; DERSELBE, Sport als Ware, S. 69; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 62; vgl. TÄNNLER/HAUG, S. 143.

<sup>149</sup> HÜGI, Sportrecht, § 16 Rz. 12; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 62; ELTER, S. 34; vgl. TÄNNLER/HAUG, S. 143.

<sup>150</sup> VON APPEN, Sport als Ware, S. 69; ELTER, S. 34; vgl. HÜGI, Sportrecht, § 16 Rz. 12; TÄNNLER/HAUG, S. 143.

<sup>151</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 62; HÜGI, Sportrecht, § 16 Rz. 12; ELTER, S. 34; ausführlich VON APPEN, Hospitality, Rz. 5 ff.

<sup>152</sup> HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 2; vgl. zu den Marketingrechten auch VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 8 und Rz. 32.

## 2 Sponsoring

### a Grundsatz

- 47 Hervorzuheben ist im Kontext der Marketingrechte an erster Stelle das Sponsoring. Sponsoring wird üblicherweise als Form oder Bestandteil der Unternehmenskommunikation definiert.<sup>153</sup> Rechtlich ist Sponsoring wie folgt strukturiert: Ein Dritter (der Sponsor) erbringt einem Sportler, einer Sportorganisation oder einem Veranstalter eines Sportereignisses (als Gesponsertem) Geld-, Sach- oder Dienstleistungen.<sup>154</sup> Damit soll die Aktivität oder Tätigkeit des Gesponserten gefördert werden.<sup>155</sup> Gleichzeitig verfolgt der Sponsor mit dem Sponsoring eigene Marketing- und Kommunikationsziele.<sup>156</sup> Er erhält das Recht, den Gesponserten bzw. dessen Publikumswirkung – insbesondere dessen Image und dessen Ruf<sup>157</sup> – zur Verfolgung seiner wirtschaftlichen und sonstigen Interessen kommunikativ zu nutzen.<sup>158</sup> Im Kern geht es darum, dass das Ansehen sowie der Bekanntheitsgrad des Sponsors durch die Beziehung zum Gesponserten positiv beeinflusst wird.<sup>159</sup> Der Sponsor strebt im Ergebnis

---

<sup>153</sup> ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 214; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 2; DERSELBE, Doping, S. 341; KUPFER/NEUSS, S. 294; HUGUENIN, Rz. 3947; ENGEL PHILIPP, S. 9; vgl. LENTZE, Rz. 1; BAGUSAT/HERMANN, S. 460 ff.

<sup>154</sup> ICC Advertising and Marketing Communications Code, S. 26; Urteil des BGer 2C\_628/2013 vom 27. November 2013 E. 3.3.9; HUGUENIN, Rz. 3946; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 297 f.; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 2 und Rz. 9; DERSELBE, Doping, S. 342; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 3; CHK-NETZLE, N 1 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; LENTZE, Rz. 1; ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 215; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 61.

<sup>155</sup> Urteil des BGer 2C\_628/2013 vom 27. November 2013 E. 3.3.9; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 297 f.; CHK-NETZLE, N 1 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HUGUENIN, Rz. 3948; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 61.

<sup>156</sup> Urteil des BGer 2C\_628/2013 vom 27. November 2013 E. 3.3.9; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 297 f.; ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 215; KUPFER/NEUSS, S. 294; HUGUENIN, Rz. 3946 f.; BAGUSAT/HERMANN, S. 462; LENTZE, Rz. 1; ausführlich ENGEL PHILIPP, S. 5 ff.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 61; vgl. auch MULLIN/HARDY/SUTTON, S. 230.

<sup>157</sup> LENTZE, Rz. 1.

<sup>158</sup> HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 2, m.w.H.; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 3; vgl. HUGUENIN, Rz. 3946 f.; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 72; DERSELBE, Vermarktung, S. 620; LENTZE, Rz. 1.

<sup>159</sup> Urteil des BGer 2C\_628/2013 vom 27. November 2013 E. 3.3.9; HUGUENIN, Rz. 3946 f.; ENGEL PHILIPP, S. 11 ff., m.w.H.; HÜGI THOMAS, Mit Doping ist alles umsonst, Anwaltsrevue 2013, S. 340 ff., S. 342; vgl. DERSELBE, Sportrecht, § 15 Rz. 2; MULLIN/HARDY/SUTTON, S. 240; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 61; BAGUSAT/HERMANN, S. 461; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 620.

mithin einen Imagetransfer vom Gesponserten auf sich oder sein Angebot an.<sup>160</sup> Dieser soll, bei Einsatz zu wirtschaftlichen Zwecken, namentlich umsatzfördernd wirken.<sup>161</sup> Der Imagetransfer kann aber (zumindest theoretisch) ganz allgemein zur Erreichung irgendwelcher kommunikativer Ziele des Sponsors nutzbar gemacht werden.<sup>162</sup> Exemplarisch sei hier an die Kontroverse um das Engagement von Exponenten aus Staaten des Nahen Ostens im Sport erinnert. Der Vorwurf lautet hier, dass es vor allem darum geht, mit dem positiven Ruf des Sportes das Image dieser Staaten aufzubessern.<sup>163</sup>

Entscheidend ist so oder anders, dass der Sponsor den Gesponserten in erster Linie deshalb unterstützt, weil er ein eigenes Kommunikationsziel erreichen will.<sup>164</sup> Der Sponsor erbringt dem Gesponserten seine Leistungen demgemäss nicht uneigennützig.<sup>165</sup> Vielmehr ist die Einräumung der Möglichkeit zur kommunikativen Nutzung der Publikumswirkung des Gesponserten zum Zwecke der Steigerung des Ansehens und des Bekanntheitsgrades des Sponsors sowie zur Bewirkung eines Imagetransfers auf den Sponsor gerade die vereinbarte Gegenleistung des Gesponserten für die Unterstützung durch den Sponsor.<sup>166</sup>

48

<sup>160</sup> HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 2, m.w.H.; ENGEL PHILIPP, S. 12; HUGUENIN, Rz. 3947; CHK-NETZLE, N 3 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; vgl. ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 214; MULLIN/HARDY/SUTTON, S. 242.

<sup>161</sup> CHK-NETZLE, N 1 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HUGUENIN, Rz. 3947, m.w.H.; vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 297 f.; ENGEL PHILIPP, S. 11 f. und S. 19.

<sup>162</sup> CHK-NETZLE, N 4 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag, m.w.H.; vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 620; HUGUENIN, Rz. 3946 f.

<sup>163</sup> Beispielhaft erwähnt seien an dieser Stelle die Fussballclubs Paris Saint Germain (GÖBEL JAN, So hat Katar aus PSG eine Weltmarke gemacht, auf [spiegel.de](https://www.spiegel.de/sport/fussball/champions-league-wie-katar-aus-psg-eine-weltmarke-formte-und-trotzdem-nicht-ans-ziel-kam-a-a8b43c41-347a-4dee-813e-c05c84701101) am 4. Mai 2021, <<https://www.spiegel.de/sport/fussball/champions-league-wie-katar-aus-psg-eine-weltmarke-formte-und-trotzdem-nicht-ans-ziel-kam-a-a8b43c41-347a-4dee-813e-c05c84701101>>, besucht am 5. Januar 2023) und FC Bayern München (a.a.O.; ebenso OSTERHAUS STEFAN, Bayern München und der umstrittene Sponsor aus Katar: Ein Fussballklub ist keine NGO, auf [nzz.ch](https://www.nzz.ch/meinung/bayern-muenchen-und-der-umstrittene-sponsor-aus-katar-ein-fussballklub-ist-keine-ngo-ld.1656991) am 25. November 2021, <<https://www.nzz.ch/meinung/bayern-muenchen-und-der-umstrittene-sponsor-aus-katar-ein-fussballklub-ist-keine-ngo-ld.1656991>>, besucht am 5. Januar 2023), die jeweils von katarischen Geldgebern unterstützt werden.

<sup>164</sup> CHK-NETZLE, N 4 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag, m.w.H.

<sup>165</sup> ICC Advertising and Marketing Communications Code, S. 26.

<sup>166</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 297 f.; LENTZE, Rz. 1 und Rz. 3; vgl. ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 215; CHK-NETZLE, N 4 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HUGUENIN, Rz. 3947; BAGUSAT/HERMANN, S. 460.

## **b Naming Right insbesondere**

- 49 Eine besondere Form des Sponsorings ([Rz. 47 f.](#)) ist die Vergabe des sogenannten *Naming Right*.<sup>167</sup> Dabei handelt es sich um das Recht, die Bezeichnung eines Objektes, namentlich einer Spielstätte, festzulegen.<sup>168</sup> Dieses *Naming Right* lässt sich verwerten, indem Dritten gegen Entgelt die Wahl ebendieser Bezeichnung erlaubt wird.<sup>169</sup> Typischerweise wird dabei nicht der bisherige Stadionname weiter verwendet, sondern eine Neu- oder Umbenennung vorgenommen.<sup>170</sup> So ist etwa das *Naming Right* für das neue Fussballstadion auf dem Hardturmareal in Zürich für 10 Jahre an die Bank Credit Suisse vergeben worden. Für diese Zeit soll das Stadion «Credit Suisse Arena» heissen.<sup>171</sup> Aber nicht bloss Unternehmen, sondern auch Privatpersonen können Namensgeber sein: In Schottland hat Collin Weir, Lottomillionär und Fan des Fussball-Zweitligisten Partick Thistle Football Club, das *Naming Right* an einer Tribüne erworben, um «seinen» Verein zu unterstützen. Entsprechend «heisst» eine Tribüne dort jetzt «The Collin Weir Stand».<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 236 f.; MORAND, S. 229; BAIER, Rz. 17; vgl. HÜGI, Sportveranstalter, S. 86; ELTER, S. 35.

<sup>168</sup> BAIER, Rz. 10 und Rz. 52; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 236 f.; MÜLLER PAOLA, S. 556; MORAND, S. 229 f.; ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 222; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 253.

<sup>169</sup> BAIER, Rz. 17; vgl. MÜLLER PAOLA, S. 555; MORAND, S. 229; ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 222.

<sup>170</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 54; BAIER, Rz. 11. Es kommt aber durchaus vor, dass ein Dritter das *Naming Right* dazu nutzt, den althergebrachten Namen eines Fussballstadions zu sichern (so etwa geschehen beim Hamburger Sportverein [HSV], der das *Naming Right* 2015 an den langjährigen Investor Klaus Michael Kühne vergab, worauf letzterer die Spielstätte des HSV wieder zum «Volksparkstadion» machte (<<https://www.mopo.de/sport/hsv/fuer-neue-spieler-verkauft-der-hsv-seinen-stadionnamen/>>, besucht am 5. Januar 2023). So hiess sie bereits bis 2001 (<<https://www.ham-burg.de/sehenswuerdigkeiten/2769982/volksparkstadion/>>, besucht am 5. Januar 2023).

<sup>171</sup> FRITZSCHE DANIEL, So heisst das neue Zürcher Fussballstadion, auf nzz.ch am 4. Juli 2019, <<https://www.nzz.ch/zuerich/fussballstadion-zuerich-cs-sichert-sich-namensrechte-ld.1493666>>, besucht am 5. Januar 2023; siehe für weitere Beispiele ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 253.

<sup>172</sup> HESSBRÜGGE ROLF, Lotto-King Colin, auf 1lfreunde.de am 26. September 2019, <<https://1lfreunde.de/artikel/lotto-king-colin/562219?position=seiteninhalt&seite=2>>, besucht am 5. Januar 2023.

### 3 Werbung

#### a Grundsatz

Eng verknüpft mit dem Sponsoring ([Rz. 47 f.](#)) ist die Werbung. Unter Werbung wird jede öffentliche Aussage verstanden, welche die Erzielung einer vom Werbetreibenden angestrebten Wirkung bezweckt.<sup>173</sup> Es geht somit immer um eine Form der Kommunikation. Werbung kann der Bekanntmachung einer Leistung des Werbetreibenden (Produktwerbung) genauso wie der Steigerung seines Ansehens oder Bekanntheitsgrades (Imagewerbung) dienen.<sup>174</sup> Sie muss jedoch nicht zwingend kommerziell ausgerichtet sein; genauso gibt es ideelle Werbung.<sup>175</sup> Solche liegt etwa vor, wenn die Kommunikation auf «die Unterstützung einer Sache oder Idee»<sup>176</sup> gerichtet ist.<sup>177</sup> Typisch ist jedoch die Kommunikation zu kommerziellen Zwecken. Als solche ist Werbung in erster Linie dazu bestimmt, den Absatz von Produkten zu fördern oder das Konsumentenverhalten sonst wie im Sinne des Werbetreibenden zu beeinflussen.<sup>178</sup>

#### b Abgrenzung zum Sponsoring

Hinzuweisen ist darauf, dass Werbung ([Rz. 50](#)) nicht mit Sponsoring ([Rz. 47 f.](#)) gleichzusetzen ist. Zwar dienen beide Instrumente der kommunikativen Beeinflussung, mit der im Ergebnis meist eine Umsatzförderung erreicht werden soll ([Rz. 47 f.](#) bzw. [Rz. 50](#)). Allerdings spricht Werbung das Zielpublikum direkt im Hinblick auf die mit der Werbung beabsichtigte Beeinflussung an.<sup>179</sup> Das Sponsoring dagegen versucht, diese über den Imagetransfer und die Steigerung des Bekanntheitsgrades des Sponsors zu erreichen.<sup>180</sup> Seine Wirkungsweise im Hinblick auf die Erreichung eines kommunikativen Zieles ist also mittelbar, jene der Werbung hingegen unmittelbar.

<sup>173</sup> Art. 2 lit. k RTVG; Botschaft RTVG, S. 1666.; wie in der Botschaft auch Urteil des BGer 2C\_529/2017 vom 25. November 2019 E. 2.3; BGE 134 II 223 E. 3.4.1 S. 229; je m.w.H.; sowie HÜGI, Sportrecht, § 14 Rz. 2; vgl. ENGEL PHILIPP, S. 18.

<sup>174</sup> Urteil des BGer 2C\_628/2013 vom 27. November 2013 E. 3.3.9.

<sup>175</sup> Urteil des BGer 2C\_529/2017 vom 25. November 2019 E. 2.3; BGE 134 II 223 E. 3.4.1 S. 229; so bereits Botschaft RTVG, S. 1665.

<sup>176</sup> Urteil des BGer 2C\_529/2017 vom 25. November 2019 E. 2.3.

<sup>177</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_529/2017 vom 25. November 2019 E. 2.3; vgl. ENGEL PHILIPP, S. 18 f., m.w.H.

<sup>178</sup> ICC Advertising and Marketing Communications Code, S. 8.

<sup>179</sup> Vgl. ENGEL PHILIPP, S. 19 f.; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1371.

<sup>180</sup> Vgl. BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, N 383 Einleitung vor Art. 184 ff.; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1371; ENGEL PHILIPP, S. 19 f.

## 4 Merchandising und Licensing

- 52 Unter den Begriff der Marketingrechte (Rz. 46) werden schliesslich noch *Merchandising* und *Licensing* gefasst.<sup>181</sup> *Merchandising* ist die wirtschaftliche Verwertung der Bekanntheit eines Sportlers, einer Sportorganisation oder eines Sportereignisses über den Vertrieb von Fanartikeln.<sup>182</sup> Neben dem Vertrieb klassischer, physischer Fanartikel (wie Trikots oder Schals)<sup>183</sup> kann *Merchandising* auch die Verwendung der Erkennungsmerkmale von Akteuren des Sports im virtuellen Raum wie etwa in Videospieleinhalten.<sup>184</sup> Im Rahmen des *Merchandising* werden demzufolge alle erdenklichen Produkte (seien sie physisch oder virtuell) mit Logos und Bezeichnungen von Sportorganisationen und Sportereignissen, aber auch mit Namen und Abbildungen von Sportlern versehen.<sup>185</sup> Genutzt werden insgesamt die verschiedenen Erkennungsmerkmale der Akteure des Sports.<sup>186</sup> Bekanntheit und Image des jeweiligen Akteurs des Sports, die in diesen Erkennungsmerkmalen verkörpert sind,<sup>187</sup> sollen den Verkauf der Produkte fördern.<sup>188</sup> Darüber hinaus dient das *Merchandising* auch

---

<sup>181</sup> HÜGI, Sportveranstalter, S. 86; DERSELBE, Sportrecht, § 15 Rz. 2.

<sup>182</sup> Vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 228, ENGEL PHILIPP, S. 20 f., m.w.H.; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 15; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 86; CHK-NETZLE, N 23 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; JÄGGI VINCENT, S. 9; GUROVITS KOHLI, S. 105; SUMMERER, PHB Sportrecht, Kapitel 3 Rz. 125; VON APPEN, Sport als Ware, S. 71; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 51; TÄNNLER/HAUG, S. 142; ausführlich ROHLMANN, S. 526 f.

<sup>183</sup> Für die typischerweise in Zusammenhang mit Merchandising genannten physischen Produkte SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 228; JÄGGI VINCENT, S. 9; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 51; VON APPEN, Sport als Ware, S. 71; ROHLMANN, S. 532; GERLINGER, Rz. 13.

<sup>184</sup> JÄGGI VINCENT, S. 9; für die Verwendung von Namen und Abbildungen von Sportlern in Videospieleinhalten auch PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 65, m.w.H.

<sup>185</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 228; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 257; ENGLISCH/BAGGER VON GRAFENSTEIN, Rz. 36; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 51; vgl. auch HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 14; CHK-NETZLE, N 23 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; ROHLMANN, S. 526; GUROVITS KOHLI, S. 105; TÄNNLER/HAUG, S. 142; LENTZE, Rz. 6.

<sup>186</sup> Vgl. ENGEL PHILIPP, S. 21, m.w.H.; ROHLMANN, S. 526 f.

<sup>187</sup> ROHLMANN, S. 522 f. und S. 526; vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 61; LENTZE, Rz. 6.

<sup>188</sup> HÜGI, Sportveranstalter, S. 86; ROHLMANN, S. 523 und S. 526; ENGLISCH/BAGGER VON GRAFENSTEIN, Rz. 36; ELTER, S. 32; vgl. SUMMERER, PHB Sportrecht, Kapitel 3 Rz. 125; CHK-NETZLE, N 23 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag, m.w.H.; JÄGGI VINCENT, S. 9; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 51; ENGLISCH/BAGGER VON GRAFENSTEIN, Rz. 36; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 228; TÄNNLER/HAUG, S. 142; LENTZE, Rz. 6.

der Stärkung der Identifikation mit dem jeweiligen Akteur des Sportes.<sup>189</sup> Das soll die Beziehungen zu den Fans und Kunden festigen.<sup>190</sup>

Ein Akteur des Sports kann den Vertrieb von Fanartikeln einerseits selbst vornehmen.<sup>191</sup> In dieser Konstellation ist das Bezugsobjekt des *Merchandising* mit dem Anbieter der Fanartikel identisch.<sup>192</sup> Das ist auch dann der Fall, wenn der betreffende Akteur des Sports zwar für Teile des Vertriebes Dritte beizieht, ihn aber insgesamt weiter selbst in der Hand behält. Dergestalt werden Dritte insbesondere mit der Herstellung der Produkte betraut.<sup>193</sup> Andererseits steht es einem Akteur des Sportes frei, die Verwertung seiner Erkennungsmerkmale über den Vertrieb von Fanartikeln Dritten zu überlassen, daran selbst also überhaupt nicht mehr beteiligt zu sein.<sup>194</sup> Er räumt einem Dritten dazu mittels entsprechender Lizenz das Recht zur Nutzung seiner Erkennungsmerkmale ein.<sup>195</sup> Deshalb ist hier von *Licensing* die Rede.<sup>196</sup>

53

## 5 Rechtsgrundlage der Marketingrechte

Marketingrechte stützen sich auf einen Strauss von Positionen rechtlich geschützter Ausschliesslichkeit von Akteuren des Sportes. Zu nennen sind allen voran die Persönlichkeitsrechte.<sup>197</sup> Sie verbieten Dritten unter anderem die Nutzung von Namen, Bildern oder Aussagen des jeweiligen Akteurs ohne oder gegen dessen Willen.<sup>198</sup> Gleiches gilt für allfällige Immaterialgüterrechte eines

54

<sup>189</sup> HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 14; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 228; ROHLMANN, S. 523.

<sup>190</sup> ROHLMANN, S. 527.

<sup>191</sup> GERLINGER, Rz. 16; VON APPEN, Sport als Ware, S. 71.

<sup>192</sup> ROHLMANN, S. 527.

<sup>193</sup> GERLINGER, Rz. 16; vgl. ROHLMANN, S. 527.

<sup>194</sup> ROHLMANN, S. 527; vgl. GERLINGER, Rz. 13; ENGEL PHILIPP, S. 21; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 52; CHK-NETZLE, N 23 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 15.

<sup>195</sup> HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 15; GERLINGER, Rz. 13; ENGEL PHILIPP, S. 21; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 52; VON APPEN, Sport als Ware, S. 71; TÄNNLER/HAUG, S. 143; vgl. auch SUMMERER, PHB Sportrecht, Kapitel 3 Rz. 125.

<sup>196</sup> ENGEL PHILIPP, S. 21; HÜGI, Sportrecht, § 15 Rz. 15; TÄNNLER/HAUG, S. 142; vgl. auch ROHLMANN, S. 527; sowie GERLINGER, Rz. 13 ff.; die je statt von *Licensing* von Lizenzvergabe sprechen.

<sup>197</sup> HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 4 und Rz. 16; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 258; ENGEL PHILIPP, S. 85.

<sup>198</sup> ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 258; ENGEL PHILIPP, S. 90, m.w.H.; siehe zum Recht am eigenen Bild und die dadurch verschaffte, werthaltige Ausschliesslichkeitsstellung von Akteuren des Sportes auch SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 267 f.; ZEN-RUFFINEN/DUBEY/INFANTINO, S. 149; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 228; und zum Namensrecht ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 227.

Akteurs des Sportes, wie insbesondere Markenrechte.<sup>199</sup> Name, Bild, Worte oder Marken beziehen sich gerade auf Eigenschaften, die den Akteur des Sportes als Imageträger identifizieren.<sup>200</sup> Will ein Dritter ebjenene Eigenschaften für kommunikative Zwecke oder im Rahmen des Vertriebes von Fanartikeln (Rz. 52) einsetzen, so ist es am betreffenden Akteur des Sportes, dies zu erlauben.<sup>201</sup> Eine Besonderheit bezüglich der rechtlichen Grundlegung stellt im Kontext der Marketingrechte schliesslich das *Naming Right* dar. Bezieht es sich auf eine Sportstätte, ist dessen Grundlage nach der Lehre vorab das Eigentum.<sup>202</sup> Es kann aufgrund entsprechender vertraglicher Abreden zudem Dritten, wie Mietern oder Pächtern der Sportstätte, zukommen.<sup>203</sup> Ganz erheblich beruht das *Naming Right* ausserdem auf vertraglicher Selbstbindung von Akteuren des Sportes (Rz. 25): Der Akteur des Sportes verpflichtet sich, ausschliesslich die von seinem Vertragspartner bestimmte Bezeichnung für seine Sportstätte, sein Sportereignis oder sein Team zu verwenden.

## V Transferrechte

55 Vor allem im Männerfussball besitzen Transfers erhebliches ökonomisches Gewicht (Rz. 2). Unter einem Transfer wird üblicherweise der Wechsel eines Spielers von einem Sportclub zu einem anderen verstanden.<sup>204</sup> In einen Transfer sind demnach drei Parteien involviert: Der wechselnde Spieler, der abgebende sowie der aufnehmende Sportclub.<sup>205</sup> Grundlage für die Kommerzialisierung eines solchen Transfers ist die bestehende vertragliche Verbindung des wechselwilligen Spielers zu seinem gegenwärtigen (dem abgebenden) Club. Diese Verbindung muss aufgelöst werden, damit sich der Spieler dem

---

<sup>199</sup> ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 258; ENGEL PHILIPP, S. 85 und S. 90 f., letzterenorts m.w.H.

<sup>200</sup> Ausführlich ENGEL PHILIPP, S. 89 ff.; unter Hinweis auf jenen auch ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 224 f.; und in deren Folge ebenso HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 16; je m.w.H.

<sup>201</sup> Für das Sponsoring ENGEL PHILIPP, S. 92 f.; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 258; ENGEL PHILIPP/BÖSIGER, S. 225 f., m.w.H.; vgl. CHK-NETZLE, N 14 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag.

<sup>202</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 237; MÜLLER PAOLA, S. 555; BAIER, Rz. 163 und Rz. 165 ff., m.w.H.

<sup>203</sup> BAIER, Rz. 164 und Rz. 169 ff., m.w.H.

<sup>204</sup> STOPPER/KARLIN, Rz. 1; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 343; vgl. HÜGI, Sportrecht, § 17 Rz. 1.

<sup>205</sup> HÜGI, Sportrecht, § 17 Rz. 7; NAFISSI, Rz. 353; im Ergebnis SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 343.



aufnehmenden Sportclub anschliessen kann. «*L'opération de transfert implique la résiliation d'un contrat de travail de durée déterminée et la conclusion d'un nouveau contrat de travail de même nature*».<sup>206</sup>

Die Auflösung des bestehenden Vertrages des Spielers zum abgebenden Club (Rz. 55) setzt die Zustimmung des letzteren voraus. Aus Sicht des abgebenden Clubs handelt es sich hierbei um das sogenannte Freigaberecht.<sup>207</sup> Hinzu kommt das Entschädigungsrecht, also das Recht des abgebenden Sportclubs, die vorzeitige Vertragsauflösung von einer Entschädigung durch den aufnehmenden Sportclub abhängig zu machen.<sup>208</sup> Die Transferrechte fliessen also aus der bestehenden vertraglichen Verbindung zwischen Sportler und abgebendem Sportclub.<sup>209</sup>

Hinzuweisen bleibt darauf, dass Transfers faktisch nur bei Mannschaftssportarten eine Rolle spielen.<sup>210</sup> Demzufolge sind Transfereinnahmen auch nur für Rechteinhaber relevant, die als Sportclubs in Mannschaftssportarten aktiv sind.<sup>211</sup>

## VI Zusammenfassung

Sportrechte werden nach dem Gesagten in Medien-, Zugangs- Marketing sowie Transferrechte eingeteilt (Rz. 36 ff.). Massgeblich für diese Kategorisierung ist dabei, welcher Nutzung die auf unterschiedlicher rechtlicher Grundlage beruhenden Ausschliesslichkeitspositionen von Akteuren des Sportes zugeführt werden, um sie zu verwerten. Die Kategorien folgen mithin ökonomischen Kriterien (Rz. 36). Von Medienrechten wird gesprochen, wenn es um die mediale Bereitstellung von Sport geht (Rz. 39 ff.). Ausschliesslichkeit vermittelt hier das Hausrecht (Rz. 42 ff.). Das Hausrecht erlaubt es seinem Inhaber, nur bestimmten Dritten Zutritt zur Sportveranstaltung zu gewähren, um

<sup>206</sup> NAFISSI, Rz. 353.

<sup>207</sup> HÜGI, Sportrecht, § 17 Rz. 1; HOLZHÄUSER/KÖRNER, S. 194; vgl. auch SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 346; STOPPER/KARLIN, Rz. 1; und im Ergebnis NAFISSI, Rz. 353.

<sup>208</sup> ELTER, S. 32 f., m.w.H.; HOLZHÄUSER/KÖRNER, S. 194; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 346; HÜGI, Sportrecht, § 17 Rz. 1; vgl. STOPPER/KARLIN, Rz. 1; im Ergebnis NAFISSI, Rz. 353.

<sup>209</sup> So im Ergebnis SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 346; HÜGI, Sportrecht, § 17 Rz. 1; STOPPER/KARLIN, Rz. 1; HOLZHÄUSER/KÖRNER, S. 194 f.; ELTER, S. 32 f., m.w.H.

<sup>210</sup> BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1450; HÜGI, Sportrecht, § 17 Rz. 1; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 344 und S. 346.

<sup>211</sup> HÜGI, Sportrecht, § 17 Rz. 1; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 344 und S. 346. Das gilt insbesondere im Clubfussball der Männer (STOPPER/KARLIN, Rz. 4; siehe dazu auch UEFA, Club Licensing Benchmarking Report, Financial Year 2018, S. 66 und ausführlich S. 93 ff.).

diese medial zu präsentieren. Eine weitere Form der Kommerzialisierung des Zuganges zu Sportereignissen stellen Ticketing und *Hospitality* dar, die unter dem Oberbegriff der Zugangsrechte zusammengefasst werden (Rz. 45).

- 59 Marketingrechte (Rz. 46 ff.) sind das Sponsoring (Rz. 47 f.) inklusive *Naming Right* (Rz. 49), die Werbung (Rz. 50) sowie *Merchandising* und *Licensing* (Rz. 52 f.). Sponsoring und Werbung gemein ist, dass die derart verwertete Ausschliesslichkeit einen Akteur des Sportes in die Lage versetzt, Dritten die kommunikative Nutzung seiner eigenen Positionen für Zwecke des Dritten zu erlauben (Rz. 47 bzw. Rz. 50). Während Sponsoring eine indirekte Förderung der Ziele des Dritten bezweckt, indem ein Imagetransfer vom Akteur des Sportes auf ebendiesen Dritten angestrebt wird, ist Werbung unmittelbar auf die Zielerreichung gerichtete Kommunikation (Rz. 51). Das *Naming Right* ist die Berechtigung, über die Benennung insbesondere von Sportstätten zu entscheiden (Rz. 49). Und mit *Merchandising* und *Licensing* wird die Bekanntheit eines Akteurs des Sportes wirtschaftlich verwertet, indem Fanartikel vertrieben werden. Während der Akteur diese Verwertung beim *Merchandising* selbst verantwortet, ist es beim *Licensing* ein Dritter (Rz. 52 f.). Grundlage der Marketingrechte sind primär Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüterrechte von Akteuren des Sportes. Denn diese schützen jene Erkennungsmerkmale, die für die Wirkung eines Akteurs des Sportes beim Publikum relevant sind. Das *Naming Right* schliesslich fliesst für Sportstätten einerseits aus dem Eigentum an der zu bezeichnenden Sportstätte. Es kann allenfalls vertraglich ebenso einem Mieter oder Pächter derselben zustehen. Andererseits beruht das *Naming Right* ganz erheblich auf vertraglicher Selbstbindung von Akteuren des Sportes: Sie verpflichten sich, eine bestimmte Bezeichnung (für ihr Stadion, ihr Sportereignis, ihr Team) zu führen (Rz. 54).
- 60 Transferrechte (Rz. 55 ff.) sind schliesslich das Freigabe- und das Entschädigungsrecht desjenigen Sportclubs, zu dem ein Sportler, der zu einem anderen Sportclub wechseln möchte, in einer vertraglichen Beziehung steht. Der berechtigte Sportclub hat seine Zustimmung zum Transfer zu erteilen und kann hierfür vom aufnehmenden Sportclub eine Entschädigung verlangen (Rz. 56).

## **F Vorbemerkungen zu Art und Weise der Vermarktung von Sportrechten**

### **I Grundsatz und Terminologie**

Akteuren des Sportes können in Medienrechte, Zugangsrechte, Marketingrechte und Transferrechte unterteilte, rechtlich geschützte Ausschliesslichkeitspositionen zustehen, die sich vermarkten lassen (Rz. 36 ff.). Unter Vermarktung ist dabei jede Aktivität zu verstehen, die darauf zielt, diese Positionen der Verwertung zuzuführen. Verwertung bedeutet ihrerseits, dass Dritte die fraglichen Sportrechte zu ihren Zwecken nutzen (Rz. 11 f.). Typische Verträge, die im Zuge der Vermarktung von Sportrechten zu deren Verwertung geschlossen werden, sind Sponsoringverträge, Werbeverträge oder Verträge über die mediale Verwertung von Sport (wie zum Beispiel Fernsehverträge).<sup>212</sup>

61

Ist die Vermarktung von Sportrechten erfolgreich, resultieren also jeweils Verträge über deren Nutzung zwischen dem bezüglichen Rechteinhaber und einem Dritten.<sup>213</sup> Sie werden im Folgenden als Verwertungsverträge bezeichnet.<sup>214</sup> Der Dritte ist dabei Vertragspartner des Rechteinhabers sowie Nutzer des Sportrechts, das Gegenstand des Verwertungsvertrages ist. Er wird demgemäss als Verwertungspartner bezeichnet.<sup>215</sup> Darüber hinaus ergibt sich aus dem Vorangehenden, dass das Zustandekommen eines ebensolchen Verwertungsvertrages gleichzeitig den Vermarktungserfolg darstellt. Letzterer steht am Ende der Bestrebungen, die auf das Zustandekommen eines Verwertungs-

62

---

<sup>212</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 360; vgl. KUPFER/NEUSS, S. 294; HONEGGER/EISELE, S. 77; HÜGI, Sportveranstalter, S. 87 f.

<sup>213</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 622; vgl. zur Rechteverwertung auch SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 269.

<sup>214</sup> In der Literatur findet sich daneben die Bezeichnung als Vermarktungsvertrag (so bei SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 622; ELTER, S. 308; siehe auch BALLASCH/KLIESCH, S. 360; oder PFISTER/SUMMERER, PHB Sportrecht, Kapitel 7 Rz. 96). Da die Vermarktung aber die typische Aktivität darstellt, mit der auf das Zustandekommen eines solchen Vertrages hingewirkt wird, während der Vertrag selbst die Verwertung von Sportrechten zum Gegenstand hat, ist nach hier vertretener Meinung die Bezeichnung als Verwertungsvertrag der Eindeutigkeit halber vorzuziehen.

<sup>215</sup> Wo die Literatur statt von Verwertungs- von Vermarktungsverträgen spricht (Fn. 214), wird dieser Dritte regelmässig als Vermarktungspartner bezeichnet (so etwa bei BALLASCH/KLIESCH, S. 360; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 222).

vertrages zielen. Die Phase, in welche diese Bestrebungen fallen, ist der Vermarktungsprozess. Nicht relevant für die Vermarktung als Prozess, der seinen Abschluss im Zustandekommen eines Verwertungsvertrages über ein Sportrecht findet, ist hingegen, wie der Verwertungspartner die Sportrechte tatsächlich zu nutzen berechtigt wird. Das betrifft nämlich nicht mehr die Bemühungen, die zu einem Verwertungsvertrag führen sollen (und *ergo* die Ebene der Vermarktung), sondern bereits die Verwertung der Sportrechte an sich.

- 63 Schliesslich bleibt anzumerken, dass die Gelder (oder sonstigen geldwerten Leistungen), die der Rechteinhaber gemäss den Verwertungsverträgen für die Überlassung der Sportrechte von seinen diversen Verwertungspartnern erhält (Rz. 11), gleichsam mit der Verwertung der Sportrechte erzielte Erlöse darstellen. Sie können deshalb als Verwertungserlöse bezeichnet werden. Jene Erlöse sind sozusagen der «Erfolg des Erfolges» der Vermarktung. Sie stellen sich aufgrund des eigentlichen Vermarktungserfolges ein, folgen also ihrerseits aus dem Zustandekommen von Verwertungsverträgen mit Verwertungspartnern.<sup>216</sup>

## II Sonderfall Transferrechte

- 64 Anders als soeben (Rz. 61 ff.) beschrieben gestaltet sich die Realisierung der Transferrechte. Wie bereits gesagt (Rz. 55 ff.), werden unter Transfers Clubwechsel von Sportlern verstanden. Dabei kommt es zur Auflösung eines bestehenden Vertrages zwischen Spieler und abgebendem Club und zum Abschluss eines neuen Vertrages zwischen Spieler und aufnehmendem Club (Rz. 55). Der abgebende Club kann seine bestehende Verbindung zu diesem Spieler monetarisieren, indem er die Ermöglichung des Wechsels von einer Gegenleistung des aufnehmenden Clubs abhängig macht (Rz. 56). Damit ist aber bereits klar, dass Transferrechte, anders als die übrigen Sportrechte, vom Rechteinhaber nicht Dritten gegen Entgelt zur Nutzung überlassen werden, um sie zu realisieren (Rz. 11). Vielmehr schliesst der bisherige Rechteinhaber mit dem aufnehmenden Club einen Transfervertrag, der namentlich die Freigabe des Sportlers und die Entschädigung regelt, sowie mit dem wechselwilligen Sportler einen Aufhebungsvertrag, um die bestehende Verbindung zu lösen.<sup>217</sup> Die Art und Weise der Verwertung der Transferrechte unterscheidet

---

<sup>216</sup> Zum «Erfolg des Erfolges» einer Tätigkeit allgemein VON BÜREN, S. 123 f.; in dessen Folge auch RUSCH, S. 286 ff.

<sup>217</sup> NAFISSI, Rz. 353; HÜGI, Sportrecht, § 18 Rz. 8, m.w.H.; vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 343 und S. 347; ELTER, S. 33.

sich damit von jener der übrigen Sportrechte. Im Schrifttum werden die Transferrechte entsprechend mitunter gar nicht genannt, wenn es um die Vermarktung von Sportrechten geht.<sup>218</sup> Vor diesem Hintergrund sind die Transferrechte ausgenommen, wenn im Folgenden von den Sportrechten und ihrer Vermarktung die Rede ist. Es geht nurmehr um die Medienrechte, die Zugangsrechte sowie die Marketingrechte.

---

<sup>218</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 7 ff.; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29 f. und S. 315; und für die Vermarktung von Rechten von Fussballclubs insbesondere KUPFER/NEUSS, S. 294 und Fn. 8; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 6 ff.; VON APPEN/LANIG, S. 229.

## G Eigenvermarktung

- 65 In Bezug auf die Ausgestaltung der Vermarktung von Sportrechten ist vorauszuschicken, dass selbige im Einzelfall sehr unterschiedlich ausfallen kann. Ganz grundsätzlich lässt sich aber danach unterscheiden, wer die Vermarktung vornimmt. Vermarkten die originären Rechteinhaber ihre Sportrechte selbst, so spricht man von Eigenvermarktung.<sup>219</sup> Sie entfalten die auf das Zustandekommen von Verwertungsverträgen gerichteten Aktivitäten. Im Kontext der Vermarktung von Medienrechten bedeutet das beispielsweise, dass der betreffende Rechteinhaber seine Rechte Fernsehanstalten oder Streamingdiensten als möglichen Verwertungspartnern anbietet.<sup>220</sup> Gelingt es dem Rechteinhaber, einen Dritten ausfindig zu machen, der bereit ist, einen Verwertungsvertrag mit ihm einzugehen, ist es anschliessend auch der Rechteinhaber selbst, der diesen Vertrag für sich abschliesst.<sup>221</sup>
- 66 Im Schrifttum wird wiederholt darauf hingewiesen, dass der originäre Rechteinhaber des nötigen *Know-hows* in der Vermarktung und der für die Vermarktung erforderlichen Ressourcen personeller, sachlicher und zeitlicher Art bedarf, um die Vermarktung erfolgsversprechend selbst vornehmen zu können.<sup>222</sup> Die aussichtsreiche Eigenvermarktung setzt deshalb regelmässig eine entsprechende Organisationsstruktur beim Rechteinhaber voraus.<sup>223</sup> Das erklärt, warum insbesondere Sportorganisationen wie Ligen, Verbände oder Clubs ab einer gewissen Grösse über eigene Vermarktungsabteilungen verfügen.<sup>224</sup>

---

<sup>219</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29 f.; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 4 und § 23 Rz. 7; DUVINAGE, S. 568 und S. 571; vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 620.

<sup>220</sup> Vgl. HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 4; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87.

<sup>221</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 4; DUVINAGE, S. 568; vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 620.

<sup>222</sup> Vgl. SCHULZE, S. 157; DUVINAGE, S. 570 f.; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 5 und Rz. 9 ff.; DERSELBE, Hospitality, Rz. 22; NETZLE, S. 57; ELTER, S. 165; GEISSINGER, S. 105; GERLINGER, Rz. 19.

<sup>223</sup> Vgl. BAGUSAT/HERMANN, S. 476; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 10; ELTER, S. 216; Urteil des BGer 4A\_216/2021 vom 2. November 2021 E. 6.3.

<sup>224</sup> Für Ligen und Verbände VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 5 und Fn. 10; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 5; DUVINAGE, S. 570; ELTER, S. 216 (genannt werden im Fussball insbesondere die FIFA und die UEFA (HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 5; DUVINAGE, S. 570; ELTER, S. 216)); für die Sportclubs VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 9, der als Beispiel eines Clubs mit eigener Vermarktungsabteilung den FC Bayern München nennt (der FC Bayern München hat 2020 einen Umsatz von 634 Millionen EUR erwirtschaftet, womit er auf Platz drei der umsatzstärksten Fussballvereine Europas lag [UEFA Club Licensing Benchmarking Report, S. 81]); vgl. ELTER, S. 216.

# H Fremdvermarktung

## I Outsourcing

### 1 Grundsatz

Eigenvermarktung (Rz. 65 f.) ist nicht alternativlos. Ein Rechteinhaber hat nämlich die Möglichkeit, die Vermarktung seiner Sportrechte auszulagern.<sup>225</sup> Die Auslagerung von wertschöpfungsbezogenen Aktivitäten wird auch als *Outsourcing* bezeichnet.<sup>226</sup> In *praxi* bedeutet *Outsourcing* im Kontext der Vermarktung von Sportrechten den Beizug spezialisierter Vermarktungsagenturen.<sup>227</sup> Jene verfügen (idealiter) über die Expertise und Kompetenzen, die zur erfolgreichen Vermarktung von Sportrechten notwendig sind (Rz. 3). Das umfasst etwa spezifische Marktkenntnisse, Erfahrung in der Vermarktung von Sportrechten, ein entsprechendes Beziehungsnetz und Vermarktungsspezialisten.<sup>228</sup> Nimmt ein Rechteinhaber die Vermarktung seiner Sportrechte nicht vollumfänglich selbst vor, sondern lagert er diese zumindest teilweise auf eine Vermarktungsagentur aus, wird (in Abgrenzung zur Eigenvermarktung) von Fremdvermarktung gesprochen.<sup>229</sup>

67

- 
- <sup>225</sup> MANOLI/HODGKINSON, S. 436; Urteil des BGer 4A\_216/2021 vom 2. November 2021 E. 6.3.
- <sup>226</sup> <<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/outsourcing-42299>>, besucht am 5. Januar 2023; und für das *Outsourcing* der Vermarktung von Sportrechten MANOLI/HODGKINSON, S. 436.
- <sup>227</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 7; GUROVITS KOHLI, S. 98; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 81; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; DUVINAGE, S. 568 f.; ausführlich ELTER, S. 164 ff.; MANOLI/HODGKINSON, S. 438, m.w.H.; vgl. auch VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 1 ff.; DERSELBE, Hospitality, Rz. 22; NETZLE, S. 57 ff.; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; KÖRBER, Rz. 2487; VON APPEN/LANIG, S. 229; BAGUSAT/HERMANN, S. 476; ROHLMANN, S. 530; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 222; Urteil des BGer 4A\_216/2021 vom 2. November 2021 E. 6.3.
- <sup>228</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 8 und § 23 Rz. 9; vgl. DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 9; DERSELBE, Hospitality, Rz. 22; NETZLE, S. 57; KUPFER/NEUSS, S. 294; ELTER, S. 165; GEISSINGER, S. 105; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102.
- <sup>229</sup> Für die Terminologie HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 7; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29 f.

## 2 Gründe des Rechteinhabers

- 68 Die Gründe, die auf Seiten des Rechteinhabers für ein *Outsourcing* sprechen, sind divers. So können einem originären Rechteinhaber schlicht die zur erfolgreichen Eigenvermarktung erforderlichen Ressourcen fehlen. Ebenso ist denkbar, dass ein Rechteinhaber nicht gewillt ist, vorhandene Mittel in die Vermarktung zu investieren.<sup>230</sup> Unabhängig von den finanziellen Möglichkeiten ist ein häufiger Grund für Rechteinhaber, die Vermarktung ihrer Sportrechte auszulagern, dass sie nicht über die dafür nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen.<sup>231</sup> Und schliesslich mangelt es Rechteinhabern oftmals an den für eine umfassende Vermarktung erforderlichen Strukturen und (überregionalen) Netzwerken.<sup>232</sup> Letztere sind insbesondere für die grenz- und märkteüberschreitende Vermarktung von Sportrechten unerlässlich.<sup>233</sup> Solche vermarktungsbezogenen Defizite, die nicht allein finanzieller Natur sind, gehen häufig mit dem Umstand einher, dass Rechteinhaber nicht mit (ausreichend) Personal für die Vermarktung ausgestattet sind.<sup>234</sup>
- 69 Fremdvermarktung wird folglich immer dann relevant, wenn die Rechteinhaber selbst nicht alle Voraussetzungen für eine erfolgreiche Vermarktung ihrer Sportrechte erfüllen können oder wollen. Der Beizug der Vermarktungsagentur soll dem Rechteinhaber zum einen zu einer höheren Marktdurchdringung verhelfen.<sup>235</sup> Im Ergebnis meint der Rechteinhaber, dadurch einen höheren Verwertungserlös erzielen zu können, als er sich selbst zu generieren in der Lage glaubt.<sup>236</sup> Zum anderen bindet die einmal ausgelagerte Vermarktung

---

<sup>230</sup> VON APPEN, *Hospitality*, Rz. 22; DERSELBE, *Vermarktungsagenturen*, Rz. 9 f.; MANOLI/HODGKINSON, S. 440; SCHULZE, S. 157; DUVINAGE, S. 568 f.; VON APPEN/LANIG, S. 229.

<sup>231</sup> VON APPEN, *Vermarktungsagenturen*, Rz. 9; DERSELBE, *Hospitality*, Rz. 22; GERLINGER, Rz. 19; DUVINAGE, S. 568; vgl. NETZLE, S. 57; SCHULZE, S. 157.

<sup>232</sup> VON APPEN, *Vermarktungsagenturen*, Rz. 9 ff.; DERSELBE, *Hospitality*, Rz. 22; für die Netzwerke auch MANOLI/HODGKINSON, S. 441; vgl. SCHULZE, S. 157; NETZLE, S. 57; DUVINAGE, S. 568.

<sup>233</sup> Es geht insbesondere um Kontakte in den Zielstaaten und -märkten, die nötigen Sprach- und Rechtskenntnisse sowie Erfahrungen in der Region (ELTER, S. 165; VON APPEN, *Vermarktungsagenturen*, Rz. 9 und Rz. 12; vgl. KUPFER/NEUSS, S. 296; GEISSINGER, S. 105; DUVINAGE, S. 568; siehe ausführlich zu den Gründen für den Beizug einer Vermarktungsagentur VON APPEN, *Vermarktungsagenturen*, Rz. 5 ff.; ELTER, S. 165 ff.).

<sup>234</sup> Vgl. GERLINGER, Rz. 19; VON APPEN, *Vermarktungsagenturen*, Rz. 9.

<sup>235</sup> MANOLI/HODGKINSON, S. 440.

<sup>236</sup> KUPFER/NEUSS, S. 296; vgl. ELTER, S. 165; HÜGI, *Sportveranstalter*, S. 87; VON APPEN, *Anwendbarkeit*, S. 317.



keine weiteren Ressourcen des betreffenden Rechteinhabers.<sup>237</sup> Das erlaubt es diesem, sich auf den Sport – mithin seinen eigentlichen Tätigkeitsbereich – zu fokussieren.<sup>238</sup>

Vor diesem Hintergrund ([Rz. 68 f.](#)) ist eine Auslagerung der Vermarktung an eine spezialisierte Vermarktungsagentur an erster Stelle für einzelne Sportler naheliegend.<sup>239</sup> Denn für sie würde Eigenvermarktung voraussetzen, dass sie tatsächlich dazu bereit und in der Lage sind, sich neben der sportlichen Tätigkeit eingehend mit der Vermarktung zu befassen.<sup>240</sup> Aber auch Sportorganisationen kann die für die umfassende Eigenvermarktung notwendige Grösse oder Finanzkraft durchaus abgehen. Zu nennen sind beispielweise Vereine, die nicht der obersten Spielklasse einer Sportart angehören.<sup>241</sup>

70

### 3 Gründe der Vermarktungsagentur

Aus Sicht der Vermarktungsagentur hängt der Entscheid, die Vermarktung der Sportrechte eines bestimmten Rechteinhabers zu übernehmen, regelmässig von gewissen Umständen ab.<sup>242</sup> Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass Vermarktungsagenturen Dienstleisterinnen sind.<sup>243</sup> Ihr Geschäftsmodell besteht in der Vermarktung von Sportrechten.<sup>244</sup> Ausschlaggebend ist für sie deshalb zuvorderst das Vermarktungspotential der fraglichen Sportrechte.<sup>245</sup> Dieses Potential speist sich etwa aus der lokalen, regionalen, nationalen oder gar internationalen Positionierung des Rechteinhabers im Sportbetrieb.<sup>246</sup> Zentral

71

<sup>237</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 10; DERSELBE, Hospitality, Rz. 22; vgl. ROHLMANN, S. 530; VON APPEN/LANIG, S. 229; MANOLI/HODGKINSON, S. 440.

<sup>238</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 10; DERSELBE, Hospitality, Rz. 22; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 8; vgl. ELTER, S. 165; ROHLMANN, S. 530; KUPFER/NEUSS, S. 296.

<sup>239</sup> So im Ergebnis HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 7.

<sup>240</sup> Vgl. PFISTER, Managervertrag, S. 145.

<sup>241</sup> SCHULZE, S. 157; siehe zum Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 2019, Nr. 28235.

<sup>242</sup> Vgl. etwa KUPFER/NEUSS, S. 296; MANOLI/HODGKINSON, S. 443; oder ELTER, S. 166 f.

<sup>243</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 81; ELTER, S. 163.

<sup>244</sup> Vgl. MANOLI/HODGKINSON, S. 439; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 2; KUPFER/NEUSS, S. 294; ELTER, S. 163 f.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102; GUROVITS KOHLI, S. 98; HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 2019, Nr. 28235, Rz. 1.

<sup>245</sup> KUPFER/NEUSS, S. 296; vgl. MANOLI/HODGKINSON, S. 443.

<sup>246</sup> Vgl. MANOLI/HODGKINSON, S. 443; KUPFER/NEUSS, S. 296.

sind überdies dessen Publikumswirkung und Image.<sup>247</sup> Ebenso von Bedeutung ist aus Sicht der Vermarktungsagentur (als Anbieterin von Vermarktungsdienstleistungen) der gegenwärtige Stand der Vermarktung der Sportrechte des Rechteinhabers. So können bereits existierende Nutzungen von Sportrechten durch Dritte weitere Vermarktungsmöglichkeiten einschränken.<sup>248</sup> Zuletzt wird die Vermarktungsagentur regelmässig eine auf längere Dauer angelegte Zusammenarbeit mit einem Rechteinhaber favorisieren.<sup>249</sup> Somit lässt sich sagen, dass es für die Übernahme der Vermarktung von Sportrechten aus Perspektive der Vermarktungsagentur als externer Dienstleisterin wesentlich auf diejenigen Umstände ankommt, die aus ihrer Perspektive eine erfolgsversprechende Vermarktung indizieren.

## 4 Zusammenfassung

- <sup>72</sup> Insgesamt gilt demnach, dass Fremdvermarktung von Sportrechten vorliegt, wenn diese Vermarktung vom Rechteinhaber in irgendeiner Form an eine Vermarktungsagentur ausgelagert ist. Die Vermarktungsagentur ist insofern externe, spezialisierte Dienstleisterin ([Rz. 67](#)). Für den Rechteinhaber geht es mit der Auslagerung zum einen darum, seine eigenen Defizite im Hinblick auf die bestmögliche Vermarktung seiner Rechte auszugleichen. Zudem erlaubt ihm die Abgabe dieser Aufgabe an einen Dritten, sich auf den Kernbereich seiner Tätigkeit – nämlich den Sport – zu konzentrieren ([Rz. 68 ff.](#)). Die Vermarktungsagentur, deren Geschäftsmodell in der Übernahme der Vermarktung für Rechteinhaber besteht, ist vor allem an möglichst attraktiven Vermarktungsaufträgen interessiert. Das beurteilt sich nach dem Vermarktungspotential der jeweiligen Sportrechte, allfälliger vorbestehender Nutzungen der Sportrechte sowie der möglichen Dauer der Zusammenarbeit mit dem Rechteinhaber ([Rz. 71 f.](#)).

---

<sup>247</sup> Für die Marke des Rechteinhabers als Grund für die Übernahme der Fremdvermarktung aus Sicht der Vermarktungsagentur MANOLI/HODGKINSON, S. 443; und für Sportclubs als Marken ROHLMANN, S. 522 ff.

<sup>248</sup> Vgl. MANOLI/HODGKINSON, S. 443; KUPFER/NEUSS, S. 296.

<sup>249</sup> MANOLI/HODGKINSON, S. 444; VON APPEN, Anwendbarkeit, S. 311 und S. 313; dazu auch ELTER, S. 166.

## II Modelle der Fremdvermarktung

### 1 Vorbemerkungen zu den Konstellationen der Fremdvermarktung

Kommt es zum *Outsourcing* der Vermarktung (Rz. 67), so stellt sich die Frage, wie die Vermarktungsagentur im Einzelfall für den Rechteinhaber tätig wird. Grundsätzlich ergibt sich das aus der Vereinbarung zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur, weshalb eine abschliessende Darstellung hier nicht möglich ist. In der Praxis haben sich zur Ausgestaltung der Fremdvermarktung immerhin mehrere Modelle entwickelt.<sup>250</sup> Sie werden nachfolgend unter den Oberbegriffen des «Vermittlungsmodells» (Rz. 74 ff.) auf der einen Seite und der «Eigengeschäfte der Vermarktungsagentur» (Rz. 92 ff.) auf der anderen Seite besprochen und gegeneinander abgegrenzt.

73

### 2 Vermittlungsmodell

#### a Die Vermittlung

Eine Möglichkeit der Auslagerung der Vermarktung von Sportrechten ist das Vermittlungsmodell: Die Vermarktungsagentur wird vom Rechteinhaber zur Vermittlung von Geschäften mit Verwertungspartnern beigezogen.<sup>251</sup> Zum besseren Verständnis dieses Modells soll eingangs dargelegt werden, was unter Vermittlung zu verstehen ist. Stets mitberücksichtigt werden muss dabei, was Vermarktung eigentlich meint: Es geht um jene Bestrebungen, die darauf zielen, Sportrechte der Verwertung zuzuführen (Rz. 11 f.).

74

<sup>250</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 21; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 620 f.; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; ELTER, S. 306 ff.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102; vgl. KÖRBER, Rz. 2487; GEISSINGER, S. 107 f.; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224.

<sup>251</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12 und § 23 Rz. 10; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29 f.; GUROVITS KOHLI, S. 98 und S. 103; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 81; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 22 und Rz. 27; vgl. DERSELBE, Verwertungsverträge, S. 312 f. und S. 316; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102; SCHULZE, S. 161; NETZLE, S. 58; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; KÖRBER, Rz. 2487 und Rz. 2489; VON APPEN/LANIG, S. 229 f.; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 76; GEISSINGER, S. 108; DUVINAGE, S. 569; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224.

- 75 Was die Vermittlung konkret ausmacht, wird im Schrifttum allerdings nicht einheitlich beantwortet. Teilweise wird unter Vermittlung das Ausfindigmachen von Dritten verstanden, die sich als Verwertungspartner eignen.<sup>252</sup> Genannt wird ebenso das Ansprechen Dritter, die als Verwertungspartner in Frage kommen.<sup>253</sup> Sodann wird verschiedentlich gesagt, dass Vermittlung darin bestehe, auf Dritte im Hinblick auf deren grundsätzliche Bereitschaft zum Abschluss eines Verwertungsvertrages mit dem Rechteinhaber einzuwirken.<sup>254</sup> Und schliesslich wird in der Lehre im Kontext der Vermittlung davon gesprochen, dass es darum geht, den Kontakt zwischen Rechteinhaber und potentiellen Verwertungspartnern herzustellen.<sup>255</sup>
- 76 Ziel der Vermittlung als Tätigkeit der Vermarktungsagentur ist in jedem Fall die Akquise von Verwertungspartnern für den Rechteinhaber.<sup>256</sup> Vermittlung bezweckt mit anderen Worten, Verwertungspartner für den Rechteinhaber zu gewinnen.<sup>257</sup> Dabei tritt die Vermarktungsagentur zwischen den Rechteinhaber und potentielle Verwertungspartner.<sup>258</sup> Ist in Zusammenhang mit der Sportvermarktung von Vermittlung die Rede, geht es folglich insgesamt um jene Tätigkeiten, die dem Rechteinhaber den Abschluss von Verwertungsverträgen mit Verwertungspartnern zu ermöglichen suchen.<sup>259</sup> Dritte, die als Verwertungspartner in Frage kommen, sollen ausfindig gemacht, angesprochen, vom Vertragsschluss mit dem Rechteinhaber überzeugt und am Ende mit dem Rechteinhaber im Hinblick auf den so aufgegleisten Vertragsschluss zusammengebracht werden. Hinzu kommen kann ausserdem die eigentliche Vorbereitung des Abschlusses von Verwertungsverträgen, einschliesslich der Ver-

---

<sup>252</sup> GUROVITS KOHLI, S. 98; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 22 und Rz. 33; KUPFER/NEUSS, S. 294 und S. 297; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366.

<sup>253</sup> VON APPEN/LANIG, S. 230; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 81.

<sup>254</sup> VON APPEN/LANIG, S. 233; ELTER, S. 311.

<sup>255</sup> VON APPEN/LANIG, S. 229 und S. 233; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; KÖRBER, Rz. 2489; GEISSINGER, S. 106.

<sup>256</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 30; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; vgl. SCHULZE, S. 162.

<sup>257</sup> HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224.

<sup>258</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 22 und Rz. 27; vgl. ELTER, S. 163; GEISSINGER, S. 105; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621 f.

<sup>259</sup> VON APPEN/LANIG, S. 230 und S. 233; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; KUPFER/NEUSS, S. 294 und S. 297; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 222; vgl. DUVINAGE, S. 569; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29 f.

tragsverhandlungen mit einem potentiellen Verwertungspartner.<sup>260</sup> Die Beteiligung der Vermarktungsagentur in der Vermittlung eines Verwertungsvertrages geht diesfalls so weit, dass sie dem Rechteinhaber unterschriftsreife Vertragsentwürfe zum Abschluss vorlegt.<sup>261</sup>

Im Kern bedeutet Vermittlung als Tätigkeit zur Vermarktung von Sportrechten folglich stets, die Grundlagen für den Abschluss von Verwertungsverträgen zwischen Dritten (als Verwertungspartnern) und dem Rechteinhaber zu schaffen.<sup>262</sup> Das ist der Gehalt der Vermittlung im hier verstandenen Sinne.

77

## **b Eingehen der Verwertungsverträge durch den Rechteinhaber**

### *i Grundsatz*

Nicht zur Vermittlung als Tätigkeit der Vermarktungsagentur in der Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell ([Rz. 74 ff.](#)) gehört der Abschluss der vermittelten Verwertungsverträge für den Rechteinhaber.<sup>263</sup> Vermittler bringen (in ebendieser Eigenschaft) ganz grundsätzlich keine Geschäfte für ihren Geschäftsherren zur Perfektion.<sup>264</sup> Für die Fremdvermarktung von Sportrechten im Vermittlungsmodell heisst das, dass der Rechteinhaber die von der Vermarktungsagentur vermittelten Verwertungsverträge prinzipiell selbst eingeht.<sup>265</sup> Die Tätigkeit der Vermarktungsagentur bleibt auf die Schaffung der Grundlagen hierfür ([Rz. 77](#)) beschränkt.<sup>266</sup>

78

<sup>260</sup> BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; VON APPEN, Anwendbarkeit, S. 316; im Ergebnis auch PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; vgl. NETZLE, S. 58; KUPFER/NEUSS, S. 297; VON APPEN/LANIG, S. 229 f.; GEISSINGER, S. 106.

<sup>261</sup> DUVINAGE, S. 569; KUPFER/NEUSS, S. 297; vgl. VON APPEN/LANIG, S. 230 f.

<sup>262</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621.

<sup>263</sup> Vgl. HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 27.

<sup>264</sup> BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 23 Vorb. zu Art. 23-40; vgl. BK-GAUTSCHI [1964], N 2b Vorb. zum Mäklervertrag und N 1a zu Art. 412.

<sup>265</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12 und § 23 Rz. 10; HONEGGER/EISELE, S. 77; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; VON APPEN/LANIG, S. 230 f.; DUVINAGE, S. 569; vgl. KUPFER/NEUSS, S. 297; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104 und Rz. 109; ELTER, S. 311; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 27; KÖRBER, Rz. 2489; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; NETZLE, S. 58; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 76; GEISSINGER, S. 108.

<sup>266</sup> So auch DUVINAGE, S. 569.

79 Damit ist zugleich gesagt, dass die Vermarktungsagentur als reine Vermittlerin nicht an den von ihr vermittelten Geschäften beteiligt ist.<sup>267</sup> Diese Verwertungsverträge bestehen allein zwischen Rechteinhaber und Verwertungspartner.<sup>268</sup> Konsequenterweise kommen allfällige Verwertungserlöse (Rz. 63), die aus solchen Verwertungsverträgen fließen, im Vermittlungsmodell dem Rechteinhaber zu.

## ii Abschlussfreiheit des Rechteinhabers

80 Ist es im Vermittlungsmodell an sich der Rechteinhaber, der die von der Vermarktungsagentur vermittelten Verwertungsverträge schliesst (Rz. 78), gilt es, dessen Vertragsfreiheit zu beachten. Dabei handelt es sich um die Freiheit des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob überhaupt, mit wem und mit welchem Inhalt er einen Vertrag abschliessen möchte.<sup>269</sup> Die Vertragsfreiheit umfasst somit unter anderem die Abschlussfreiheit;<sup>270</sup> die Freiheit, einen Vertrag abzuschliessen (positive Abschlussfreiheit) oder umgekehrt nicht abzuschliessen (negative Abschlussfreiheit).<sup>271</sup> Solange diese Abschlussfreiheit nicht eingeschränkt ist, steht es grundsätzlich im Belieben des Rechteinhabers, von der Vermarktungsagentur vermittelte Verwertungsverträge zum Abschluss zu bringen oder darauf zu verzichten (dazu Rz. 258).<sup>272</sup> Gleichzeitig ist es erst der Verwertungsvertrag (Rz. 61 f.), mit dem der Rechteinhaber einem Dritten die Nutzung der vertragsgegenständlichen Sportrechte erlaubt. Und solange der

---

<sup>267</sup> Siehe die Darstellungen des Vermittlungsmodells bei HONEGGER/EISELE, S. 78; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 78; ELTER, S. 308; vgl. HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; GUROVITS KOHLI, S. 103; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104 und Rz. 109.

<sup>268</sup> ELTER, S. 311; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621; vgl. DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 78; SCHULZE, S. 161; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 22 und Rz. 27; VON APPEN/LANIG, S. 230; HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; im Ergebnis PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104.

<sup>269</sup> HONSELL, S. 13; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 25.01.

<sup>270</sup> BK-KRAMER [1991], N 42 zu Art. 19–20; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 26.01; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 5 f. Vorb. zu Art. 1–40f; CHK-KUT, N 2 zu Art. 19–20 OR; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, N 4 zu Art. 19–20; BGE 80 II 26 E. 5a S. 39; je m.w.H.

<sup>271</sup> HUGUENIN, Rz. 151; BK-KRAMER [1991], N 43 f. zu Art. 19–20; CHK-KUT, N 2 zu Art. 19–20 OR; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, N 34 zu Art. 19–20; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, N 8 zu Art. 19–20; BGE 80 II 26 E. 5a S. 39; je m.w.H.

<sup>272</sup> Ebenso HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; VON APPEN/LANIG, S. 230; je zum deutschen Recht.

Rechteinhaber frei darüber befinden kann, ebendiesen Vertrag einzugehen oder nicht, behält er schlussendlich die Kontrolle über die Verwertung seiner Sportrechte.<sup>273</sup>

## c **Ausnahme: Abschluss der Verwertungsverträge durch die Vermarktungsagentur**

### i *Ausgangslage*

Verschiedentlich wird die Vermarktungsagentur im Rahmen der Auslagerung der Vermarktung von Sportrechten damit betraut, Verwertungsverträge nicht bloss zu vermitteln ([Rz. 74 ff.](#)), sondern für den Rechteinhaber auch abzuschliessen.<sup>274</sup> Die Tätigkeit der Vermarktungsagentur umfasst dann mehr als das Schaffen der Grundlagen für das Eingehen eines Verwertungsvertrages durch den Rechteinhaber (und damit mehr als Vermittlung; [Rz. 77](#)). Fraglich ist nun, wie der Abschluss von Verwertungsverträgen durch die Vermarktungsagentur für den Rechteinhaber rechtlich einzuordnen ist.

81

### ii *Direkte Stellvertretung im Allgemeinen*

#### (1) Begriff

Allgemein ist es das Institut der Stellvertretung, das rechtsgeschäftliches Handeln mit Wirkung für einen anderen ermöglicht.<sup>275</sup> Die Stellvertretung wird dann als direkt (echt, unmittelbar) bezeichnet, wenn das Handeln des Vertreters unmittelbar den Vertretenen trifft.<sup>276</sup> Sind die Voraussetzungen der direkten Stellvertretung erfüllt, so ist es mithin der Vertretene, der aus dem Han-

82

<sup>273</sup> DUVINAGE, S. 569; VON APPEN/LANIG, S. 230; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; vgl. VON APPEN, Anwendbarkeit, S. 316; ELTER, S. 311; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 79.

<sup>274</sup> GUROVITS KOHLI, S. 98 und S. 103; BALLASCH/KLIESCH, Fn. 3; ELTER, S. 311; SCHULZE, S. 161; KÖRBER, Rz. 2489; VON APPEN/LANIG, S. 233; vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104 und Rz. 109; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 27; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; NETZLE, S. 59; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12.

<sup>275</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 40.02; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1307; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 411; BUCHER, AT, S. 596; Urteil des BGer 4A\_76/2019 vom 15. Juli 2020 E. 5.1; vgl. KuKo OR-JUNG, N 1 zu Art. 32; ZK-KLEIN, N 1 Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40.

<sup>276</sup> Vgl. BSK OR I-WATTER, N 2 zu Art. 32; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 1 zu Art. 32; CHK-KUT, N 1 zu Art. 32 OR; KOLLER, Rz. 15.01; BK-BECKER, N 1 Vorb. zu Art. 32-40 (Stellvertretung). Dies in Abgrenzung zur indirekten Stellvertretung ([Rz. 99 ff.](#)).

deln des direkten Stellvertreters berechtigt und verpflichtet wird.<sup>277</sup> Nicht betroffen ist hingegen die Rechtssphäre des Vertreters.<sup>278</sup> Die direkte Stellvertretung stellt damit eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass eine Person nur mit Wirkung für sich selbst handeln kann.<sup>279</sup>

- 83 Direkte Stellvertretung bedeutet demnach Handeln in fremdem Namen und für fremde Rechnung.<sup>280</sup> An ihr sind drei Parteien beteiligt:<sup>281</sup> Erstens der selbst handelnde Vertreter, zweitens der Dritte, demgegenüber der Vertreter handelt, und drittens der Vertretene, für den gehandelt wird und bei dem die Wirkungen der Handlung des Vertreters unmittelbar eintreten.<sup>282</sup> Darin, also im Eintritt der Rechtswirkungen des Handelns des Vertreters unmittelbar in der Sphäre des Vertretenen, liegt die sogenannte Vertretungswirkung.<sup>283</sup> Die Handlung, welche der Vertreter für den Vertretenen vornimmt, wird als Vertreterhandlung bezeichnet,<sup>284</sup> die Beziehung zwischen Vertreter und Vertretenem ist das sogenannte Innenverhältnis und jene zwischen Vertretenem und Drittem das Aussenverhältnis.<sup>285</sup>

## (2) Voraussetzung und Wirkungen der direkten Stellvertretung

- 84 Die Voraussetzungen für die Vertretungswirkung des Handelns des Vertreters ergeben sich aus Art. 32 Abs. 1 OR. Verlangt ist Vertretungsmacht des Vertreters. Zusätzlich muss der Vertreter in fremdem Namen handeln.<sup>286</sup> Vertre-

---

<sup>277</sup> Art. 32 Abs. 1 OR; vgl. BK-BECKER, N 1 Vorb. zu Art. 32-40 (Stellvertretung).

<sup>278</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 41.09; vgl. auch TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 419; sowie KOLLER, Rz. 15.07; BUCHER, AT, S. 597; oder BK-BECKER, N 1 Vorb. zu Art. 32-40 (Stellvertretung).

<sup>279</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 406 und Rz. 411; CR CO I-CHAPPUIS, N 1 zu Art. 32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1306; ZK-KLEIN, N 1 Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40.

<sup>280</sup> CR CO I-CHAPPUIS, N 4 zu Art. 32; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 1 zu Art. 32; vgl. BUCHER, AT, S. 596.

<sup>281</sup> CR CO I-CHAPPUIS, N 2 zu Art. 32; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 40.02; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1309; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 416.

<sup>282</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 40.02; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1309, Rz. 1311 und Rz. 1314; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 416; KuKo OR-JUNG, N 1 und N 19 zu Art. 32; CR CO I-CHAPPUIS, N 2 zu Art. 32.

<sup>283</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 418; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1314; vgl. KOLLER, Rz. 15.01 und Rz. 15.06.

<sup>284</sup> BUCHER, AT, S. 596; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1311; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 417.

<sup>285</sup> CR CO I-CHAPPUIS, N 3 zu Art. 32; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 42.06; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 148 und N 160 zu Art. 32.

<sup>286</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 420; ZK-KLEIN, N 137 Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40; CHK-KUT, N 18 zu Art. 32 OR; BSK OR I-WATTER, N 12 zu Art. 32; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 1 zu Art. 32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1318; CR CO I-CHAPPUIS, N 10 zu Art. 32; BK-BECKER, N 1 und N 8 zu Art. 32; KuKo OR-JUNG, N 6 zu Art. 32; BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; BGE 97 IV 46 E. 4b S. 51. Weiter ist für den Eintritt der Vertretungswirkung verlangt, dass der Vertre-



tungsmacht ist die Rechtsmacht des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln.<sup>287</sup> Und unter Handeln in fremdem Namen ist nichts anderes als Handeln im Namen des Vertretenen zu verstehen.<sup>288</sup> « [L]e représentant doit faire savoir au tiers qu'il agit non pas en son propre nom, mais en celui d'un tiers ».<sup>289</sup>

Sofern Vertretungsmacht und Handeln in fremdem Namen vorliegen, wird gemäss Art. 32 Abs. 1 OR der Vertretene und nicht der Vertreter durch das jeweilige Handeln des zweitgenannten verpflichtet. Das Vertreterhandeln hat dann eben Vertretungswirkung. Das heisst nichts anderes, als dass ein vom Vertreter vorgenommenes Rechtsgeschäft unter diesen Voraussetzungen direkt «für und gegen den Vertretenen» wirkt.<sup>290</sup> Das gilt klarerweise für den Vertragsschluss in direkter Stellvertretung: Er bindet neben dem Dritten nicht den handelnden Vertreter, sondern statt seiner den am Abschluss nicht beteiligten Vertretenen.<sup>291</sup> Vertragsparteien werden also der Dritte sowie der Vertretene, nicht jedoch der Vertreter.<sup>292</sup> Man spricht diesbezüglich von einem sogenannten Vertretungsgeschäft.<sup>293</sup>

85

---

ter urteilsfähig ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1340, m.w.H.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 421 und Rz. 423; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 41.02; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 129 f. zu Art. 32; BK-BECKER, N 4 zu Art. 32). Und schliesslich darf die Rechtshandlung, welche der Vertreter für den Vertretenen vornimmt, nicht vertretungsfeindlich sein (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1341, m.w.H.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 421 f.; KOLLER, Rz. 16.17; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 41.01; ausführlich BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 76 ff. Vorb. zu Art. 32-40).

<sup>287</sup> Urteil des BGer 4A\_76/2019 vom 15. Juli 2020 E. 5.1; Urteil des BGer 4A\_504/2018 vom 10. Dezember 2019 E. 3.2.1; BGE 126 III 59 E. 1b S. 64, m.w.H. Das OR bezeichnet die Vertretungsmacht als Ermächtigung (beispielsweise in Art. 33 OR [GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1320]). Vertretungsmacht und Ermächtigung sind synonym zu verstehen (BSK OR I-WATTER, N 4 zu Art. 33).

<sup>288</sup> Urteil des BGer 4A\_76/2019 vom 15. Juli 2020 E. 5.1; Urteil des BGer 4A\_504/2018 vom 10. Dezember 2019 E. 3.2.1; BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; KOLLER, Rz. 16.03; CR CO I-CHAPPUIS, N 4 zu Art. 32; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 420 und Rz. 425; ZK-KLEIN, N 46 zu Art. 32.

<sup>289</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 425 [Hervorhebung hinzugefügt].

<sup>290</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 41.09; ebenso GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1315, m.w.H.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 418; CHK-KUT, N 34 zu Art. 32 OR; KOLLER, Rz. 15.01; vgl. BSK OR I-WATTER, N 23 zu Art. 32; BUCHER, AT, S. 596.

<sup>291</sup> BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 7 zu Art. 32.

<sup>292</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 418; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1315; KOLLER, Rz. 15.07.

<sup>293</sup> BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 7 zu Art. 32.

iii *Die Vermarktungsagentur als direkte Stellvertreterin des Rechteinhabers*

- 86 Soll die Vermarktungsagentur anlässlich der Fremdvermarktung über die reine Vermittlung hinaus die von ihr vermittelten Verwertungsverträge für den Rechteinhaber abschliessen können (Rz. 81), muss sie dessen direkte Stellvertreterin sein.<sup>294</sup> Denn erst als solche ist es ihr dem Gesagten (Rz. 82 f.) nach möglich, mit Wirkung für den Rechteinhaber zu handeln. Die wirksame Vertretung setzt dabei voraus, dass der Rechteinhaber die Vermarktungsagentur zum Abschluss von Verwertungsverträgen für sich ermächtigt hat und zweitgenannte einen solchen Verwertungsvertrag im Namen des Rechteinhabers schliesst (Rz. 84).<sup>295</sup>
- 87 Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommen die aus der Tätigkeit der Vermarktungsagentur resultierenden Verwertungsverträge unmittelbar zwischen Rechteinhaber und Verwertungspartner zustande. Neben dem Verwertungspartner wird der Rechteinhaber Partei des Verwertungsvertrages, nicht aber die Vermarktungsagentur. Deren eigene Rechtssphäre wird durch ihr Handeln als Vertreterin des Rechteinhabers nicht tangiert (Rz. 82 f. und Rz. 85). Damit ist das Ergebnis des Vermarktungsprozesses kein anderes, als wenn der Rechteinhaber den Verwertungsvertrag selbst schliessen würde (Rz. 78 f.).

**d Umfasst das Vermittlungsmodell die Bevollmächtigung zum Vertragsabschluss?**

- 88 Fraglich ist, ob es sich rechtfertigt, sowohl diejenigen Fälle, in denen die Vermarktungsagentur reine Vermittlerin ist, wie auch jene, in denen sie zusätzlich den Abschluss von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber übernimmt, dem Vermittlungsmodell zuzuordnen. In der sportrechtlichen Literatur wird teilweise vertreten, dass Sportvermarktung im Vermittlungsmodell lediglich vorliegt, wenn der Rechteinhaber die Verwertungsverträge selbst mit den Verwertungspartnern abschliesst.<sup>296</sup> Ist dies hingegen der Vermarktungsagentur als direkter Stellvertreterin des Rechteinhabers überlassen, so handelt es sich dieser Ansicht zufolge nicht mehr um Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell.

---

<sup>294</sup> Vgl. NETZLE, S. 59; GUROVITS KOHLI, S. 103; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12 und § 23 Rz. 10.

<sup>295</sup> GUROVITS KOHLI, S. 103.

<sup>296</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12 und § 23 Rz. 10; DUVINAGE, S. 568 f.; vgl. SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 76; GEISSINGER, S. 108; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; sowie NETZLE, S. 58 f., der für die Rolle der Vermarktungsagentur zwischen Vermittlungs- und Abschlussagentin differenziert.

dell.<sup>297</sup> Es wird also für die Subsumtion der ausgelagerten Vermarktung unter das Vermittlungsmodell auf die Person des Vertragsschliessenden abgestellt.<sup>298</sup> Offen ist vorderhand, ob das rechtlich begründet ist.

Dafür ist richtigerweise die Wirkungsweise der direkten Stellvertretung zu berücksichtigen. Schliesst die Vermarktungsagentur die Verwertungsverträge als direkte Stellvertreterin für den Rechteinhaber, so kommen diese Verträge genauso zwischen dem Rechteinhaber und dem Verwertungspartner zustande, wie wenn der Rechteinhaber sie selbst schliesst. Das Resultat des Bezuges der Vermarktungsagentur zur Fremdvermarktung ist also in jedem Fall identisch (Rz. 87). Das macht deutlich, dass stets zwischen dem Vertragsschluss als Rechtshandlung und der Frage, für wen diese Handlung vorgenommen wird, zu unterscheiden ist. Welche Person die Handlung des Vertragsschlusses vornimmt, sagt nichts darüber aus, wen die rechtlichen Wirkungen derselben Handlung treffen. Das entscheidet sich gemäss dem zur direkten Stellvertretung Ausgeführten (Rz. 82 ff.) ausschliesslich danach, für wen gehandelt wird.

Rechtlich relevant ist also noch nicht, ob der Rechteinhaber selbst oder aber die Vermarktungsagentur einen von der Vermarktungsagentur vermittelten Verwertungsvertrag abschliesst. Vielmehr kommt es darauf an, für wen dieser Vertragsschluss erfolgt.

Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell ist danach stets anzunehmen, wenn die Verwertungsverträge zwischen Rechteinhaber und Verwertungspartner zustande kommen sollen,<sup>299</sup> während die Vermarktungsagentur solche Verwertungsverträge zwischen Rechteinhaber und Verwertungspartner herbeizuführen berufen ist. Das umfasst neben der reinen Vermittlung von Verwertungsverträgen durch die Vermarktungsagentur ebenso diejenige Konstellation, in welcher die Vermarktungsagentur über die reine Vermittlung hinaus die Verwertungsverträge für den Rechteinhaber abschliessen soll.<sup>300</sup> Die Rolle

<sup>297</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12 und § 23 Rz. 10, der in dieser Gestaltung das Kommissionsmodell (dazu Rz. 98 ff.) als einschlägig erachtet.

<sup>298</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12 und § 23 Rz. 10; DUVINAGE, S. 568; vgl. NETZLE, S. 58 f.; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 76.

<sup>299</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 78; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; ELTER, S. 311; SCHULZE, S. 161; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 22 und Rz. 27; VON APPEN/LANIG, S. 230; KÖRBER, Rz. 2489.

<sup>300</sup> Gleicher Meinung GUROVITS KOHLI, S. 103; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; sowie PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102, Rz. 104 und Rz. 109; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621; und ELTER, S. 311; im Ergebnis wohl auch VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 27; anderer Meinung HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12 und § 23 Rz. 10; DUVINAGE, S. 568 f.; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 76; GEISSINGER, S. 108; sowie NETZLE, S. 58 f.

der Vermarktungsagentur ist in diesen Konstellationen im Kern nämlich jeweils die gleiche.

### 3 Eigengeschäfte der Vermarktungsagentur

#### a Vermarktung durch die Vermarktungsagentur in eigenem Namen

- 92 Neben der Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell ([Rz. 74 ff.](#)) kommt ebenso jene mittels Eigengeschäften der Vermarktungsagentur in Frage ([Rz. 73](#)). Diesfalls vermarktet die Vermarktungsagentur Sportrechte in eigenem Namen.<sup>301</sup> Unter Handeln in eigenem Namen wird im Allgemeinen verstanden, dass der Handelnde zum Ausdruck bringt, sich durch sein Handeln selbst berechtigen und verpflichten zu wollen.<sup>302</sup> Es gilt dann nichts anderes als der Grundsatz, dass die rechtlichen Wirkungen des Handelns beim Handelnden selbst eintreten.<sup>303</sup> In Abgrenzung zum Vertretungsgeschäft, bei dem die rechtlichen Wirkungen des Handelns nicht den Handelnden selbst, sondern den von ihm Vertretenen treffen ([Rz. 85](#)), wird hier von einem Eigengeschäft gesprochen.<sup>304</sup>
- 93 Handelt die Vermarktungsagentur in der an sie ausgelagerten Vermarktung in eigenem Namen, sucht sie die Verwertungsverträge mit Verwertungspartnern mithin für sich selbst (und eben nicht für den Rechteinhaber) zu schliessen.<sup>305</sup> Folglich sind die Verwertungsverträge in dieser Konstellation Eigengeschäfte der Vermarktungsagentur ([Rz. 92](#)). Damit ist es die Vermarktungsagentur, die

---

<sup>301</sup> GUROVITS KOHLI, S. 104; KÖRBER, Rz. 2487 f.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102 und Rz. 110; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25 f.; SCHULZE, S. 159; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 620; vgl. auch HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; NETZLE, S. 59 f.; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 81; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 76; DUVINAGE, S. 569.

<sup>302</sup> BK-BECKER, N 4 Vorb. zu Art. 32–40 (Stellvertretung); BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 166 zu Art. 32; ZK-KLEIN, N 116 zu Art. 32; BGE 100 II 210 E. 8a S. 211.

<sup>303</sup> PESTALOZZI, S. 38; VON TUHR/PETER, S. 347; ENGEL PIERRE, Traité, S. 407; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1306; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 406; CR CO I-CHAPPUIS, N 1 zu Art. 32.

<sup>304</sup> BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 7 zu Art. 32; KuKo OR-JUNG, N 1 und N 10 zu Art. 32.

<sup>305</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 111; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25 f.; NETZLE, S. 59 f.; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621 f.; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 75 f.; SCHULZE, S. 159; vgl. CHK-NETZLE, N 30 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; KÖRBER, Rz. 2488.

neben dem Verwertungspartner Partei des jeweiligen Verwertungsvertrages wird.<sup>306</sup> Der Rechteinhaber dagegen ist vertraglich mit den Verwertungspartnern nicht verbunden.<sup>307</sup>

Damit die Vermarktungsagentur Sportrechte eines Rechteinhabers in eigenem Namen vermarkten kann, ist ein zweistufiger Aufbau der Auslagerung der Vermarktung erforderlich.<sup>308</sup> Die Vermarktungsagentur muss zunächst überhaupt befugt sein, Verwertungsverträge als Eigengeschäfte zu schliessen. Im Verhältnis zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur geht es deshalb darum, letztere zur Vermarktung in eigenem Namen zu berechtigen.<sup>309</sup> Sodann ist es anschliessend die Vermarktungsagentur selbst, die in einem zweiten Schritt Verwertungspartnern das Recht einräumt, diese Sportrechte für ihre Zwecke zu nutzen. Dazu schliesst die Vermarktungsagentur eben Verwertungsverträge in eigenem Namen mit den Verwertungspartnern ab.<sup>310</sup>

94

## **b Handeln auf eigene oder fremde Rechnung**

Ungeachtet dessen, dass rechtlich ein Eigengeschäft vorliegt, wenn die Vermarktungsagentur Verwertungsverträge in eigenem Namen schliesst, können die Effekte ebendieses Geschäftes wirtschaftlich einen Dritten treffen.<sup>311</sup> Das Vorgehen der Vermarktungsagentur in eigenem Namen lässt sich deshalb weiter danach differenzieren, auf wessen Rechnung diese tätig wird.<sup>312</sup>

95

<sup>306</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621 f.; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 76; vgl. NETZLE, S. 60.

<sup>307</sup> Siehe die Darstellungen bei SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 75 f.; DERSELBE, Vermarktung, S. 621; ELTER, S. 309; HONEGGER/EISELE, S. 78; vgl. auch NETZLE, S. 60; CHK-NETZLE, N 30 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag.

<sup>308</sup> SCHULZE, S. 158 f.

<sup>309</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 110; vgl. GUROVITS KOHLI, S. 104; SCHULZE, S. 159; KÖRBER, Rz. 2488; CHK-NETZLE, N 30 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; NETZLE, S. 59 f.; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25 f.; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 75 f.; DERSELBE, Vermarktung, S. 621 f.

<sup>310</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 111; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25 f.; NETZLE, S. 59 f.; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621 f.; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 75 f.; SCHULZE, S. 159; vgl. CHK-NETZLE, N 30 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; KÖRBER, Rz. 2488.

<sup>311</sup> Vgl. allgemein zur Stellvertretung KuKo OR-JUNG, N 1, N 10 und N 24 zu Art. 32.

<sup>312</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25 f.; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; KÖRBER, Rz. 2488; weniger differenzierend dagegen PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102, die nur zwischen der Vermarktung in fremdem Namen und auf fremde Rechnung und derjenigen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung unterscheiden; in diesem Sinne auch SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621; vgl. DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 76; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; DUVINAGE, S. 569; GEISSINGER, S. 108; VON APPEN/LANIG, S. 230.

- 96 Handeln auf fremde Rechnung ist gegeben, wenn der wirtschaftliche Erfolg aus einem Geschäft nicht demjenigen zukommen soll, der dieses Geschäft tätigt, sondern einem anderen.<sup>313</sup> «*En d'autres termes, celui qui agit pour le compte d'autrui effectue des actes juridiques dont il n'est pas le destinataire économique finale*».<sup>314</sup> Umgekehrt handelt folglich derjenige auf eigene Rechnung, der den wirtschaftlichen Erfolg seines Handelns selbst zu erlangen beabsichtigt.<sup>315</sup> Das wirtschaftliche Ergebnis seinerseits ist nicht allein in den Auswirkungen finanzieller Art zu sehen. Vielmehr sind darunter jegliche Vor- und Nachteile zu verstehen, die mit dem jeweiligen Handeln einhergehen.<sup>316</sup>
- 97 Für die Fremdvermarktung mittels Eigengeschäften der Vermarktungsagentur stellt sich also jeweils die Frage, ob diese Eigengeschäfte in wirtschaftlicher Hinsicht für die Vermarktungsagentur oder den Rechteinhaber wirken sollen. Erst dadurch wird nämlich klar, für wen in wirtschaftlicher Hinsicht vermarktet wird. Derjenige trägt am Ende auch das ökonomische Risiko der Fremdvermarktung.

## c Kommissionsmodell

### i Handeln der Vermarktungsagentur für Rechnung des Rechteinhabers

- 98 Fremdvermarktung im Kommissionsmodell (zur Terminologie [Rz. 110 f.](#)) liegt vor, wenn die Vermarktungsagentur die Verwertungsverträge zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung des Rechteinhabers eingeht.<sup>317</sup> Der wirtschaftliche Erfolg aus diesen Verwertungsverträgen soll nicht für die Vermarktungsagentur selbst, sondern für den Rechteinhaber erzielt werden. Letzterer ist es, der die Vor- und Nachteile (finanzieller und sonstiger Art) aus der Vermarktung seiner Sportrechte durch die Vermarktungsagentur im Ergebnis vereinnahmen soll ([Rz. 96](#)).

---

<sup>313</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1426; vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 496; KuKo OR-JUNG, N 24 zu Art. 32; KOLLER, Rz. 21.04; PESTALOZZI, S. 39 f.; ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 407.

<sup>314</sup> ZUFFEREY, Rz. 25, unter Hinweis auf BK-FELLMANN, N 26 zu Art. 401 [Hervorhebung hinzugefügt].

<sup>315</sup> So auch TAUCHER, S. 50.

<sup>316</sup> TAUCHER, S. 50; im Ergebnis auch ZOGG, S. 979.

<sup>317</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12 und § 23 Rz. 10; NETZLE, S. 59; SCHULZE, S. 159; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 26; ELTER, S. 311; abweichende Verwendung der Bezeichnung als Kommissionsmodell bei SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621.

## ii Indirekte Stellvertretung im Allgemeinen

### (1) Begriff

Handelt jemand zwar in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung, liegt indirekte Stellvertretung vor.<sup>318</sup> Wie an der direkten (Rz. 83), sind auch an der indirekten Stellvertretung drei Personen beteiligt: (i) der in eigenem Namen handelnde indirekte Vertreter, (ii) der Dritte, mit dem der indirekte Vertreter das fragliche Geschäft abschliesst, sowie (iii) der indirekt Vertretene, den das Geschäft wirtschaftlich trifft.<sup>319</sup> Das Handeln des indirekten Vertreters stellt rechtlich (da in eigenem Namen erfolgend) Eigenhandeln dar,<sup>320</sup> wirtschaftlich jedoch Handeln für den Vertretenen. Vom indirekten Vertreter für den Vertretenen geschlossene Geschäfte sind damit rechtlich Eigengeschäfte, wirtschaftlich jedoch Fremdgeschäfte.<sup>321</sup> Sie werden auch als Ausführungsgeschäfte bezeichnet.<sup>322</sup>

99

Für diese Ausführungsgeschäfte gilt: Wird ein Geschäft in indirekter Stellvertretung getätigt, so tritt keine Vertretungswirkung (Rz. 84 f.) ein, da der Vertreter in eigenem Namen, also für sich selbst, handelt.<sup>323</sup> Ein vom indirekten Stellvertreter mit einem Dritten geschlossener Vertrag kommt damit zwischen selbigem und dem betreffenden Dritten zustande.<sup>324</sup> Für den Vertretenen entfaltet ein derartiges Geschäft dagegen unmittelbar keinerlei Wirkungen.<sup>325</sup>

100

<sup>318</sup> ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 407; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 165 zu Art. 32; BSK OR I-WATTER, N 29 zu Art. 32; PESTALOZZI, S. 39; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 495; CHK-KUT, N 1 zu Art. 32 OR; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 40.04; BUCHER, AT, S. 597; BK-BECKER, N 4 Vorb. zu Art. 32-40 (Stellvertretung); KuKo OR-JUNG, N 24 zu Art. 32; ZOGG, S. 979; BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; Urteil des BGer 4C.134/2005 vom 13. September 2005 E. 2.2.

<sup>319</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 496; ZUFFEREY, Rz. 43.

<sup>320</sup> BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 5 Vorb. zu Art. 32-40 und N 166 zu Art. 32; KuKo OR-JUNG, N 1, N 10 und N 24 zu Art. 32; ZK-KLEIN, N 118 zu Art. 32.

<sup>321</sup> Prägnant KuKo OR-JUNG, N 24 zu Art. 32.

<sup>322</sup> PESTALOZZI, S. 59; vgl. ZUFFEREY, Rz. 43; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 496.

<sup>323</sup> CHK-KUT, N 39 zu Art. 32 OR; KOLLER, Rz. 21.04; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 497.

<sup>324</sup> ZUFFEREY, Rz. 23; CHK-KUT, N 39 zu Art. 32 OR; KOLLER, Rz. 21.04; vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 178 zu Art. 32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1427; BGE 100 III 200 E. 8a S. 211.

<sup>325</sup> BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 178 zu Art. 32; CHK-KUT, N 39 zu Art. 32 OR; KOLLER, Rz. 21.04; ZUFFEREY, Rz. 21 und Rz. 111, m.w.H.; BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; BGE 100 II 210 E. 8a S. 211.

(2) Handeln für fremde Rechnung

- 101 Die indirekte Stellvertretung zeichnet sich dadurch aus, dass der wirtschaftliche Erfolg des Ausführungsgeschäftes nicht den handelnden Vertreter, sondern den Vertretenen trifft, obwohl letzterer am Ausführungsgeschäft überhaupt nicht beteiligt ist. Da die rechtlichen Wirkungen der Ausführungsgeschäfte ([Rz. 99 f.](#)) aber auf die daran beteiligten Personen (i.e. den Vertreter und den Dritten) beschränkt sind, muss dieser Erfolg in irgendeiner Form auf den Vertretenen überführt werden.<sup>326</sup> Nur dann handelt der Vertreter für fremde Rechnung.
- 102 Sollen die vom indirekten Stellvertreter begründeten Rechte und Pflichten auf den Vertretenen übertragen werden, sind weitere Rechtsgeschäfte erforderlich.<sup>327</sup> Forderungen aus Ausführungsgeschäften müssen beispielsweise an den indirekt Vertretenen zediert, vom Vertreter erworbene Sachen letzterem eigentumsrechtlich übertragen werden.<sup>328</sup> Umgekehrt hat der Vertretene dem Vertreter aus Ausführungsgeschäften erwachsene Verpflichtungen abzunehmen.<sup>329</sup> Mit diesem Transfer der rechtlichen Wirkungen des Ausführungsgeschäftes vom Vertreter auf den Vertretenen wird letzterem der Erfolg eben dieses Geschäftes verschafft.
- 103 Mit PESTALOZZI ist aber darauf hinzuweisen, dass sich der Zweck der indirekten Stellvertretung, also die Erzielung des wirtschaftlichen Erfolges für den Vertretenen, noch auf andere Art erreichen lässt. So bedarf es zur Verschaffung des wirtschaftlichen Ergebnisses des Ausführungsgeschäftes nicht zwingend der Übertragung von dessen rechtlichen Wirkungen. Das Ausführungsgeschäft kann vielmehr genauso zwischen indirektem Stellvertreter und Dritten abgewickelt werden. Anschliessend rechnen Vertreter und Vertretener über das (nun vollzogene) Ausführungsgeschäft ab.<sup>330</sup> Auf diese Weise erhält der Vertre-

---

<sup>326</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 496; ZUFFEREY, Rz. 21 und Rz. 114; vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 178 f. zu Art. 32; ZOGG, S. 979; PESTALOZZI, S. 44.

<sup>327</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1427; CHK-KUT, N 39 zu Art. 32 OR; vgl. KOLLER, Rz. 21.07; ZUFFEREY, Rz. 124.

<sup>328</sup> KOLLER, Rz. 21.07; BSK OR I-WATTER, N 31 zu Art. 32; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 179 zu Art. 32; CHK-KUT, N 1 und N 39 zu Art. 32 OR; CR CO I-CHAPPUIS, N 23 zu Art. 32.

<sup>329</sup> BSK OR I-WATTER, N 31 zu Art. 32; KOLLER, Rz. 21.07; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 179 zu Art. 32; CHK-KUT, N 1 und N 39 zu Art. 32 OR; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 40.04; CR CO I-CHAPPUIS, N 23 zu Art. 32.

<sup>330</sup> PESTALOZZI, S. 44; so nun auch ZUFFEREY, Rz. 121 ff.; im Ergebnis ebenso ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 410.



tene lediglich das «praktische Resultat» des Ausführungsgeschäftes.<sup>331</sup> Zu einer direkten Beziehung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten kommt es bei dieser Vorgehensweise hingegen nie.<sup>332</sup>

### (3) Grundverhältnis

Grundlage für die Übertragung des Erfolges des Ausführungsgeschäftes (auf die eine oder andere Weise; [Rz. 101 ff.](#)) ist in jedem Fall ein Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, aus welchem die Pflicht des zweitgenannten folgt, dem ersteren die Wirkungen des Geschäftes abzunehmen.<sup>333</sup> Spiegelbildlich muss der Vertreter aufgrund dieses Rechtsverhältnisses verpflichtet sein, aus dem Ausführungsverhältnis Erlangtes oder Erhaltenes auf den indirekt Vertretenen zu übertragen.<sup>334</sup> Erst dieses Rechtsverhältnis ist es also, das den Transfer der Vor- und Nachteile, die aus dem Ausführungsgeschäft folgen ([Rz. 96](#) und [Rz. 101 ff.](#)), auf den indirekt Vertretenen bewirkt.<sup>335</sup> Es vermittelt damit zugleich die Kompetenz des Vertreters, in wirtschaftlicher Hinsicht für den Vertretenen zu handeln.<sup>336</sup> Man kann insofern vom Grundverhältnis sprechen.<sup>337</sup> Anzumerken bleibt, dass es sich hierbei um ein rein internes Verhältnis (eben das Innenverhältnis) zwischen dem indirekten Vertreter und dem indirekt Vertretenen handelt.<sup>338</sup>

#### iii Die Vermarktungsagentur als indirekte Stellvertreterin des Rechteinhabers

Wird die Vermarktungsagentur zur Vermarktung der Sportrechte zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung des Rechteinhabers tätig, so ist sie indirekte Stellvertreterin ([Rz. 99 ff.](#)) des letzteren.<sup>339</sup> Die von der Vermarktungsagentur in eigenem Namen geschlossenen Verwertungsverträge sind diesfalls – in der stell-

<sup>331</sup> PESTALOZZI, S. 44; ebenso ZUFFEREY, Rz. 121.

<sup>332</sup> ZUFFEREY, Rz. 121; vgl. auch PESTALOZZI, S. 44.

<sup>333</sup> PESTALOZZI, S. 39 f.; ZUFFEREY, Rz. 25; BK-BECKER, N 4 Vorb. zu Art. 32-40 (Stellvertretung); vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32; ZOGG, S. 979.

<sup>334</sup> KuKo OR-JUNG, N 1 und N 25 zu Art. 32; BK-GAUTSCHI [1964], N 2a Vorb. zum Mäklervertrag.

<sup>335</sup> ENGEL PIERRE, Traité, S. 407; im Ergebnis ZOGG, S. 979.

<sup>336</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 496; PESTALOZZI, S. 39 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32.

<sup>337</sup> PESTALOZZI, S. 39 f.; ZUFFEREY, Rz. 43; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 496; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32; KuKo OR-JUNG, N 25 zu Art. 32.

<sup>338</sup> PESTALOZZI, S. 41; ZUFFEREY, Rz. 112; BGE 100 II 210 E. 8a S. 211 f.; vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32; BK-BECKER, N 17 zu Art. 32.

<sup>339</sup> So auch HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; NETZLE, S. 59.

vertretungsrechtlichen Terminologie – die Ausführungsgeschäfte ([Rz. 99 f.](#)). Sie stellen Eigengeschäfte der Vermarktungsagentur dar ([Rz. 93](#)).<sup>340</sup> Parteien der Verwertungsverträge sind dementsprechend einerseits die Vermarktungsagentur, andererseits die jeweiligen Verwertungspartner. Nicht beteiligt ist dagegen der Rechteinhaber; für ihn entfalten diese Verwertungsverträge unmittelbar keinerlei Wirkungen ([Rz. 100](#)): *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*. Sie binden lediglich die Vermarktungsagentur und den Verwertungspartner.<sup>341</sup> Die Vermarktung der Sportrechte soll im Kommissionsmodell jedoch für Rechnung des Rechteinhabers erfolgen ([Rz. 98](#)). Intendiert ist mit anderen Worten, dass die Vermarktung der Sportrechte wirtschaftlich den Rechteinhaber trifft. Dafür muss der Erfolg der Vermarktung von der Vermarktungsagentur auf den Rechteinhaber übertragen werden. Dafür ist seinerseits das Grundverhältnis massgeblich ([Rz. 104](#)), also das Innenverhältnis zwischen Vermarktungsagentur als indirekter Vertreterin und Rechteinhaber als indirekt Vertretenem.

- 106 Entsprechend dem oben Ausgeführten ([Rz. 101 ff.](#)) gibt es dabei zwei Möglichkeiten, den Erfolg der Verwertungsverträge von der Vermarktungsagentur auf den Rechteinhaber zu überführen. Einerseits kann das Grundverhältnis den Transfer der rechtlichen Wirkungen der Handlungen der Vermarktungsagentur auf den Rechteinhaber vorsehen. Das würde bedeuten, dass der Rechteinhaber die Verwertungsverträge als Ausführungsgeschäfte von der Vermarktungsagentur übernimmt. Auf diesem Wege käme eine direkte rechtliche Beziehung zwischen Rechteinhaber und Verwertungspartner zustande ([Rz. 102](#)).
- 107 Andererseits ist ebenso denkbar, dass die Verwertungsverträge gänzlich von Vermarktungsagentur und Verwertungspartner abgewickelt werden. Erst in einem zweiten Schritt rechnen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur über diese Abwicklung ab. *Qua* Grundverhältnis werden demnach nurmehr die wirtschaftlichen Folgen der Verwertungsverträge von der Vermarktungsagentur auf den Rechteinhaber transferiert. Rechteinhaber und Verwertungspartner stehen nie in einer direkten rechtlichen Beziehung zueinander ([Rz. 103](#)).<sup>342</sup>
- 108 Im Kontext des Handelns der Vermarktungsagentur auf Rechnung des Rechteinhabers ist in Erinnerung zu rufen, dass der eigentliche Vermarktungserfolg das Zustandekommen von Verwertungsverträgen über die zu vermarktenden Sportrechte ist. Aus diesen Verwertungsverträgen fließt, gleichsam als Erfolg

---

<sup>340</sup> Vgl. NETZLE, S. 59; HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 10.

<sup>341</sup> Vgl. NETZLE, S. 60.

<sup>342</sup> In diesem Sinne auch SCHULZE, S. 159, zum deutschen Recht.

dieses Erfolges, der Verwertungserlös ([Rz. 62 f.](#)). Entscheidend für die Frage, ob gemäss Grundverhältnis eine Übertragung des wirtschaftlichen Erfolges aus den Verwertungsverträgen von der Vermarktungsagentur auf den Rechteinhaber zu erfolgen hat, ist deshalb namentlich, ob allfällige Verwertungserlöse, die die Vermarktungsagentur mit dem Eingehen von Verwertungsverträgen in eigenem Namen erzielt, dem Rechteinhaber abzuliefern sind.<sup>343</sup> Ist dem so, liegt Vermarktung durch die Vermarktungsagentur auf Rechnung des Rechteinhabers vor.<sup>344</sup>

Insgesamt bewirkt demnach allein die im Grundverhältnis vorgesehene Übertragung des wirtschaftlichen Erfolges von der Vermarktungsagentur auf den Rechteinhaber das Handeln der Vermarktungsagentur für Rechnung des Rechteinhabers ([Rz. 105](#)). Die Vertretung des Rechteinhabers durch die Vermarktungsagentur ist im Kommissionsmodell folglich keine rechtliche, sondern eine rein wirtschaftliche.<sup>345</sup> 109

#### iv Warum Kommissionsmodell?

##### (1) Zur Terminologie

Aus der Darlegung der indirekten Stellvertretung als Handeln der Vermarktungsagentur in eigenem Namen und für Rechnung des Rechteinhabers ([Rz. 105 ff.](#)) erschliesst sich auch, warum hier vom Kommissionsmodell die Rede ist ([Rz. 98](#)). Die Kommission ist ein in den Art. 425 ff. OR besonders geregelter Vertragstyp. Nach Art. 425 Abs. 1 OR besteht die Verpflichtung des Kommissionärs darin, in eigenem Namen, aber für Rechnung des Kommittenten, bewegliche Sachen oder Wertpapiere zu kaufen oder zu verkaufen.<sup>346</sup> Der Kommissionär ist indirekter Stellvertreter des Kommittenten.<sup>347</sup> 110

Wie bei der Kommission handelt es sich folglich bei der Fremdvermarktung von Sportrechten im Kommissionsmodell um einen Anwendungsfall der indirekten Stellvertretung. Während der Kommissionär in eigenem Namen beweg- 111

<sup>343</sup> In diesem Sinne auch SCHULZE, S. 159, zum deutschen Recht.

<sup>344</sup> Vgl. GUROVITS KOHLI, S. 103; im Ergebnis ebenso SCHULZE, S. 159, zum deutschen Recht.

<sup>345</sup> NETZLE, S. 59.

<sup>346</sup> Dazu etwa HUGUENIN, Rz. 3426; BSK OR I-LENZ/VON PLANTA, N 1 zu Art. 425; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 557; BUCHER, BT, S. 244; CR CO I-FLEGBO-BERNEY/VON PLANTA, N 1 Vorb. zu Art. 425-439.

<sup>347</sup> CR CO I-FLEGBO-BERNEY/VON PLANTA, N 1 Vorb. zu Art. 425-439; PESTALOZZI, Fn. 131; BSK OR I-LENZ/VON PLANTA, N 3 zu Art. 425, unter Hinweis auf Urteil des BGer 4A\_496/2015 vom 11. Februar 2015 E. 3.3; im Ergebnis BUCHER, BT, S. 244; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 558.

liche Sachen oder Wertpapiere für Rechnung des Kommittenten kauft oder verkauft ([Rz. 110](#)), führt die Vermarktungsagentur Sportrechte des Rechteinhabers in eigenem Namen und für Rechnung des Rechteinhabers der Verwertung zu ([Rz. 105 ff.](#)). Die Strukturierung der Fremdvermarktung von Sportrechten durch eine Vermarktungsagentur in eigenem Namen und auf fremde Rechnung ist demnach vergleichbar mit jener der Kommission im Sinne von Art. 425 ff. OR. Daher rechtfertigt sich die Bezeichnung als Kommissionsmodell.<sup>348</sup>

(2) Abgrenzung zur Vermittlung mit Abschlussvollmacht insbesondere

- 112 Die strukturelle Vergleichbarkeit von Fremdvermarktung von Sportrechten im Namen der Vermarktungsagentur und für Rechnung des Rechteinhabers mit der Kommission ([Rz. 111](#)) macht deutlich, warum die Vermittlungstätigkeit mit Abschlussvollmacht nicht der Fremdvermarktung im Kommissionsmodell zugehört, sondern eine Unterart des Vermittlungsmodells ist. So werden im Vermittlungsmodell ([Rz. 81 ff.](#)) jeweils Rechteinhaber und Verwertungspartner Partei der Verwertungsverträge. Das ist unabhängig davon der Fall, ob der Rechteinhaber die Verwertungsverträge selbst schliesst oder von der Vermarktungsagentur für sich schliessen lässt. Letzterenfalls handelt die Vermarktungsagentur als direkte Stellvertreterin im Namen und für Rechnung des Rechteinhabers. Nichtsdestotrotz führt sie solche Verträge lediglich für den Rechteinhaber herbei (und bewirkt somit schlussendlich nichts anderes als eine blosser Vermittlerin). Dahingegen binden die Verwertungsverträge beim Kommissionsmodell als Eigengeschäfte der Vermarktungsagentur einzig diese sowie die Verwertungspartner. Den Rechteinhaber trifft das Geschäft nur wirtschaftlich ([Rz. 105 ff.](#)). Damit liegt indirekte Stellvertretung vor. Mit der hier vertretenen Einteilung der Modelle der Fremdvermarktung sind diese Modelle folglich kongruent zu den Formen der Stellvertretung.

---

<sup>348</sup> HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 10; so auch ELTER, S. 311, zum deutschen Recht; anderer Meinung SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621, der als Kommissionsmodell die Konstellation der Fremdvermarktung bezeichnet, in der die Vermarktungsagentur in eigenem Namen und auf eigene Rechnung tätig wird. Die Terminologie nach SCHLINDWEIN ist für das Schweizer Recht abzulehnen. Die Kommission beinhaltet gerade kein Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ([Rz. 110](#)).

## d Buy-Out-Modell

Ausgangspunkt des bisher Besprochenen ([Rz. 92 ff.](#)) war die Feststellung, dass die Vermarktungsagentur Verwertungsverträge im Zuge der Vermarktung von Sportrechten als Eigengeschäfte (also in eigenem Namen) schliessen kann. Im Kommissionsmodell wird nichtsdestotrotz auf Rechnung des Rechteinhabers vermarktet ([Rz. 98](#)). Genauso ist natürlich denkbar, dass die Vermarktungsagentur Verwertungsverträge nicht bloss in eigenem Namen, sondern ebenso für eigene Rechnung eingeht.<sup>349</sup> In der Literatur wird diese Konstellation als Buy-Out-Modell bezeichnet.<sup>350</sup> Fremdvermarktung im Buy-Out-Modell bedingt, dass der Rechteinhaber der Vermarktungsagentur vertraglich die Befugnis verleiht, Verwertungsverträge über seine Sportrechte als Eigengeschäfte (so bereits im Kommissionsmodell; [Rz. 94](#)) und zudem für eigene Rechnung zu schliessen.<sup>351</sup> 113

Auf eigene Rechnung handelt die Vermarktungsagentur diesfalls, da sie das wirtschaftliche Ergebnis ihres Handelns für sich selbst zu erzielen sucht ([Rz. 96](#)). Die Verwertungsverträge, die die Vermarktungsagentur als Eigengeschäfte schliesst, sollen im Buy-Out-Modell also nicht bloss in rechtlicher, sondern ebenso in wirtschaftlicher Hinsicht nur für sie selbst wirken. Das wirtschaftliche Ergebnis der Vermarktung kommt in dieser Konstellation mit hin der Vermarktungsagentur selbst zu.<sup>352</sup> Ein Transfer insbesondere von Verwertungserlösen auf den Rechteinhaber ist nicht vorgesehen. 114

Anzumerken ist, dass die praktische Relevanz des Buy-Out-Modells zur Ausgestaltung der Auslagerung der Vermarktung von Sportrechten abnimmt.<sup>353</sup> Die Rechteinhaber sind je länger je weniger bereit, die Vermarktung ihrer Sportrechte vollständig aus der Hand zu geben. 115

<sup>349</sup> CHK-NETZLE, N 30 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; DERSELBE, Sportrecht, § 13 Rz. 12; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 22; BALLSCH/KLIESCH, S. 360; KÖRBER, Rz. 2488; VON APPEN/LANIG, S. 230; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224.

<sup>350</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; ELTER, S. 311.

<sup>351</sup> Vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 110; HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; DERSELBE, Sportrecht, § 13 Rz. 12; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 22; DERSELBE, Verwertungsverträge, S. 316; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; SCHULZE, S. 159; CHK-NETZLE, N 30 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; KÖRBER, Rz. 2488; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 75 f.; DERSELBE, Vermarktung, S. 621; DUVINAGE, S. 569; ELTER, S. 311.

<sup>352</sup> Vgl. HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 111; SCHULZE, S. 159; ELTER, S. 311; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25.

<sup>353</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; VON APPEN, Anwendbarkeit, S. 316.

**e Einfluss der Ausgestaltung der Berechtigung der Vermarktungsagentur zur Vermarktung der Sportrechte in eigenem Namen auf das Modell der Fremdvermarktung**

*i Ausgangslage*

- 116 Nach einer in der Lehre vertretenen Meinung ist für die Fremdvermarktung im Buy-Out-Modell kennzeichnend, dass der Rechteinhaber der Vermarktungsagentur das eigentliche Recht zur Nutzung der Sportrechte einräumt.<sup>354</sup> Aufgrund ebenjener Berechtigung ist die Vermarktungsagentur zur Verwertung der Sportrechte an sich in der Lage, wie es auch ein Verwertungspartner zufolge eines Verwertungsvertrages ist ([Rz. 11](#) und [Rz. 61 f.](#)).
- 117 Fraglich ist vorderhand, ob es sich tatsächlich rechtfertigt, für das Buy-Out-Modell auf die Art der Berechtigung der Vermarktungsagentur an den von ihr zu vermarktenden Sportrechten abzustellen.

*ii Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Allgemeinen*

- 118 In Zusammenhang mit der möglichen Relevanz der Art der Berechtigung der Vermarktungsagentur an den Sportrechten für das Buy-Out-Modell ([Rz. 116](#)) sei an dieser Stelle an das fiduziarische Rechtsgeschäft erinnert. Ein solches ist dadurch charakterisiert, dass die eine Partei (die Fiduziantin) der anderen (der Fiduziarin) eine Berechtigung einräumt, die zwar von zweiterer in eigenem Namen wahrgenommen werden können soll, dies allerdings im Interesse und für Rechnung der ersteren.<sup>355</sup> Rechtliche und wirtschaftliche Inhaberschaft in Bezug auf den Gegenstand der Berechtigung, welche der Fiduziarin zukommt, fallen damit auseinander.<sup>356</sup> Kennzeichnend für ein fiduziarisches

---

<sup>354</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; vgl. DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; CHK-NETZLE, N 30 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HONEGGER/EISELE, S. 78. Auch im deutschen Schrifttum ist diese Ansicht verbreitet (in diesem Sinne etwa VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25; SCHULZE, S. 159; KÖRBER, Rz. 2488; ELTER, S. 311; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 110).

<sup>355</sup> BK-KRAMER [1986], N 119 zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 193 zu Art. 18; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 30.10; vgl. BSK OR I-WIEGAND, N 140 und N 146 zu Art. 18; ZOGG, S. 980; Urteil des BGer 4A\_474/2014 vom 9. Juli 2015 E. 5.1; Urteil des BGer 4F\_7/2020 vom 22. Februar 2021 E. 5.2.2.

<sup>356</sup> CR CO I-WINIGER, N 94 zu Art. 18.

Rechtsgeschäft ist folglich das Handeln in eigenem Namen und aus eigenem Recht, aber nichtsdestotrotz für fremde Rechnung.<sup>357</sup> Das lässt sich ohne weiteres auf die Fremdvermarktung von Sportrechten übertragen.

### iii *Vermarktung vor dem Hintergrund der Art der Berechtigung an den Sportrechten*

Aus dem zum fiduziarischen Rechtsgeschäft Gesagten ([Rz. 118](#)) folgt klarerweise, dass die Berechtigung der Vermarktungsagentur zur eigentlichen Nutzung und mithin zur Verwertung der Sportrechte nicht ausschliesst, dass die Vermarktung für Rechnung des Rechteinhabers erfolgt. Anders gewendet: Selbst wenn das Ergebnis der Vermarktung für den Rechteinhaber erzielt werden soll, kann der Vermarktungsagentur zum Zwecke der Vermarktung eine umfassende Berechtigung an den zu vermarktenden Sportrechten eingeräumt werden. Es handelt sich dann um nichts anderes als um eine fiduziarische Berechtigung. Die Vermarktungsagentur ist als umfassend Berechtigte zwar zur Vermarktung in eigenem Namen und aus eigenem Recht in der Lage, hat von dieser Berechtigung aber trotzdem für Rechnung des Rechteinhabers Gebrauch zu machen.

119

Wäre die Art der Berechtigung der Vermarktungsagentur an den von ihr zu vermarktenden Sportrechten für das *Buy-Out*-Modell kennzeichnend, wäre Weiteres zu bedenken. Diesfalls wäre bei umfassender Berechtigung der Vermarktungsagentur an den Sportrechten von Vermarktung im *Buy-Out*-Modell auszugehen, wenn der Erfolg der Vermarktung dem Rechteinhaber zukommen soll. Damit liegt jedoch gleichzeitig Vermarktung für Rechnung des Rechteinhabers vor. Das ist zugleich Vermarktung im Kommissionsmodell ([Rz. 98 ff.](#)). Die wesentlichen Merkmale von fiduziarischem Rechtsgeschäft und von indirekter Stellvertretung ([Rz. 99 ff.](#)) entsprechen sich mithin.<sup>358</sup> Ja soll «[indirekte] Stellvertretung [überhaupt] nie etwas anderes als fiduziarisches Handeln» sein.<sup>359</sup> Entsprechend liessen sich *Buy-Out*- und Kommissionsmodell nicht mehr trennen, wenn das *Buy-Out*-Modell über das Handeln der Vermarktungsagentur in eigenem Namen hinaus auch über die Art der Berechtigung an den Sportrechten definiert wäre.

120

<sup>357</sup> GAUTSCHI, Causa, S. 245.

<sup>358</sup> Vgl. ZOGG, Fn. 1; ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 232.

<sup>359</sup> ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 195 zu Art. 18; ebenso GAUTSCHI, Causa, S. 245; je m.w.H.; vgl. ZOGG, Fn. 1.

- 121 Unterscheidungskraft hinsichtlich der Vermarktung von Sportrechten in eigenem Namen besitzt vor diesem Hintergrund ([Rz. 119 f.](#)) im Ergebnis also lediglich das Kriterium, für wessen Rechnung die Vermarktung der Sportrechte *in concreto* erfolgt ([Rz. 95 f.](#)). Dafür ist nach dem bereits Ausgeführten ([Rz. 98](#) und [Rz. 105 ff.](#) bzw. [Rz. 114](#)) sodann einzig relevant, für wen nach dem Verhältnis zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur der Erfolg der Vermarktung erzielt werden soll.
- 122 Nach hier vertretener Meinung ist insgesamt davon abzusehen, das Buy-Out-Modell neben dem Handeln der Vermarktungsagentur in ihrem eigenen Namen über die Art ihrer Berechtigung an den Sportrechten zu definieren. Es gilt vielmehr, sich streng daran zu halten, für wessen Rechnung die Vermarktung erfolgt, wenn die Vermarktungsagentur Verwertungsverträge in eigenem Namen schließt. Im Buy-Out-Modell ist das die Rechnung der Vermarktungsagentur ([Rz. 113 f.](#)). Nur so wird eine trennscharfe und rechtlich schlüssige Abgrenzung der unterschiedlichen Modelle der Fremdvermarktung von Sportrechten erreicht.<sup>360</sup>

## 4 Zusammenfassung

- 123 Nach dem Obenstehenden ([Rz. 73 ff.](#)) lässt sich die Fremdvermarktung danach unterteilen, wie die Vermarktungsagentur für den Rechteinhaber tätig wird. Basierend darauf, in wessen Name und auf wessen Rechnung die Verwertungsverträge abgeschlossen werden sollen, lassen sich mehrere Modelle der Fremdvermarktung unterscheiden. Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell liegt vor, wenn die Vermarktungsagentur Verwertungsverträge zwischen dem Rechteinhaber und dem Verwertungspartner vermittelt ([Rz. 74 ff.](#)). Die Tätigkeit der Vermarktungsagentur kann dabei auf die reine Vermittlung beschränkt sein. Sie kann darüber hinaus aber ebenso als direkte Stellvertreterin den Vertragsschluss für den Rechteinhaber übernehmen ([Rz. 81](#)). Sie handelt diesfalls als direkte Stellvertreterin im Namen und für Rechnung des Rechteinhabers ([Rz. 86 f.](#)). Die Rolle der Vermarktungsagentur beschränkt sich so oder anders auf die Herbeiführung von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber. Im Vermittlungsmodell kommen die Verwertungsverträge damit immer zwischen Rechteinhaber und Verwertungspartner zu Stande ([Rz. 87](#)).

---

<sup>360</sup> So im Ergebnis auch SCHULZE, S. 159 f., zum deutschen Recht.



Fremdvermarktung ist weiter über Eigengeschäfte der Vermarktungsagentur möglich ([Rz. 92 ff.](#)). Hier schliesst die Vermarktungsagentur die Verwertungsverträge in eigenem Namen. Sie selbst ist demnach neben dem Verwertungspartner Partei des Verwertungsvertrages, der Rechteinhaber dagegen nicht ([Rz. 93](#)). Es kann sodann weiter danach differenziert werden, für wessen Rechnung die Verwertungsverträge geschlossen werden. Dafür ist entscheidend, wem der Erfolg der Vermarktung wirtschaftlich zukommen soll ([Rz. 95 f.](#)). 124

Einerseits kann das Verhältnis zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur derart ausgestaltet sein, dass das wirtschaftliche Resultat der Vermarktung im Ergebnis den Rechteinhaber trifft. Die mit dem Verwertungsvertrag verbundenen Vor- und Nachteile (namentlich der Verwertungserlös) sind von der Vermarktungsagentur auf den Rechteinhaber zu übertragen. Die Verwertungsverträge werden zwar im Namen der Vermarktungsagentur aber für Rechnung des Rechteinhabers geschlossen. Es liegt indirekte Stellvertretung vor. Diesbezüglich wird von Fremdvermarktung im Kommissionsmodell gesprochen ([Rz. 98 ff.](#)). 125

Andererseits kann der wirtschaftliche Erfolg der Vermarktung der Vermarktungsagentur selbst zukommen. In dieser Konstellation erfolgt die Vermarktung nicht nur im Namen, sondern auch für Rechnung der Vermarktungsagentur. Diese Gestaltung der Fremdvermarktung wird als *Buy-Out-Modell* bezeichnet. Eine Übertragung des Erfolges aus den Verwertungsverträgen von der Vermarktungsagentur auf den Rechteinhaber findet nicht statt ([Rz. 113 ff.](#)). Unerheblich für das *Buy-Out-Modell* ist nach hier vertretener Auffassung die Art der Berechtigung der Vermarktungsagentur an den Sportrechten. Denn wie der Vergleich mit dem fiduziarischen Rechtsgeschäft zeigt, sagt diese für sich genommen nichts darüber aus, auf wessen Rechnung die Vermarktung erfolgt ([Rz. 116 ff.](#)). 126

### **III Mögliche Vergütungsregelungen im Rahmen der Fremdvermarktung**

#### **1 Ausgangslage**

Gemein ist allen möglichen Gestaltungen der Auslagerung der Vermarktung von Sportrechten ([Rz. 73 ff.](#)), dass damit die Leistung von Vergütungen von einer an die andere Partei einhergeht. Für Rechteinhaber geht es nämlich darum, hierüber seine werthaltigen Positionen zu realisieren ([Rz. 11 f.](#)), wäh- 127

rend die Vermarktungsagentur als spezialisiertes Unternehmen in der Vermarktung aktiv ist ([Rz. 71 f.](#)). Vermarktung von Sportrechten erfolgt mithin nicht *pro bono publico*.

- 128 So unterschiedlich der Beizug einer Vermarktungsagentur zur Vermarktung der Sportrechte ausgestaltet sein kann, so unterschiedlich mögen die damit einhergehenden Vergütungsstrukturen ausfallen. Im Einzelnen ist hier wiederum auf die konkrete Vereinbarung abzustellen. Es gibt jedoch einige charakteristische Formen zur Regelung der Vergütung der Vermarktungsagentur im Falle der Fremdvermarktung,<sup>361</sup> auf die nachstehend eingegangen wird.

## 2 Vergütung im Vermittlungs- und Kommissionsmodell

### a Grundsatz

- 129 Im Vermittlungs- und im Kommissionsmodell ([Rz. 74 ff.](#) bzw. [Rz. 98 ff.](#)) ist es typischerweise die Vermarktungsagentur, die vom Rechteinhaber, dessen Geschäft (zumindest) wirtschaftlich betrachtet geführt wird, vergütet wird. Im Gegenzug ist es der Rechteinhaber, dem die Verwertungserlöse zukommen: Die Vermarktung erfolgt für seine Rechnung ([Rz. 79](#) bzw. [Rz. 98](#) und [Rz. 105 ff.](#)). Lehre und Praxis kennen dabei unterschiedlichste Möglichkeiten zur Ausgestaltung der Vergütung der Vermarktungsagentur. In Frage kommt etwa eine Provision oder die einmalige oder wiederholte Leistung fixer Beträge durch den Rechteinhaber.<sup>362</sup> Dabei knüpft die Vergütung der Vermarktungsagentur

---

<sup>361</sup> Siehe dazu etwa HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25 ff.

<sup>362</sup> Zur Provision als Vergütung der Vermarktungsagentur VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 2, Rz. 27 und Rz. 44; DERSELBE, Verwertungsverträge, S. 316; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102 und Rz. 104, letzterenorts m.w.H.; GEISSINGER, S. 108; SCHULZE, S. 162; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; DUVINAGE, S. 570; KÖRBER, Rz. 2489; GUROVITS KOHLI, S. 98; Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 2019, Nr. 28235, Rz. 20; Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PTH.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021; und zur Vergütung mittels fixer Beträge SCHULZE, S. 162; KÖRBER, Rz. 2489, m.w.H.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105.

regelmässig an den Erfolg der Vermarktung an.<sup>363</sup> Fraglich ist in diesem Zusammenhang, was unter dieser Erfolgsabhängigkeit im Einzelfall zu verstehen ist. Das bedarf der Erläuterung.

## **b Rechtliche Einordnung der Erfolgsabhängigkeit der Vergütung**

### *i Vorbemerkung*

Erfolgsabhängigkeit bedeutet, dass die Vermarktungsagentur vereinbarungsgemäss nur dann Anspruch auf Vergütung haben soll, wenn die an sie ausgelagerte Vermarktung von Erfolg gekrönt ist.<sup>364</sup> Umgekehrt ist die Vergütung erfolgsunabhängig, wenn die Vermarktungsagentur ohne Rücksicht darauf, ob die Fremdvermarktung das gewünschte Ergebnis zeitigt, vom Rechteinhaber zu vergüten ist. Das lässt sich rechtlich klar verorten. 130

### *ii Zur Bedingung im Rechtssinne*

Wenn eine Rechtswirkung von einem künftigen und ungewissen Ereignis abhängt, liegt eine Bedingung im Rechtssinne vor.<sup>365</sup> Massgeblicher Zeitpunkt ist dabei das Setzen der Bedingung.<sup>366</sup> Künftig sind demzufolge solche Ereignisse, die bei Setzen der Bedingung weder gegenwärtig noch vergangen sind.<sup>367</sup> Ungewissheit ist gegeben, wenn dannzumal objektiv nicht feststeht, ob ein Ereignis tatsächlich eintreten wird oder nicht.<sup>368</sup> Das Setzen der Bedingung wird dabei regelmässig mit dem Abschluss des Rechtsgeschäftes einhergehen, des- 131

<sup>363</sup> Siehe zur Erfolgsbindung der Vergütung der Vermarktungsagentur GUROVITS KOHLI, S. 98; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 34; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; im Ergebnis auch SCHULZE, S. 162 f.

<sup>364</sup> Siehe zur erfolgsabhängigen Vergütung der Vermarktungsagentur SCHLINDWEIN, S. 639; SCHULZE, S. 162; vgl. KÖRBER, Rz. 2489; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224.

<sup>365</sup> ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 846 und S. 852; vgl. BUCHER, AT, S. 507; HUGUENIN, Rz. 1277; BK-BECKER, N 1 Vorb. zu Art. 151-157; GUHL/KOLLER, § 9 Rz. 2; KuKo OR-HONSELL, N 1 zu Art. 151; grundlegend bereits ENNECCERUS, S. 171 f. und S. 186; in der Rechtsprechung etwa BGE 122 III 10 E. 4b S. 15 f., m.w.H.; in dessen Folge auch BGE 135 III 433 E. 3.1 S. 436; sowie Urteil des BGer 4C.264/2004 vom 20. Oktober 2004 E. 3.4; und siehe zu den Bedingungen im Rechtssinne Art. 151 ff. OR.

<sup>366</sup> Für die Ungewissheit des Ereignisses BK-BECKER, N 13 Vorb. zu Art. 151-157, unter Hinweis auf ENNECCERUS, S. 174; grundlegend bereits ENNECCERUS, S. 174 und S. 186.

<sup>367</sup> HUGUENIN, Rz. 1281; vgl. BSK OR I-WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 13 Vor Art. 151-157, unter Hinweis auf BGE 96 II 119 E. 2 S. 125.

<sup>368</sup> BSK OR I-WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 13 Vor Art. 151-157; HUGUENIN, Rz. 1281; vgl. ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 846 f.; im Ergebnis BUCHER, AT, S. 507.

sen Wirksamkeit insgesamt oder in Teilen bedingt sein soll.<sup>369</sup> Doch lassen sich Bedingungen ebenso gut später vereinbaren.<sup>370</sup> Verlangt ist lediglich, dass das betreffende Ereignis, von dem die Rechtswirkung abhängig gemacht wird, in diesem Zeitpunkt immer noch künftige und ungewiss ist.

- 132 Aus dem Vorstehenden geht ausserdem bereits hervor, dass Rechtsgeschäfte sowohl insgesamt als auch bloss in Teilen bedingt sein können.<sup>371</sup> In Frage kommen im zweiten Fall namentlich bestimmte Ansprüche aus einem Vertragsverhältnis, das als Ganzes in seiner Wirksamkeit nicht von einem künftigen, ungewissen Ereignis abhängt.<sup>372</sup> Wirkt die Bedingung sodann dergestalt, dass sich die Rechtswirkungen nur einstellen, wenn die Bedingung eintritt (i.e. sich das künftige, ungewisse Ereignis verwirklicht), so ist sie suspensiv (aufschiebend; Art. 151 Abs. 1 OR).<sup>373</sup> Mit Bedingungseintritt entfaltet das suspensiv bedingte Geschäft bzw. entfalten seine suspensiv bedingten Teile *ipso iure* seine bzw. ihre Effekte.<sup>374</sup> Umgekehrt ist die Bedingung resolutiv (auflösend), wenn ihr Eintritt das Dahinfallen einer bestehenden Rechtswirkung zur Folge hat.<sup>375</sup> Die resolutive Bedingung macht mit anderen Worten den Fortbestand eines Rechtsgeschäftes oder einzelner seiner Teile von einem künftigen, ungewissen Ereignis abhängig.

---

<sup>369</sup> So etwa BUCHER, AT, S. 507; HUGUENIN, Rz. 1281; BSK OR I–WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 13 Vor Art. 151–157.

<sup>370</sup> BGE 84 II 355 E. 1 S. 364; in dessen Folge auch CR CO I–PICHONNAZ, N 2 zu Art. 151.

<sup>371</sup> BUCHER, AT, S. 506 f.; in dessen Folge auch BGE 122 III 10 E. 4b S. 15 f., m.w.H.; und BGE 135 III 433 E. 3.1 S. 436; vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 11.03; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3952; im Ergebnis KuKo OR–HONSELL, N 1 zu Art. 151; BSK OR I–WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 4 Vor Art. 151–157.

<sup>372</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3952; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 11.03; BUCHER, AT, S. 506; KuKo OR–HONSELL, N 1 zu Art. 151; vgl. BSK OR I–WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 4 Vor Art. 151–157. Anzumerken ist hier, dass die Begriffe Forderung und Anspruch in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung synonym verstanden werden (BGE 87 II 155 E. 3b S. 162 f.; ebenso GUHL/KOLLER, § 2 Rz. 15; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 181 Einleitung in das OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 80, m.w.H.; BSK OR I–ZELLWEGER–GUTKNECHT, N 40a Einleitung vor Art. 1 ff.; PORTMANN, subjektive Privatrechte, Rz. 182; anderer Meinung HUGUENIN, Rz. 26 ff. und insbesondere Rz. 30).

<sup>373</sup> ENGEL PIERRE, Traité, S. 849; KuKo OR–HONSELL, N 2 zu Art. 151; HUGUENIN, Rz. 1288; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 11.05 und Rz. 13.01; vgl. BK–BECKER, N 19 Vorb. zu Art. 151–157; GUHL/KOLLER, § 9 Rz. 12; BUCHER, AT, S. 507, m.w.H.; BSK OR I–WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 6 Vor Art. 151–157.

<sup>374</sup> BUCHER, AT, S. 513, m.w.H.; GUHL/KOLLER, § 9 Rz. 22; KuKo OR–HONSELL, N 8 zu Art. 151; BSK OR I–WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 9 zu Art. 151; ENGEL PIERRE, Traité, S. 857.

<sup>375</sup> Art. 154 Abs. 1 OR; KuKo OR–HONSELL, N 2 zu Art. 151; BSK OR I–WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 6 Vor Art. 151–157; HUGUENIN, Rz. 1289; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 11.05; GUHL/KOLLER, § 9 Rz. 12; ENGEL PIERRE, Traité, S. 850.

### iii *Zur Bedingtheit des erfolgsabhängigen Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur*

Soll die Vermarktungsagentur lediglich bei Erfolg der Vermarktung Anspruch auf Vergütung haben, so gilt nach dem zur Bedingung im Rechtssinne Gesagten (Rz. 131 f.) das Nachstehende: Ob die Vermarktung tatsächlich von Erfolg gekrönt sein wird, ist bei Abschluss des Vermittlungsvertrages ungewiss. Unklarheit besteht bereits dahingehend, ob es der Vermarktungsagentur überhaupt gelingen wird, Verwertungsverträge für den Rechteinhaber herbeizuführen. Abhängig ist dies etwa davon, ob sie potentielle Verwertungspartner ausfindig zu machen vermag, die bereit sind, Verwertungsverträge zu Konditionen abzuschliessen, die den Vorstellungen des Rechteinhabers gerecht werden (zur Vermittlung Rz. 74 ff.). Der Anspruch auf Vergütung ist bei erfolgsabhängigkeit folglich in seiner Entstehung von einem ebenso künftigen wie ungewissen Ereignis abhängig. Er entsteht nur und erst dann, wenn die Vermarktung erfolgreich war. Erfolgsabhängigkeit ist damit nichts anderes als suspensive Bedingtheit des Anspruches auf Vergütung. 133

### iv *Erfolgsunabhängigkeit der Vergütung der Vermarktungsagentur*

Ist der erfolgsabhängige Vergütungsanspruch ein suspensiv bedingter (Rz. 133), ist er *e contrario* erfolgsunabhängig, wenn er nicht bedingt ist. Der Bestand des Vergütungsanspruches hängt dann mit anderen Worten nicht davon ab, ob die Vermarktung tatsächlich zum Erfolg führt. Nichtsdestotrotz ist es weiterhin der Rechteinhaber, der die Vermarktungsagentur für die ausgelagerte Vermarktung zu vergüten hat (Rz. 129). 134

## 3 Vergütung im Buy-Out-Modell

Anders als im Kommissions- und im Vermittlungsmodell fällt die Vergütungsregelung üblicherweise im Buy-Out-Modell aus. Dort ist es in der Regel die Vermarktungsagentur, welche dem Rechteinhaber für die Berechtigung zur Vermarktung der Sportrechte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ein Entgelt leistet.<sup>376</sup> Letzteres kann seinerseits unterschiedlich ausgestaltet sein.<sup>377</sup> Einmal ist denkbar, dass die Vermarktungsagentur dem Rechteinhaber 135

<sup>376</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102 und Rz. 111; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; GUROVITS KOHLI, S. 103.

<sup>377</sup> Vgl. HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13.

einen festen Betrag ausrichtet.<sup>378</sup> Ebenso kann der Rechteinhaber prozentual an den Verwertungserlösen beteiligt werden.<sup>379</sup> Und schliesslich ist eine Kombination von fixer und variabler Vergütung denkbar.<sup>380</sup>

- 136 Genau wie für die Vergütung der Vermarktungsagentur im Vermittlungs- sowie im Kommissionsmodell ([Rz. 130 ff.](#)) kann die Vergütung des Rechteinhabers im Buy-Out-Modell erfolgsabhängig sein, muss dies aber nicht. Somit ist es hier ebenso möglich, die Entstehung des Anspruches vom Erfolg der Vermarktung abhängig zu machen (und damit suspensiv zu bedingen). Fehlt die entsprechende Abhängigkeit, ist der Vergütungsanspruch des Rechteinhabers auch im Buy-Out-Modell unbedingt. Anzumerken bleibt ein Letztes: Da die Vermarktung im Buy-Out-Modell jeweils für Rechnung der Vermarktungsagentur erfolgt, ist es stets sie, die über den Betrag der Vergütung hinausgehende Verwertungserlöse vereinnahmt.<sup>381</sup>

## 4 Zusammenfassung

- 137 Für die Ausgestaltung der Vergütungsregelung im Kontext der Fremdvermarktung ist nach dem Gesagten in einem ersten Schritt danach zu unterscheiden, welchem Modell diese folgt. Im Vermittlungs- ebenso wie im Kommissionsmodell ist es typischerweise der Rechteinhaber, der die Vermarktungsagentur vergütet ([Rz. 129](#)). Im Buy-Out-Modell hingegen leistet üblicherweise die Vermarktungsagentur ein Entgelt an den Rechteinhaber ([Rz. 135](#)). Als Vergütung kommen variable ebenso wie feste Beträge in Frage. Massgeblich ist vor allem die Differenzierung nach erfolgsabhängiger und -unabhängiger Vergütung. Während erstere suspensiv bedingt ist, womit der Anspruch auf Vergütung lediglich bei Erfolg der Vermarktung besteht, ist die erfolgsunabhängige Vergütung in jedem Fall geschuldet ([Rz. 133 f.](#) bzw. [Rz. 136](#)).

---

<sup>378</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; GUROVITS KOHLI, S. 106; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 111; vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25.

<sup>379</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 111; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 25; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; GUROVITS KOHLI, S. 106.

<sup>380</sup> GUROVITS KOHLI, S. 106; vgl. HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 3.

<sup>381</sup> Vgl. HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; GUROVITS KOHLI, S. 104; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 111.

## 5 Umfang der Fremdvermarktung

Neben den bereits besprochenen Aspekten – dem Grundsatz des *Outsourcings* (Rz. 67 ff.), den Modellen der Fremdvermarktung (Rz. 73 ff.) sowie der Vergütung (Rz. 127 ff.) – ist für die Fremdvermarktung genauso bedeutsam, in welchem Umfang die Vermarktung der Sportrechte auf die Vermarktungsagentur ausgelagert ist. Werden sämtliche Sportrechte eines Rechteinhabers durch die Vermarktungsagentur (fremd)vermarktet, so spricht man von Gesamtvermarktung.<sup>382</sup> Umfasst die an die Vermarktungsagentur ausgelagerte Vermarktung dagegen nur einen Teil der Sportrechte eines Rechteinhabers, so liegt Teilvermarktung vor.<sup>383</sup>

138

Der zu vermarktende Teil der Sportrechte kann dabei zum einen inhaltlich aus der Gesamtheit der Sportrechte des Rechteinhabers ausgeschieden sein.<sup>384</sup> Zum anderen ist Teilvermarktung aber ebenso gegeben, wenn die Vermarktungsagentur die Vermarktung nur hinsichtlich eines bestimmten Territoriums und nicht weltweit übernehmen soll.<sup>385</sup> Das bezügliche Gebiet lässt sich dabei auf unterschiedliche Arten festlegen. In Frage kommt beispielsweise die Anknüpfung an staatliche Grenzen. Das Territorium der Vermarktung kann sich bloss auf einen einzigen oder einige wenige Staaten ausdehnen, genauso gut aber sehr viele (wenn auch nicht sämtliche) Länder der Erde umfassen.<sup>386</sup> Denkbar ist zudem ein sprachliches Kriterium zur Abgrenzung des Territoriums der ausgelagerten Vermarktung.<sup>387</sup> So oder anders ist die Vermarktung jedenfalls nur auf ein (irgendwie) beschränktes Gebiet bezogen.<sup>388</sup> Inhaltliche und territoriale Begrenzung sind zudem kombinierbar, sodass das *Outsourcing* beispielsweise nur die Vermarktung einzelner Sportrechte eines Rechteinhabers in einem bestimmten Gebiet betreffen kann.<sup>389</sup>

139

<sup>382</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 23; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 7; vgl. KUPFER/NEUSS, S. 294.

<sup>383</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 23; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 7.

<sup>384</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 7; vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 23; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; KUPFER/NEUSS, S. 294.

<sup>385</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 7; vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 23 und Rz. 39; KUPFER/NEUSS, S. 297; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104.

<sup>386</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104.

<sup>387</sup> Vgl. GEISSINGER, S. 115.

<sup>388</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 23; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 7.

<sup>389</sup> Vgl. HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 7; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 23.

# I Zentrale oder dezentrale Vermarktung

## I Begriff der zentralen und dezentralen Vermarktung

140 Zur Thematik der Sportvermarktung gehört die Unterscheidung zwischen zentraler und dezentraler Vermarktung (mitunter auch als Gruppenvermarktung und Individualvermarktung bezeichnet).<sup>390</sup> Zentralvermarktung (respektive Gruppenvermarktung) liegt vor, wenn Sportrechte mehrerer Rechteinhaber durch einen übergeordneten Verband gebündelt vermarktet werden.<sup>391</sup> Die Vermarktung der Sportrechte erfolgt mithin für alle beteiligten Rechteinhaber gemeinsam und ist insofern «zentral».<sup>392</sup> Bei den Rechteinhabern kann es sich beispielsweise um Fussballclubs handeln.<sup>393</sup> Die (Zentral)Vermarktung ist dann einem (Liga)Verband anheimgestellt,<sup>394</sup> dem die einzelnen Fussballclubs angehören.<sup>395</sup> Umgekehrt ist dezentrale Vermarktung (bzw. Individualvermarktung) gegeben, wenn für die Vermarktung auf diese Bündelung bei einer übergeordneten Sportorganisation verzichtet wird. Sie verbleibt mithin den jeweiligen, einzelnen originären Rechteinhabern, deren Sportrechte jeweils unabhängig voneinander zur Vermarktung gelangen.<sup>396</sup>

---

<sup>390</sup> FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 33; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 6.

<sup>391</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 10; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 381; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 6; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 37 und Rz. 67 f.

<sup>392</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 381; BALLASCH/KLIESCH, S. 260; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 67.

<sup>393</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 6; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 67.

<sup>394</sup> Vgl. HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 10; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 381; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 6; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 67.

<sup>395</sup> Siehe hierzu etwa VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 6.

<sup>396</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 6; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 33.



# § 3 Beizug der Vermarktungsagentur: Vermittlungsvertrag als Grundlage

## A Vorbemerkungen

### I Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes

Unter den verschiedenen Modellen der Fremdvermarktung ([Rz. 73 ff.](#)) ist das Vermittlungsmodell ([Rz. 74 ff.](#)) mittlerweile das in der Praxis vorherrschende.<sup>397</sup> Wo es also zum *Outsourcing* der Vermarktung kommt, ist es typischerweise Aufgabe der Vermarktungsagentur, für den Rechteinhaber Verwertungsverträge mit Verwertungspartnern herbeizuführen. Wie gesehen ([Rz. 78 ff.](#)) kann die Vermarktungsagentur dabei einerseits reine Vermittlerin sein, andererseits zusätzlich als direkte Stellvertreterin den Abschluss der von ihr vermittelten Verwertungsverträge für den Rechteinhaber übernehmen. Meist bleibt die Vermarktungsagentur jedoch reine Vermittlerin (schliesst die Verwertungsverträge also nicht für den Rechteinhaber ab).<sup>398</sup> Zudem wird ihre Vergütung regelmässig erfolgsabhängig ausgestaltet.<sup>399</sup> Auf diese praktisch bedeutsamste Konstellation sollen die weiteren Ausführungen beschränkt sein.

141

---

<sup>397</sup> VON APPEN, *Anwendbarkeit*, S. 315; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN/LANIG, S. 230; SCHULZE, S. 161; so bereits NETZLE, S. 58; vgl. CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; ELTER, S. 310; KUPFER/NEUSS, S. 297; KÖRBER, Rz. 2489.

<sup>398</sup> CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366; VON APPEN, *Vermarktungsagenturen*, Rz. 25 und Rz. 27; DERSELBE, *Anwendbarkeit*, S. 316; VON APPEN/LANIG, S. 230; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; KUPFER/NEUSS, S. 297; siehe zur reinen Vermittlung als Aufgabe der Vermarktungsagentur zudem Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 2019, Nr. 28235, Rz. 3; Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PT11.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021.

<sup>399</sup> GUROVITS KOHLI, S. 98; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; SCHLINDWEIN, *Vermarktung*, S. 639; im Ergebnis PFISTER/FRITZWEILER, *PHB Sportrecht*, Kapitel 4 Rz. 102 f. und Rz. 105; VON APPEN, *Anwendbarkeit*, S. 316; DERSELBE, *Vermarktungsagenturen*, Rz. 27; VON APPEN/LANIG, S. 234; HÜGI, *Sportveranstalter*, S. 87; DERSELBE, *Sportrecht*, § 13 Rz. 13; HONEGGER/EISELE, S. 77; Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PT11.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021; siehe zu einem Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 2019, Nr. 28235, Rz. 20.

## II Vertrag zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur als Grundlage

142 Vorab festzustellen ist, dass der Tätigkeit der Vermarktungsagentur für den Rechteinhaber im Rahmen der Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell jeweils ein Vertrag zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zugrunde liegt;<sup>400</sup> eben der Vermittlungsvertrag ([Rz. 4](#)).<sup>401</sup>

---

<sup>400</sup> HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; DERSELBE, Sportrecht, § 13 Rz. 7 ff.; GUROVITS KOHLI, S. 98 f. und S. 103; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621 f.; vgl. DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 76 ff.; HONEGGER/EISELE, S. 77; NETZLE, S. 57; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; KUPFER/NEUSS, S. 296 f.; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 29 f.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102 ff.; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 33; DERSELBE, Verwertungsverträge, S. 311 und S. 315; VON APPEN/LANIG, S. 230; SCHULZE, S. 158 und S. 161; FECHNER/ARNHOLD/BRODFÜHRER, Kapitel 10 Rz. 81; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 222; ELTER, S. 311; KÖRBER, Rz. 2487; Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 2019, Nr. 28235, Rz. 19.

<sup>401</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN/LANIG, S. 230. Der Begriff des Vermittlungsvertrages bringt sehr präzise zum Ausdruck, was Gegenstand des betreffenden Vertrages ist: Die Auslagerung der Vermarktung von Sportrechten im Vermittlungsmodell, wobei die Tätigkeit der Vermarktungsagentur auf die reine Vermittlung beschränkt bleibt ([Rz. 74 ff.](#)). Daneben findet sich in der Lehre auch der Begriff des Marketingsvertrages (GUROVITS KOHLI, S. 99). Mehrheitlich wird der Vertrag zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur in der sportrechtlichen Literatur und Rechtsprechung des deutschen Sprachraums aber als Agenturvertrag bezeichnet (HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; HONEGGER/EISELE, S. 77; KUPFER/NEUSS, S. 296 f.; DUVINAGE, S. 570; VON APPEN/LANIG, S. 230; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 33 und Rz. 34; DERSELBE, Anwendbarkeit, S. 311; SCHULZE, S. 161 f.; ELTER, S. 311; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 222; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621 f.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102; Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 2019, Nr. 28235, Rz. 18 f.). Diese Bezeichnung ist nach hier vertretener Meinung abzulehnen. Der Agenturvertrag ist im schweizerischen Recht gesetzlich besonders geregelter Vertragstyp (Art. 418a ff. OR [vgl. PAETZOLD, S. 1; [Rz. 158](#)]). Dies ist im deutschen Recht anders. Die deutschrechtliche Entsprechung zum schweizerischen Agenturvertragsrecht ist das Handelsvertreterrecht, normiert in den §§ 84 ff. HGB (MAIER, Schweiz, S. 337; PAETZOLD, S. 1; LEISS, S. 12 f.; PADEL HANS, Der Agenturvertrag und seine Stellung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Bern 1943, S. 21 f.; BK-GAUTSCHI [1964], N 3c zu Art. 418a–418b; BSK OR I-PÄRLI, N 6 Vor Art. 418a–418v; Botschaft Agenturvertrag, S. 666). Die deutsche Lehre verwendet den Begriff des Agenturvertrages für den Vertrag zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur bei der Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell denn auch unabhängig von der Rechtsnatur dieses Vertrages im Einzelfall (vgl. SCHULZE, S. 161 ff.; im Ergebnis KUPFER/NEUSS, S. 297; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 34 ff.; DERSELBE, Anwendbarkeit, S. 311 f.; VON APPEN/LANIG, S. 230 ff.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 103; DUVINAGE, S. 570).

Unter Vertrag wird dabei das Rechtsverhältnis verstanden, das gleichsam als Rechtsfolge aus dem Vorgang des Vertragsschlusses resultiert.<sup>402</sup> Diese Bedeutung trägt der Vertragsbegriff namentlich im besonderen Teil des OR.<sup>403</sup> Ist vom Vermittlungsvertrag die Rede, ist damit folglich die Rechtsbeziehung zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur gemeint.<sup>404</sup> Das Rechtsgeschäft, das auf Herbeiführung eines Vertrages gerichtet ist, wird der Klarheit halber als «Vertragsschluss», «Abschluss des» oder «Eingehen des» Vertrages bezeichnet.<sup>405</sup>

---

<sup>402</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 234; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 238; GAUCH, System, S. 2; vgl. ZK-JÄGGI PETER, N 188 Vorb. vor Art. 1; BUCHER, AT, S. 40 f.

<sup>403</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 9.

<sup>404</sup> Wo es der Kontext erfordert jeweils einschliesslich des Vertragsdokumentes (TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 239; GAUCH, System, S. 2).

<sup>405</sup> Vertragsschluss ist der Austausch gegenseitiger übereinstimmender Willenserklärungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR. Als Rechtsgeschäft ist der Vertragsschluss auf die Herbeiführung einer dem erklärten Willen entsprechenden Rechtsfolge gerichtet (ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 158; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 224; BUCHER, AT, S. 40 f.; ZK-JÄGGI PETER, N 187 Vorb. vor Art. 1; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 8; vgl. TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 238).

## **B Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages**

### **I Ausgangslage**

- 144 In der weiteren Auseinandersetzung mit der Beziehung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur in der hier relevanten Konstellation (das heisst reine Vermittlung gegen erfolgsabhängige Vergütung; [Rz. 141 ff.](#)) ist als Erstes die Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages als Grundlage dieser Beziehung zu klären.

### **II Vertragsqualifikation im Allgemeinen**

#### **1 Grundsatz**

- 145 Zur Ermittlung der Rechtsnatur eines Vertrages dient dessen Qualifikation: Die Prüfung, ob ein konkreter Vertrag «dem einen oder anderen oder überhaupt keinem Vertragstyp des Gesetzes zugehört». <sup>406</sup> Das geschieht nicht zum Selbstzweck. Vielmehr erschliesst sich gerade über die Qualifikation, welche gesetzlichen Bestimmungen für einen bestimmten Einzelvertrag anwendbar sind. <sup>407</sup>
- 146 Die Qualifikation eines Vertrages ist dabei anhand seines Inhaltes vorzunehmen. <sup>408</sup> Zentral sind die (Haupt-)Leistungen. <sup>409</sup> Gestützt auf den Inhalt wird geprüft, ob der konkrete Vertrag die charakteristischen Merkmale eines im Gesetz besonders geregelten Vertragstyps aufweist. <sup>410</sup> Ist das der Fall, lässt sich der betreffende Vertrag als solcher des entsprechenden Typs qualifizie-

---

<sup>406</sup> GAUCH, Vertragstypenrecht, S. 5. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Qualifikation auf solche Innominatverträge ausgeweitet werden kann, die hinreichend anerkannt und für die zumindest einige Grundsätze im Gesetz festgehalten sind (TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 257).

<sup>407</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 256; vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 73; CARRON MAXENCE, S. 345.

<sup>408</sup> BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48; vgl. TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 257; GAUCH, Vertragstypenrecht, S. 5.

<sup>409</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 259; DERENDINGER, Rz. 54.

<sup>410</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 73; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 257, m.w.H. und Rz. 261; DERENDINGER, Rz. 54; PIAGET, S. 988.

ren.<sup>411</sup> Es liegt ein Nominatvertrag vor, auf den prinzipiell die zugehörigen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen.<sup>412</sup> Scheitert die Zuordnung des konkreten Einzelvertrages zu einem gesetzlich besonders geregelten Vertragstypen hingegen, weil ihm die entsprechenden typenwesentlichen Merkmale fehlen, so handelt es sich um einen Innominatvertrag.<sup>413</sup> Welche Normen diesfalls einschlägig sind, ergibt sich aus den Regeln zur Rechtsanwendung bei Innominatverträgen.<sup>414</sup>

## 2 Ermittlung des Vertragsinhaltes als Grundlage der Qualifikation: Auslegung

Da die Qualifikation nach dem Gesagten ([Rz. 146](#)) am Inhalt des zu qualifizierenden Vertrages anknüpft, ist in einem ersten Schritt (und mithin vor der EIGENTLICHEN Qualifikation) dessen Inhalt zu ermitteln.<sup>415</sup> Dazu dient die Auslegung.<sup>416</sup> Vorauszuschicken ist, dass sich der Inhalt eines Vertrages grundsätzlich daraus ergibt, was seine Parteien übereinstimmend als solchen gewollt haben.<sup>417</sup> Mittels Auslegung gilt es deshalb, den entsprechenden Parteiwillen zu eruieren.<sup>418</sup> Über diesen lässt sich feststellen, was die Parteien *qua* gegenseitiger Willensübereinstimmung zum Vertragsinhalt erhoben haben.<sup>419</sup> Dabei

147

<sup>411</sup> CARRON MAXENCE, S. 350; GAUCH, Vertragstypenrecht, S. 5; vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 75; PIAGET, S. 988.

<sup>412</sup> GAUCH, Vertragstypenrecht, S. 10; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 75 ff., m.w.H.

<sup>413</sup> PIAGET, S. 988; GAUCH, Vertragstypenrecht, S. 23; CARRON MAXENCE, S. 350.

<sup>414</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 86, m.w.H.; vgl. CARRON MAXENCE, S. 351 f.; GUROVITS KOHLI, S. 101.

<sup>415</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 73; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 259.

<sup>416</sup> BSK OR I–WIEGAND, N 2 zu Art. 18; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 73; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1196; siehe zum Vorgang der Auslegung statt vieler BSK OR I–WIEGAND, N 7 ff. und N 16 ff. zu Art. 18; zu Auslegungsmitteln und Auslegungsregeln GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1204 ff.; sowie einlässlich zur Auslegung BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 17 ff. zu Art. 18; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 309 ff. zu Art. 18; BSK OR I–WIEGAND, N 7 ff. zu Art. 18; BK–KRAMER [1986], N 21 zu Art. 18.

<sup>417</sup> VON TUHR/PETER, S. 285; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 18 zu Art. 18; BK–KRAMER [1986], N 21 zu Art. 18; vgl. KOLLER, Rz. 8.01; im Ergebnis auch HUGUENIN, Rz. 275; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1196 und Rz. 1200 f.; GUHL/KOLLER, § 12 Rz. 16 und Rz. 31; BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48.

<sup>418</sup> KOLLER, Rz. 8.01; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 18 zu Art. 18; vgl. auch BK–KRAMER [1986], N 21 zu Art. 18; BSK OR I–WIEGAND, N 7 zu Art. 18; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 314 ff. zu Art. 18; CHK–KUT, N 2 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1200 f.; HUGUENIN, Rz. 275; BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48.

<sup>419</sup> BK–KRAMER [1986], N 21 zu Art. 18; vgl. VON TUHR/PETER, S. 285; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1014 f.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 78; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 33.01; KOLLER, Rz. 8.01; KOLLER ALFRED, Vertragslücken und deren Füllung, AJP 2019, S. 1112 ff., S. 1112.

ist in erster Linie das von den Parteien tatsächlich gegenseitig übereinstimmend Gewollte entscheidend (sogenannte subjektive Auslegung).<sup>420</sup> Primär bestimmt sich der Inhalt des Vertrages also nach dem wirklichen Willen der Parteien.<sup>421</sup> Erst und nur sofern dessen Feststellung nicht (mehr) möglich ist, bestimmt sich der Inhalt des Vertrages nach dem mutmasslichen Willen der Parteien (sogenannte objektive Auslegung).<sup>422</sup> Dieser mutmassliche Wille basiert auf der Anwendung des Vertrauensprinzips.<sup>423</sup> Es ist danach zu fragen, «wie der jeweilige Erklärungsempfänger die Willensäusserung der andern Vertragspartei nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste».<sup>424</sup> Wie HUGUENIN zu Recht anmerkt, geht es im Rahmen der objektiven Auslegung damit im Ergebnis viel eher um eine Konstruktion des Parteiwillens nach Massgabe des Vertrauensprinzips als um die Ermittlung von etwas Vorbestehendem.<sup>425</sup>

### III Ermittlung der Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages

#### 1 Hinweis zur Einzelfallbezogenheit

148 Im Kontext des Zusammenspieles von Qualifikation und Auslegung ([Rz. 145 f.](#) bzw. [Rz. 147](#)) ist an dieser Stelle ein Hinweis anzubringen: Da die Qualifikation gestützt auf den *qua* Auslegung ermittelten Inhalt des zu qualifizierenden Vertrages vorzunehmen ist ([Rz. 146](#)), beruht sie notwendigerweise auf den in

---

<sup>420</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 33.02; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1017; je m.w.H.; vgl. auch CHK-KUT, N 2 zu Art. 18 OR; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 314 zu Art. 18; BSK OR I-WIEGAND, N 7 f. zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1200; BK-KRAMER [1986], N 21 zu Art. 18; HUGUENIN, Rz. 275 und Rz. 278, m.w.H.; BGE 127 III 444 E. 1b S. 445; BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48.

<sup>421</sup> BK-KRAMER [1986], N 21 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1200, m.w.H.; BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48; vgl. ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 314 zu Art. 18; BSK OR I-WIEGAND, N 7 f. zu Art. 18; GUHL/KOLLER, § 12 Rz. 31; BGE 119 II 368 E. 4b S. 372; BGE 127 III 444 E. 1b S. 445.

<sup>422</sup> BGE 119 II 368 E. 4b S. 372; vgl. BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48; BK-KRAMER [1986], N 67 zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 356 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1201; HUGUENIN, Rz. 275 und Rz. 282; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 33.02; je m.w.H.

<sup>423</sup> TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1022 f., m.w.H.; HUGUENIN, Rz. 282 und Rz. 283; BGE 119 II 368 E. 4b S. 372; BGE 127 III 444 E. 1b S. 445; BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 48; vgl. auch KOLLER, Rz. 9.06.

<sup>424</sup> BGE 140 III 134 E. 3.2 S. 138 f.; ebenso BK-BECKER, N 6 zu Art. 18; BK-KRAMER [1986], N 67 zu Art. 18; BGE 127 III 444 E. 1b S. 445.

<sup>425</sup> HUGUENIN, Rz. 282.

diesem konkreten Vertrag getroffenen Regelungen. Ihr ist demzufolge ein Einzelfallbezug inhärent. Abschliessend ist die Qualifikation eines Vermittlungsvertrages konsequenterweise nur im Einzelfall möglich und dort jeweils von der Vertragsgestaltung abhängig.<sup>426</sup> *E contrario* kann eine abstrakte, von einem konkreten Vertrag unabhängige Qualifikation nie über eine bloss dogmatische Annäherung hinausreichen. Ebenso wenig kann vorliegend ein – gleichsam allgemeingültiger – Inhalt eines jeden Vermittlungsvertrages festgestellt werden. Vielmehr geht es hier darum, den grundsätzlichen, typischen Regelungsgegenstand von Vermittlungsverträgen als Phänomen der Praxis als Ausgangspunkt zu nehmen und diesen als «Modell» einer Qualifikation zuzuführen. Damit ist zugleich gesagt, dass die nachstehenden Darstellungen stets unter dem Vorbehalt inhaltlicher Abweichungen eines konkreten Vertrages vom hier angenommenen Prototyp des Vermittlungsvertrages stehen.

## 2 Feststellung des Inhaltes des Vermittlungsvertrages

Anknüpfungspunkt für die Feststellung des typischen Inhaltes eines Vermittlungsvertrages ist dessen Regelungsgegenstand: der Beizug der Vermarktungsagentur durch den Rechteinhaber zur Vermarktung der Sportrechte des letzteren im Vermittlungsmodell ([Rz. 74 ff.](#)). Konkret geht es um jene Konstellation der Auslagerung der Vermarktung von Sportrechten, in der die Vermarktungsagentur die Rolle einer reinen Vermittlerin einnimmt ([Rz. 141](#)). Wesentliche Aufgabe der Vermarktungsagentur ist demnach die Vermittlung: Sie ist dazu berufen, für den Rechteinhaber die Grundlagen zum Abschluss von Verwertungsverträgen mit Verwertungspartnern zu schaffen (zur Vermittlung [Rz. 74 ff.](#)). Dabei muss es sich folgerichtig um ein zentrales Element des Vermittlungsvertrages handeln. Der Rechteinhaber seinerseits hat die Vermarktungsagentur zu vergüten ([Rz. 129](#)). Diese Vergütung ist primäre Leistung des Rechteinhabers unter dem Vermittlungsvertrag.<sup>427</sup> Besonders und nicht zu

149

<sup>426</sup> Vgl. auch CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; ausdrücklich zum deutschen Recht SCHULZE, S. 161; sowie VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 35; DERSELBE, Anwendbarkeit, S. 311 f.; und im Ergebnis PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104.

<sup>427</sup> HONEGGER/EISELE, S. 77; GÜROVITS KOHLI, S. 98; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; KÖRBER, Rz. 2489; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; SCHULZE, S. 162; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 34 und Rz. 44; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102 und Rz. 105.

vergessen ist die Erfolgsabhängigkeit dieser Vergütung in der hier massgeblichen Gestaltung der Fremdvermarktung (Rz. 141).

- 150 Zentraler Inhalt eines jeden Vermittlungsvertrages ist also die Vermittlung von Verwertungsverträgen durch die Vermarktungsagentur gegen erfolgsabhängige Vergütung durch den Rechteinhaber. Gestützt hierauf ist sodann die Qualifikation vorzunehmen.<sup>428</sup>

### 3 Qualifikation des Vermittlungsvertrages

#### a Ausgangslage

- 151 Für die Qualifikation des Vermittlungsvertrages ist zu ermitteln, ob sich ebener anhand der vorstehend (Rz. 149 f.) ermittelten, typischen Inhalte einem im Gesetz besonders geregelten Vertragstypen zuordnen lässt (Rz. 144 f.).<sup>429</sup> Es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob der Vermittlungsvertrag in dieser Gestaltung die charakteristischen Merkmale eines derartigen Vertragstypen aufweist.<sup>430</sup>
- 152 Das OR kennt mit dem Mäklervertrag und dem Agenturvertrag zwei besonders geregelte Vertragstypen, deren wesentlicher Gehalt die Vermittlung von Geschäften ist.<sup>431</sup> Im Rahmen der folgenden Qualifikation ist demgemäss zu prüfen, ob sich der Vermittlungsvertrag einem dieser zwei Typen zuordnen lässt. Dafür ist erforderlich, dass die Charakteristika von Mäkler- und Agenturvertrag bekannt sind. Deshalb gilt es in einem nächsten Schritt auf dem Weg zur Qualifikation des Vermittlungsvertrages die Typenmerkmale von Mäkler- und Agenturvertrag darzustellen.<sup>432</sup>

---

<sup>428</sup> GUROVITS KOHLI, S. 98 und S. 103; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; DERSELBE, Sportrecht, § 13 Rz. 12; NETZLE, S. 58; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 34; DERSELBE, Anwendbarkeit, S. 312; SCHULZE, S. 161; ELTER, S. 311; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 621 und S. 638; GEISSINGER, S. 108; VON APPEN/LANIG, S. 230; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; vgl. HONEGGER/EISELE, S. 77; KÖRBER, Rz. 2489; KUPFER/NEUSS, S. 297; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; BUY/MARMAYOU/PORACCHIA/RIZZO, Rz. 1366.

<sup>429</sup> GUROVITS KOHLI, S. 101.

<sup>430</sup> Vgl. GUROVITS KOHLI, S. 101.

<sup>431</sup> Für die Vermittlung als Gegenstand der Mäkelei BK-GAUTSCHI [1964], N 1a Vorb. zum Mäklervertrag; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 169; HONSELL, S. 374; CHK-BRACHER, N 2 zu Art. 412 OR; BURKHALTER, N 11 zu Art. 412, unter Hinweis auf BGE 84 II 521 E. 2b S. 525; und als Gegenstand des Agenturvertrages BK-GAUTSCHI [1964], N 3d Vorb. zu Art. 418a-418v; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 186.

<sup>432</sup> In diesem Sinne auch DERENDINGER, Rz. 23.



## b Mäklervertrag

### i Begriff des Mäklervertrages

Die gesetzliche Ordnung des Mäklervertrages findet sich in den Art. 412 ff. OR.<sup>433</sup> Nach Art. 412 Abs. 1 OR ist der Mäklervertrag ein Vertrag, mit dem die eine Partei (die Mäklerin) damit beauftragt wird, für ihre Auftraggeberin «gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln».

### ii Typenmerkmale des Mäklervertrages

#### (1) Vermittlung

Aus der Legaldefinition des Mäklervertrages in Art. 412 Abs. 1 OR fliesst als erstes Typenmerkmal die Vermittlung.<sup>434</sup> Vermittlung als Typenmerkmal des Mäklervertrages ist Vermittlung im weiteren Sinne. Erfasst ist jegliche Tätigkeit, die dem Auftraggeber einen Vertragsschluss ermöglichen soll.<sup>435</sup> Das bedeutet zugleich, dass auf Stufe der Qualifikation eines Vertrages als Mäklervertrag der Umfang der Vermittlung im Einzelfall nicht erheblich ist.<sup>436</sup> Solange nur eine Tätigkeit Vertragsinhalt ist, die die Ermöglichung eines Vertragsschlusses bezweckt, ist Vermittlung als Typenmerkmal des Mäklervertrages gegeben.

Zum Umfang der Vermittlung als charakteristischer Tätigkeit des Mäklers sei Nachstehendes angemerkt: Lehre und Rechtsprechung unterscheiden nach dem Wortlaut von Art. 412 Abs. 1 OR namentlich zwischen Nachweis- und Vermittlungsmäkelei.<sup>437</sup> Die Tätigkeit des Nachweismäklers ist darauf beschränkt, «de donner au mandant une conception qui lui manque: l'indication d'une per-

<sup>433</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4914; CR CO I-RAYROUX, N 1 zu Art. 412; DE HALLER, S. 2; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 169; THILO, S. 35.

<sup>434</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 1a zu Art. 412, m.w.H.; CHK-BRACHER, N 1 zu Art. 412 OR; vgl. BSK OR I-AMMANN, N 1 zu Art. 412; SCHWEIGER, S. 25 f.; GUGGENBÜHL, S. 25.

<sup>435</sup> FINK, S. 255, m.w.H.

<sup>436</sup> SCHWEIGER, S. 26; vgl. BK-GAUTSCHI [1964], N 3a f. Vorb. zum Mäklervertrag.

<sup>437</sup> CR CO I-RAYROUX, N 4 zu Art. 412; VON BÜREN, S. 209; HUGUENIN, Rz. 3340; BSK OR I-AMMANN, N 1 zu Art. 412; BUCHER, BT, S. 235; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4936; TURRETTINI, S. 15; THILO, S. 36 f.; Urteil des BGer 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 3; Urteil des BGer 4A\_562/2017 vom 7. Mai 2018 E. 3.1, m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.11, m.w.H.

sonne susceptible de conclure le contrat qu'il désire». <sup>438</sup> Der Auftrag des Vermittlungsmäklers geht dagegen weiter: Ihm ist eine aktive Förderung des Vertragsschlusses aufgetragen. <sup>439</sup> In Frage kommt etwa das Führen von Vertragsverhandlungen oder das Ausarbeiten von Vertragsentwürfen. <sup>440</sup> Dabei handelt es sich um Vermittlung im engeren Sinne. <sup>441</sup> Als Zwischenstufe wird verschiedentlich die Zuführungsmäkelei genannt. <sup>442</sup> Zuführen in diesem Sinne heisst, den direkten Kontakt zwischen Auftraggeber und potentiellen Vertragspartnern herzustellen. <sup>443</sup> Das ist mehr als blosses Nachweisen, jedoch weniger als eigentliche Förderung des Vertragsschlusses. <sup>444</sup> Es steht den Parteien des Mäklervertrages allerdings frei, den Umfang der Vermittlung im Einzelfall irgendwie und insbesondere ohne Bindung an die von Art. 412 Abs. 1 OR genannten Varianten festzulegen. <sup>445</sup>

## (2) Entgeltlichkeit

156 Zweites Typenmerkmal des Mäklervertrages ist die Entgeltlichkeit. <sup>446</sup> «Damit ein Vermittlungsauftrag als Mäklerauftrag qualifiziert werden kann, muss er entgeltlich sein». <sup>447</sup>

---

<sup>438</sup> TURRETTINI, S. 15 [Hervorhebung hinzugefügt]; ebenso VON BÜREN, S. 209; BUCHER, BT, S. 237; CR CO I-RAYROUX, N 4 zu Art. 412; BK-GAUTSCHI [1964], N 3b Vorb. zum Mäklervertrag; GUGGENBÜHL, S. 252 ff.

<sup>439</sup> CHK-BRACHER, N 4 zu Art. 412 OR; BUCHER, BT, S. 237; BSK OR I-AMMANN, N 1 zu Art. 412; Urteil des BGer 4A\_562/2017 vom 7. Mai 2018 E. 3.1, m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1, m.w.H.

<sup>440</sup> BSK OR I-AMMANN, N 1 zu Art. 412; für das Führen der Vertragsverhandlungen auch CR CO I-RAYROUX, N 4 zu Art. 412; oder TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4936; und für das Ausarbeiten von Vertragsentwürfen BK-GAUTSCHI [1964], N 3b Vorb. zum Mäklervertrag.

<sup>441</sup> Vgl. FINK, S. 254 f., m.w.H.

<sup>442</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 3a Vorb. zum Mäklervertrag; CHK-BRACHER, N 4 zu Art. 412 OR; BUCHER, BT, S. 235.

<sup>443</sup> HUGUENIN, Rz. 3343, m.w.H.; BUCHER, BT, S. 235 und S. 237; BK-GAUTSCHI [1964], N 3b Vorb. zum Mäklervertrag; ANTOGNAZZA, S. 32 f.

<sup>444</sup> GUGGENBÜHL, S. 282.

<sup>445</sup> GUGGENBÜHL, S. 249 f. und S. 282; ANTOGNAZZA, S. 30; CHK-BRACHER, N 4 zu Art. 412 OR; BK-GAUTSCHI [1964], N 3b Vorb. zum Mäklervertrag; im Ergebnis VON BÜREN, S. 209.

<sup>446</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4934; BK-GAUTSCHI [1964], N 2a zu Art. 412; TURRETTINI, S. 16; CHK-BRACHER, N 5 zu Art. 412 OR; MARQUIS, S. 33; BGE 124 III 481 E. 3a S. 482 f., m.w.H.; und in dessen Folge BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275; BGE 139 III 217 E. 2.3 S. 223; Urteil des BGer 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 3; Urteil des BGer 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.1; Urteil des BGer 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1.

<sup>447</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2a zu Art. 412.

### (3) Erfolgsbedingtheit

Drittes und letztes Typenmerkmal des Mäklervertrages ist die Erfolgsbedingtheit der Vergütung des Mäklers.<sup>448</sup> Der vereinbarte Anspruch auf Vergütung muss mithin in jedem Fall suspensiv bedingt sein, damit sich ein Mäklervertrag annehmen lässt.<sup>449</sup> Jene suspensive Bedingtheit ist gegeben, wenn die Entstehung des Vergütungsanspruches von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängt.<sup>450</sup> Nach (dispositiver) Regelung von Art. 413 Abs. 1 OR handelt es sich bei diesem Ereignis um das Zustandekommen der zu vermittelnden Verträge,<sup>451</sup> das seinerseits Folge der Vermittlungstätigkeit des Mäklers ist.<sup>452</sup>

157

## c Agenturvertrag

### i Begriff des Agenturvertrages

Neben dem Mäklervertrag ist weiter denkbar, dass sich der Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag qualifizieren lässt ([Rz. 152](#)). *Sedes materiae* dieses Vertragstyps sind die Art. 418a ff. OR.<sup>453</sup> Das Gesetz enthält jedoch keine Legaldefinition des Agenturvertrages selbst, sondern bestimmt lediglich, wer als

158

<sup>448</sup> BSK OR I-AMMANN, N 3 zu Art. 412; BUCHER, BT, S. 235; CR CO I-RAYROUX, N 1 zu Art. 413; sowie BK-GAUTSCHI [1964], N 3a zu Art. 412; und HUGUENIN, Rz. 3340; je m.w.H.; im Ergebnis GUGGENBÜHL, S. 25 f.; ALLEMANN/VON DER CRONE, S. 439 f.; THILO, S. 37; ANTOGNAZZA, S. 1; in der Rechtsprechung etwa BGE 124 III 481 E. 3a S. 482 f., m.w.H.; und bereits BGE 34 II 710 E. 3 S. 714, unter Hinweis auf BGE 27 II 469 E. 5 S. 472 f.; ebenso Urteil des BGer 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 3, m.w.H.; Urteil des BGer 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007 E. 3.2, m.w.H.; anderer Meinung SCHWEIGER, S. 29 f.; und im Ergebnis CHK-BRACHER, N 6 zu Art. 412 OR; KuKo OR-VLCEK, N 3 zu Art. 413, m. w. H.; sowie in dessen Folge VISCHER, Besprechung Urteil 4A\_269/2017, S. 520.

<sup>449</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 171; CR CO I-RAYROUX, N 37 zu Art. 412; BSK OR I-AMMANN, N 2 zu Art. 413; BK-GAUTSCHI [1964], N 3a zu Art. 413, m.w.H.; MARQUIS, S. 343; Urteil des BGer 4A\_309/2016 vom 31. August 2016 E. 2.1; so bereits BGE 27 II 469 E. 5 S. 472 f.; BGE 84 II 521 E. 2b S. 525; BGE 27 II 469 E. 5 S. 473.

<sup>450</sup> FINK, S. 258, m.w.H.

<sup>451</sup> BGE 27 II 469 E. 5 S. 472 f.; BGE 84 II 521 E. 2b S. 525; GUGGENBÜHL, S. 140; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4982; BK-GAUTSCHI [1964], N 3f zu Art. 412; VON BÜREN, S. 206; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 174; CHK-BRACHER, N 8 zu Art. 413 OR; TURRETTINI, S. 101; SCHWEIGER, S. 93 f.; MARQUIS, S. 343.

<sup>452</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4989; CR CO I-RAYROUX, N 19 zu Art. 413; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 530; vgl. HUGUENIN, Rz. 3353; GUGGENBÜHL, S. 140 und S. 245; ANTOGNAZZA, S. 17.

<sup>453</sup> BUCHER, BT, S. 239; VON BÜREN, S. 220; BK-GAUTSCHI [1964], N 4a Vorb. zu Art. 418a-418v; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5023.

Agent im Sinne des OR qualifiziert.<sup>454</sup> Nach Art. 418a Abs. 1 OR ist das zunächst, «wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln [...], ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen». Ebenjener Agent wird auch als Vermittlungsagent bezeichnet. Abschlussagent ist nach derselben Bestimmung derjenige Agent, der Verträge für den Auftraggeber nicht bloss vermitteln, sondern gar abschliessen soll.<sup>455</sup>

- 159 Damit ist zugleich gesagt, dass der Agenturvertrag zwei Unterarten aufweist: den Vermittlungs- sowie den Abschlussagenturvertrag.<sup>456</sup> Vorliegend ist nun die Einordnung eines Vertrages als Agenturvertrag zu prüfen, der die Vermittlung, nicht aber den Abschluss von Verträgen zum Gegenstand hat ([Rz. 149 f.](#)). Konsequenterweise geht es nurmehr um die Konstellation des Vermittlungsagenten ([Rz. 158](#)). Lehre und Rechtsprechung definieren den Vermittlungsagenturvertrag vor dem Hintergrund der Begriffsbestimmung des Agenten in Art. 418a Abs. 1 OR ([Rz. 158](#)) als Vertrag, gemäss dem sich die eine Partei (eben die Agentin) verpflichtet, der anderen Partei (der Auftraggeberin) dauernd Geschäfte zu vermitteln, ohne dass zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht.<sup>457</sup> Ist im Folgenden vom Agenturvertrag die Rede, so ist dieser Vermittlungsagenturvertrag gemeint.

---

<sup>454</sup> Botschaft Agenturvertrag, S. 671; CHK-MATHYS, N 1 zu Art. 418a OR; BURNAND, S. 19; vgl. BK-GAUTSCHI [1964], N 1a zu Art. 418a-418b.

<sup>455</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418a; BUCHER, BT, S. 239; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5042; ZK-BÜHLER, N 10 und N 12 zu Art. 418a; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 43.

<sup>456</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 3b Vorb. zu Art. 418a-418v.

<sup>457</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 186; BUCHER, BT, S. 239; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5037; HUGUENIN, Rz. 3384; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 540; BGE 29 II 104 E. 3 S. 109; BGE 40 II 390 E. 3 S. 392; Urteil des BGer 4C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 3.2. Geschäfte meint dabei nichts anderes als Verträge (Botschaft Agenturvertrag, S. 671).

ii *Typenmerkmale des Agenturvertrages*

(1) *Vermittlung*

(a) *Grundsatz*

Aus der eben ([Rz. 159](#)) genannten Definition des Agenturvertrages ergibt sich 160  
als erstes seiner charakteristischen Merkmale die Vermittlung als Tätigkeit des  
Agenten.<sup>458</sup> Nicht abschliessend geklärt ist aber, was unter Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages zu verstehen ist.

(b) *Eingeschränkter Begriffsgehalt nach ZÜRCHER*

Nach einem Teil der Lehre, der im Wesentlichen auf die Meinung ZÜRCHERS zu- 161  
rückgeht, liegt Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages nur vor,  
wenn die jeweilige Tätigkeit darauf abzielt, die Bereitschaft Dritter zum Ver-  
tragsschluss hervorzurufen. Verlangt ist damit eine eigentliche Einwirkung auf  
Dritte.<sup>459</sup> Folgerichtig stellt das blosses Nachweisen von Gelegenheiten zum  
Vertragsschluss diesem Teil des Schrifttums zufolge keine agenturvertragliche  
Vermittlungstätigkeit dar.<sup>460</sup> Gleiches soll nach ZÜRCHER gelten, wenn dem  
Auftraggeber Dritte lediglich zuzuführen sind, das Hervorrufen der eigentli-  
chen Abschlussbereitschaft indes Sache des Auftraggebers ist.<sup>461</sup> Wird die Ver-  
mittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages mit ZÜRCHER dergestalt eng  
gefasst, entspricht ihr Gehalt grundsätzlich der Vermittlung im engeren Sinne  
([Rz. 155](#)).

(c) *Ermittlung des Gehaltes des Begriffes der Vermittlung als  
Typenmerkmal des Agenturvertrages*

Hinzuweisen ist in Zusammenhang mit der Vermittlung als Typenmerkmal des 162  
Agenturvertrages darauf, dass namentlich ZÜRCHER den Begriffsgehalt der Ver-  
mittlung zugleich im Kontext der Voraussetzungen für die Entstehung des

---

<sup>458</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5042; im Ergebnis auch ZK-BÜHLER, N 5 zu Art. 418a, m.w.H.; BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418a; ZÜRCHER, S. 15.

<sup>459</sup> ZÜRCHER, S. 26; in dessen Folge auch ZK-BÜHLER, N 10 zu Art. 418a; je m.w.H.; ebenso LEISS, S. 20.

<sup>460</sup> So ZK-BÜHLER, N 10 zu Art. 418a; ZÜRCHER, S. 25, m.w.H.; LEISS, S. 21.

<sup>461</sup> ZÜRCHER, S. 25.

Vergütungsanspruches des Agenten bespricht.<sup>462</sup> Ohne den Ausführungen zur Entstehung des Vergütungsanspruches allzu sehr vorzugreifen (dazu [Rz. 355 ff.](#)), sei an dieser Stelle erwähnt, dass der Agent nach Art 418g Abs. 1 OR Anspruch auf Vergütung «für alle Geschäfte [hat], die er während des Agenturverhältnisses vermittelt [...] hat». Damit ein Geschäft nun als vom Agenten vermittelt gilt, muss seine Tätigkeit vertragsgemäss gewesen sein.<sup>463</sup> Der Agent hat mit anderen Worten nach Art. 418g Abs. 1 OR nur dann Anspruch auf Vergütung, wenn die tatsächlich zur Herbeiführung eines Geschäftes für den Auftraggeber entfaltete Tätigkeit Vermittlung in dem Umfang darstellt, die vertraglich gefordert ist.<sup>464</sup>

163 Das gesetzliche Agenturvertragsrecht selbst präzisiert aber überhaupt nicht, was unter Vermittlung (als Typenmerkmal des Agenturvertrages oder als Provisionsvoraussetzung) zu verstehen ist. Insbesondere für die Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages finden sich in der Literatur denn auch Umschreibungen, die von der eben genannten Begriffsbestimmung nach ZÜRCHER (Vermittlung in engerem Sinne; [Rz. 161](#)) abweichen. Mitunter wird Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages nämlich bloss als Zuführen von Kunden definiert.<sup>465</sup> Und verschiedentlich wird sie gar schlicht mit der Tätigkeit des Mäklers insgesamt gleichgesetzt.<sup>466</sup> Letztere ist insofern breiter als die Vermittlung im engeren Sinne, als sie alle Ausprägungen von Tätigkeiten umfasst, die der Ermöglichung eines Vertragsschlusses dienen. Das heisst, dass für die Qualifikation als Mäklervertrag das Vorliegen von Vermittlung im weiteren Sinne genügt. Der Umfang der Vermittlung kann von den Parteien des Mäklervertrages im Einzelfall frei festgelegt werden, ohne dass dies Folgen für die Qualifikation hat ([Rz. 154 f.](#)).

164 Nun ist nach der bundesrätlichen Botschaft zum Agenturvertrag die Aufgabe des Vermittlungsagenten keine andere als die des Mäklers: «Der Vermittlungsagent hat in der Tat analog dem Mäkler den Auftrag, Gelegenheit zum Abschluss von Verträgen nachzuweisen oder den Abschluss solcher zu vermit-

---

<sup>462</sup> ZÜRCHER, S. 23 ff., der a.a.O. gleichzeitig Aussagen zur Qualifikation macht; beschränkt auf agenturvertragliche Provisionsvoraussetzungen BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418g/h/i/k.

<sup>463</sup> ZÜRCHER, S. 24; im Ergebnis Urteil des Handelsgerichtes ZH HG170168-O U/ei vom 26. Juni 2019 E. 2.2.

<sup>464</sup> Illustrativ Urteil des Handelsgerichtes ZH HG170168-O U/ei vom 26. Juni 2019 E. 2.2, wo die für die Entstehung des Vergütungsanspruches erforderliche Qualität der Vermittlung allein aus der Parteivereinbarung abgeleitet wurde («*achieving signed contracts*» als aktive Förderung von Vertragsschlüssen [a.a.O. {Hervorhebung hinzugefügt}]).

<sup>465</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 6 zu Art. 418a; HUGUENIN, Rz. 3409; BURNAND, S. 37.

<sup>466</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 3b Vorb. zu Art. 418a-418v; im Ergebnis auch GUGGENBÜHL, S. 51.

teln».<sup>467</sup> Von der Botschaft zum Agenturvertragsrecht wird neben der eigentlichen Vermittlung des Abschlusses von Verträgen mithin ausdrücklich das Nachweisen der Gelegenheit zum Vertragsschluss als charakteristische Aufgabe des Agenten im Sinne des OR genannt.<sup>468</sup>

Der blosser Umstand, dass Art. 418a Abs. 1 OR nur von Vermittlung, nicht aber von Nachweisen spricht, kann konsequenterweise nicht bedeuten, dass vom Gesetzgeber beabsichtigt war, das betreffende Typenmerkmal des Agenturvertrages auf die Vermittlung im engeren Sinne zu begrenzen. Dies erst recht unter Berücksichtigung der treffenden Kritik GAUTSCHIS am Agenturvertragsrecht: «Erst in letzter Stunde ins OR eingefügt, trägt die Novelle den Charakter einer unwissenschaftlichen, auf den politischen und sozialen Kompromiss ausgerichteten Gesetzgebung. [...] Die Sprachkultur, welche der schweizerischen Privatrechtskodifikation nachgerühmt wurde, ist in der Novellengesetzgebung verloren gegangen».<sup>469</sup>

Vor diesem Hintergrund ([Rz. 162 ff.](#)) ist es nach hier vertretener Meinung durchaus angebracht, die Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages weiter zu fassen als die Vermittlung im engeren Sinne. Für das Vorliegen des agenturvertraglichen Typenmerkmals der Vermittlung reicht folglich aus, dass Vermittlung in irgendeiner Form (sprich Vermittlung im weiteren Sinne) Vertragsinhalt ist.<sup>470</sup> Ergo hat die Vermittlung als charakteristisches Merkmal des Agenturvertrages den selben Gehalt wie als Typenmerkmal des Mäklervertrages ([Rz. 154 f.](#)).

## (2) Dauerhaftigkeit

Weiteres, für den Agenturvertrag typenwesentliches Merkmal ist die Dauerhaftigkeit.<sup>471</sup> Der Agenturvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis:<sup>472</sup> «[Er] schafft ein auf bestimmte oder unbestimmte Zeitdauer berechnetes Verhältnis zwischen den Parteien, während dessen Bestand der Agent alle sich überhaupt bietenden Geschäftsmöglichkeiten ausnützen soll».<sup>473</sup> Dauerhaftigkeit setzt

<sup>467</sup> Botschaft Agenturvertrag, S. 664; ebenso GUGGENBÜHL, S. 51.

<sup>468</sup> Botschaft Agenturvertrag, S. 664.

<sup>469</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 4c und N 4f Vorb. zu Art. 418a–418v.

<sup>470</sup> So im Ergebnis auch GUGGENBÜHL, S. 51.

<sup>471</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5044; ZK-BÜHLER, N 5 zu Art. 418a, m.w.H.; ZÜRCHER, S. 17; im Ergebnis ebenso Botschaft Agenturvertrag, S. 672; CR CO I-DREYER, N 1 zu Art. 418a.

<sup>472</sup> ZK-BÜHLER, N 6 zu Art. 418a; HONSELL, S. 390; GAUCH, System, S. 11 f.; Urteil des BGer 4C.66/2002 vom 11. Juni 2002 E. 2.1; im Ergebnis ebenso BGE 75 II 53 E. 1a S. 54.

<sup>473</sup> Treffend ZÜRCHER, S. 17.

demnach voraus, dass die Vermittlung einer unbestimmten Vielzahl von Geschäften Vertragsgegenstand ist.<sup>474</sup> Das ist seinerseits der Fall, sofern tatsächlich stets weitere Geschäfte vermittelt werden sollen, solange der Vertrag besteht.<sup>475</sup>

### (3) Selbständigkeit des Agenten

- 168 Drittes Typenmerkmal des Agenturvertrages ist die Selbständigkeit des Agenten.<sup>476</sup> Wie sich bereits aus der Legaldefinition in Art. 418a Abs. 1 OR ([Rz. 158](#)) ergibt, darf gerade kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Agenten und seinem Auftraggeber vorliegen.<sup>477</sup> Vielmehr betreibt der Agent rechtlich und wirtschaftlich selbständig ein Gewerbe.<sup>478</sup> Er gestaltet seine Tätigkeit nach eigenem Belieben und teilt seine Zeit frei ein.<sup>479</sup> Es liegt mit anderen Worten allein am Agenten zu entscheiden, «wieviel Stunden am Tage er seiner Beschäftigung nachgeht, wann er seinen Urlaub nimmt, wie er seine Reisen gestaltet und an die Kunden herantritt, welche Werbemethoden er bevorzugt usw.». <sup>480</sup> Umgekehrt trägt er aber auch die Risiken aus seinem Geschäftsbetrieb.<sup>481</sup>

---

<sup>474</sup> ZK-BÜHLER, N 6 zu Art. 418a; LEISS, S. 23 f.; sowie TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5044; je unter Hinweis auf BGE 122 III 66 E. 3a S. 69; ebenso Botschaft Agenturvertrag, S. 672; im Ergebnis BGE 75 II 53 E. 1a S. 54.

<sup>475</sup> In diesem Sinne ZÜRCHER, S. 17; Botschaft Agenturvertrag, S. 672.

<sup>476</sup> ZK-BÜHLER, N 5 zu Art. 418a; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5046; je m.w.H.; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 43; Botschaft Agenturvertrag, S. 672; BGE 99 II 313 S. 313 f., m.w.H.; Urteil des BGer 4C.66/2002 vom 11. Juni 2002 E. 2.1; Urteil des BGer 4A\_86/2015 vom 29. April 2015 E. 4.1.

<sup>477</sup> So auch CHK-MATHYS, N 1 und N 4 zu Art. 418a OR; CR CO I-DREYER, N 1 zu Art. 418a.

<sup>478</sup> ZÜRCHER, S. 18; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 43; CHK-MATHYS, N 4 zu Art. 418a OR, m.w.H.; BSK OR I-PÄRLI, N 2 zu Art. 418a; BUCHER, BT, S. 240; vgl. Urteil des BGer 4A\_86/2015 vom 29. April 2015 E. 4.1.

<sup>479</sup> BUCHER, BT, S. 340; MAIER, Schweiz, S. 337, unter Hinweis auf DERSELBE, Deutschland, S. 97; Botschaft Agenturvertrag, S. 673; BGE 99 II 313 S. 314; Urteil des BGer 4C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 3.2.

<sup>480</sup> MAIER, Schweiz, S. 337, unter Hinweis auf DERSELBE, Deutschland, S. 97.

<sup>481</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 2 zu Art. 418a; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 189. Weitere Indizien für die Selbständigkeit bei ZÜRCHER, S. 19; CHK-MATHYS, N 5 zu Art. 418a OR; oder ZK-BÜHLER, N 18 zu Art. 418a; je m.w.H.



Aus der selbständigen Stellung des Agenten fliesst weiter, dass dieser dem Auftraggeber gleichgeordnet gegenübersteht.<sup>482</sup> Es besteht, im Unterschied zum Arbeitsvertrag, zwischen den Parteien des Agenturvertrages kein Subordinationsverhältnis.<sup>483</sup> 169

#### (4) Irrelevanz der Vergütung für die Qualifikation als Agenturvertrag

Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass die Vergütung des Agenten nach dem Willen des Gesetzgebers kein Typenmerkmal des Agenturvertrages darstellt.<sup>484</sup> Denn die Qualifikation als Agenturvertrag soll nicht an der Vergütungsregelung im konkreten Vertrag scheitern (dazu [Rz. 364](#)). Das ist der Grund, weshalb das Element der Vergütung in der Legaldefinition von Art. 418a Abs. 1 OR fehlt.<sup>485</sup> Der Anspruch auf Vergütung (dazu [Rz. 354 ff.](#)) folgt mithin aus der Qualifikation eines Vertrages als Agenturvertrag; er ergibt sich aus der Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes auf einen konkreten Vertrag.<sup>486</sup> «Das Entgelt ist bloss eine typische Wirkung, nicht aber ein begriffsnotwendiges Element des Agenturvertrages».<sup>487</sup> 170

### d Typenmerkmale von Mäkler- und Agenturvertrag im Vermittlungsvertrag

#### i Ausgangslage

Sind die Typenmerkmale der für die Qualifikation des Vermittlungsvertrages in Frage kommenden Nominatvertragstypen klar ([Rz. 153 ff.](#)), so kann in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob der Vermittlungsvertrag ebendiese Elemente aufweist. 171

<sup>482</sup> ZÜRCHER, S. 18.

<sup>483</sup> GAUCH, System, S. 13; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5046; ZK-BÜHLER, N 17 ff. zu Art. 418a; CHK-MATHYS, N 4 zu Art. 418a OR; je m.w.H.; BGE 136 III 518 E. 4.4 S. 519, unter Hinweis auf BGE 129 III 664 E. 3.2 S. 667 f. sowie BGE 99 II 313 S. 314.

<sup>484</sup> BURNAND, S. 52; ZÜRCHER, S. 20; und unter Hinweis auf Erstgenannten auch Urteil des BGer 4C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 3.2.

<sup>485</sup> ZÜRCHER, S. 20; BURNAND, S. 52.

<sup>486</sup> Da dieser Anspruch seinerseits zwingend ist ([Rz. 363](#)), sind im Ergebnis keine unentgeltlichen Agenturverträge denkbar, und Verträge können nicht bloss deshalb dem Agenturvertragsrecht entzogen sein, weil sie keine Vergütung vorsehen.

<sup>487</sup> ZÜRCHER, S. 20; ebenso BURNAND, S. 20.

## ii Vorliegen der Typenmerkmale des Mäklervertrages

- 172 Für den Mäklervertrag ist nach dem Gesagten charakteristisch, dass eine Partei (die Mäklerin) von der anderen (der Auftraggeberin) (i) mit einer Vermittlungsleistung betraut wird, (ii) die zu vergüten ist, (iii) vorausgesetzt, die Vermittlung führt zum anvisierten Erfolg ([Rz. 154 ff.](#)).
- 173 Für die Qualifikation des Vermittlungsvertrages als Mäklervertrag hat demnach erstens das Element der Vermittlung vorzuliegen ([Rz. 172](#)). Hierbei ist in Erinnerung zu rufen, dass Vermittlung als Typenmerkmal des Mäklervertrages jede Tätigkeit ist, die auf die Ermöglichung eines Vertragsschlusses zielt (und damit Vermittlung im weiteren Sinne darstellt; [Rz. 154 f.](#)). Aufgabe der Vermarktungsagentur ist die Vermittlung von Verwertungsverträgen: Sie soll Dritte als potentielle Verwertungspartner für den Rechteinhaber ausfindig machen, ansprechen, deren Bereitschaft zum Abschluss von Verwertungsverträgen mit dem Rechteinhaber hervorrufen und sie im Hinblick auf ebenjenen Vertragsschluss mit dem Rechteinhaber zusammenbringen. Möglicherweise umfasst die Tätigkeit der Vermarktungsagentur gar das Führen von Vertragsverhandlungen für den Rechteinhaber ([Rz. 74 ff.](#)). Damit liegt unzweifelhaft Vermittlung im weiteren Sinne vor.
- 174 Weiter ist zu eruieren, ob die für den Mäklervertrag typenbildenden Elemente von Entgeltlichkeit und Erfolgsbedingtheit gegeben sind ([Rz. 156](#) bzw. [Rz. 157](#)). Da der Vermittlungsvertrag stets eine Vergütung für die Vermarktungsagentur vorsieht ([Rz. 149](#)), lässt sich Entgeltlichkeit bejahen. Erfolgsbedingtheit setzt schliesslich voraus, dass diese Vergütung suspensiv bedingt ist ([Rz. 157](#)). Dass die Vergütung der Vermarktungsagentur vorliegend vom Erfolg der Vermarktung abhängt, wurde bereits gesagt ([Rz. 149 f.](#)). Derartige erfolgsabhängige Vergütungen sind nichts anderes als suspensiv bedingt ([Rz. 133](#)).

## iii Vorliegen der Typenmerkmale des Agenturvertrages

### (1) Ausgangslage

- 175 Der Agenturvertrag als gesetzlich geregelter Vertragstyp lässt sich (als Vermittlungsagenturvertrag) aufgrund der oben dargestellten ([Rz. 160 ff.](#)) Typenmerkmale folgendermassen charakterisieren: Mit dem Agenturvertrag verpflichtet sich die eine Partei (die Agentin) gegenüber ihrem Auftraggeber (i) zu einer Vermittlungsleistung, wobei sie ihre Tätigkeit (ii) auf Dauer und (iii) in selbständiger Stellung ausübt.

## (2) Vermittlung

Für den Vermittlungsvertrag fragt sich hinsichtlich des Vorliegens der Typenmerkmale des Agenturvertrages ([Rz. 175](#)) als Erstes, ob die Vermittlungstätigkeit der Vermarktungsagentur anlässlich der Fremdvermarktung von Sportrechten agenturvertragliche Vermittlung darstellt. Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages hat nach hier vertretener Meinung denselben Gehalt wie Vermittlung als Charakteristikum des Mäklervertrages ([Rz. 160 ff.](#)). Erforderlich ist deshalb eine Tätigkeit, die dem Rechteinhaber das Eingehen von Verträgen ermöglichen soll ([Rz. 154 f.](#)). Dieses Element weist der Vermittlungsvertrag, der die reine Vermittlung als Tätigkeit der Vermarktungsagentur zum Gegenstand hat, ohne weiteres auf. Es gilt hier das zum Vorliegen der Typenmerkmale des Mäklervertrages Gesagte ([Rz. 173](#)). 176

Sofern unter der Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages mit einem Teil der Lehre ([Rz. 161](#)) lediglich Vermittlung im engeren Sinne verstanden wird (also eine Tätigkeit gegeben sein muss, die darauf abzielt, die Bereitschaft Dritter zum Vertragsschluss hervorzurufen; [Rz. 161](#)), muss die Gleichsetzung mit dem Mäklervertrag ausscheiden. Vermittlung als Typenmerkmal des Agenturvertrages wäre nur zu bejahen, wenn die im Vermittlungsvertrag vorgesehene Tätigkeit eine Einwirkung auf die potentiellen Verwertungspartner beinhaltet. Das Vorhandensein weniger weitgehender Formen der Vermittlung (im weiteren Sinne), wie namentlich das blosses Nachweisen von Abschlussgelegenheiten oder das Zusammenführen des Rechteinhabers mit potentiellen Verwertungspartnern, würde *e contrario* nicht genügen. 177

Die Differenzierung nach dem Gehalt der Vermittlungstätigkeit auf der Ebene des betreffenden Typenmerkmals des Agenturvertrages ist für die Qualifikation des Vermittlungsvertrages im Ergebnis jedoch unerheblich. Denn als Aufgabe der Vermarktungsagentur in der Vermarktung der Sportrechte des Rechteinhabers beinhaltet die Vermittlung typischerweise das Wecken der Bereitschaft Dritter zum Abschluss von Verwertungsverträgen mit dem Rechteinhaber ([Rz. 74 ff.](#)). Die Vermittlung als Aufgabe der Vermarktungsagentur schliesst bei Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell im Regelfall also die Einwirkung auf potentielle Verwertungspartner mit ein. Sie ist damit Vermittlung im engeren Sinne ([Rz. 155](#) und [Rz. 161](#)). Konsequenterweise wird der Vermittlungsvertrag das agenturvertragliche Typenmerkmal der Vermittlung *in praxi* aufweisen. Davon ist hier und im Weiteren auszugehen. 178

### (3) Dauerhaftigkeit

- 179 Um als Agenturvertrag qualifiziert werden zu können, muss der Vermittlungsvertrag zweitens das Element der Dauerhaftigkeit beinhalten ([Rz. 167](#)). Er muss Dauerschuldverhältnis sein. Das ist der Fall, wenn die Vermarktungsagentur gemäss Vermittlungsvertrag eine unbestimmte Vielzahl von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber zu vermitteln hat. Das kann durchaus so sein, ist aber keinesfalls zwingend (dazu [Rz. 190 ff.](#)).

### (4) Selbständigkeit

- 180 Drittes Charakteristikum des Agenturvertrages ist die Selbständigkeit ([Rz. 168 f.](#)). Über dieses verfügt der Vermittlungsvertrag, sofern es an einem Subordinationsverhältnis zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur fehlt. Letztere muss rechtlich und wirtschaftlich selbständig ein Gewerbe führen. Fremdvermarktung ist die Auslagerung der Vermarktung von Sportrechten eines Rechteinhabers an eine spezialisierte Vermarktungsagentur, um den Rechteinhaber selbst von den inhaltlichen, aber auch den ressourcentechnischen Anforderungen an die Erfüllung dieser Aufgabe zu entlasten ([Rz. 67 ff.](#)). Dem *Outsourcing* ist demgemäss begriffsinhärent, dass die Aufgabenerfüllung an einen externen Dritten übertragen wird.<sup>488</sup> Damit impliziert die Fremdvermarktung von Sportrechten durch eine Vermarktungsagentur bereits, dass diese ihre Leistungen in selbständiger Stellung erbringt, sie also vom Rechteinhaber unabhängig ist.<sup>489</sup> Ansonsten läge keine eigentliche Auslagerung der Vermarktung vor.
- 181 In ihrer Eigenschaft als externe Dienstleistungserbringerin muss die Vermarktungsagentur in rechtlicher Hinsicht über ihren eigenen Betrieb verfügen. Zudem steht sie als solche *per se* nicht in einem Subordinationsverhältnis zum Rechteinhaber. Vielmehr organisiert sie ihre Tätigkeit und ihren Geschäftsbetrieb grundsätzlich selbst. Überdies nimmt sie die Zeiteinteilung für die Aufgabenerfüllung autonom vor.<sup>490</sup> Nach der Konzeption der Fremdvermarktung

---

<sup>488</sup> Für den Gehalt des Begriffes des *Outsourcing*s Black's Law Dictionary, Garner Bryan A. (Hrsg.), 10. Auflage, Andover 2014, S. 1278.

<sup>489</sup> Siehe zur Selbständigkeit der Vermarktungsagentur gegenüber dem Rechteinhaber im deutschen Recht VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 35; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 223; VON APPEN/LANIG, S. 234.

<sup>490</sup> VON APPEN/LANIG, S. 234; und in deren Folge ebenso PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 103; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 223; je zum deutschen Recht.

ist die Vermarktungsagentur im Verhältnis zum Rechteinhaber also selbständig.<sup>491</sup> Selbständigkeit als Typenmerkmal des Agenturvertrages ist als Element des Vermittlungsvertrages vor diesem Hintergrund zu bejahen.

## **e Qualifikation des Vermittlungsvertrages als Mäkler- oder Agenturvertrag**

### *i Ausgangslage*

Der Vermittlungsvertrag kann demnach wie folgt qualifiziert werden: Er weist mit der Vermittlung, der Entgeltlichkeit und der Erfolgsbedingtheit die Typenmerkmale des Mäklervertrages auf ([Rz. 172 ff.](#)). Allerdings ist trotzdem nicht ausgeschlossen, dass dieser Vermittlungsvertrag Agenturvertrag ist. Denn die Vermittlung ist genauso charakteristische Tätigkeit des Vermittlungsagenten. Zudem wird die Vermarktungsagentur darüber hinaus in selbständiger Stellung tätig. Bei gegebener Dauerhaftigkeit verfügt der Vermittlungsvertrag somit über alle Elemente, die den Agenturvertrag charakterisieren ([Rz. 175 ff.](#)). Anders als für den Mäklervertrag ([Rz. 156](#)) ist das Element Vergütung für den Agenturvertrag ausserdem nicht typenwesentlich. Die Entgeltlichkeit geht nur, aber immerhin, zwingend mit der Qualifikation als Agenturvertrag einher ([Rz. 170](#)). 182

Vor diesem Hintergrund kann die Frage nach der Qualifikation des Vermittlungsvertrages nicht beantwortet werden, ohne dass klar ist, wie sich Mäkler- und Agenturvertrag als gesetzlich besonders geregelte Vertragstypen voneinander unterscheiden. 183

---

<sup>491</sup> In diesem Sinne auch VON APPEN/LANIG, S. 234, zum deutschen Recht.

ii *Abgrenzung von Mäkler- und Agenturvertrag: Kriterium der Dauerhaftigkeit*

- 184 Die Abgrenzung von Mäkler- und Agenturvertrag im Allgemeinen ist unstrittig: Entscheidend ist das Element der Dauerhaftigkeit.<sup>492</sup> Der Agenturvertrag ist im Gegensatz zum Mäklervertrag ein Dauerschuldverhältnis.<sup>493</sup>
- 185 Dauerschuldverhältnisse sind ganz grundsätzlich jene Schuldverhältnisse, bei denen der Umfang der zu erbringenden Leistungen von der Dauer, während der zu leisten ist, abhängt.<sup>494</sup> Einem Dauerschuldverhältnis ist damit lediglich aufgrund des Gegenstandes der Leistung «keine zeitliche Begrenzung inhärent».<sup>495</sup> Das bedeutet zwar nicht, dass einem Dauerschuldverhältnis jegliche zeitliche Limitierung fehlt. Doch ergibt sie sich keinesfalls bereits aus dem Leistungsinhalt.<sup>496</sup> Die Leistung eines Dauerschuldverhältnisses lässt sich mit anderen Worten beliebig oft fortsetzen oder wiederholen, solange das Schuldverhältnis Bestand hat.<sup>497</sup>
- 186 Letzteres stellt gerade den entscheidenden Unterschied zu den einfachen Schuldverhältnissen dar. Diese beinhalten jeweils eine einfache Schuld und demgemäss eine gezahlte Leistung.<sup>498</sup> Gezählt sind Leistungen, wenn sie sich bereits aufgrund ihres Gegenstandes nicht beliebig oft wiederholen lassen.

---

<sup>492</sup> So etwa BGE 75 II 53 E. 1a S. 54; Botschaft Agenturvertrag, S. 672; CR CO I-DREYER, N 3 zu Art. 418a; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 12 und Rz. 45; HONSELL, S. 391; BK-GAUTSCHI [1964], N 3b Vorb. zu Art. 418a-418v; BUCHER, BT, S. 240; BSK OR I-AMMANN, N 19 zu Art. 412; MARQUIS, S. 57; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 188; ZÜRCHER, S. 17; BURNAND, S. 32, m.w.H.; GAUCH, System, S. 13.

<sup>493</sup> HONSELL, S. 374; HUGUENIN, Rz. 3346; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5059; je unter Hinweis auf BGE 118 IV 403 E. 2a S. 403 f.; E. 2a S. 203 f.; vgl. BUCHER, BT, S. 240; MARQUIS, S. 57; und im Ergebnis ZÜRCHER, S. 17.

<sup>494</sup> BK-KRAMER [1986], N 159 Allgemeine Einleitung; in dessen Folge auch BGE 128 III 428 E. 3b S. 430; oder BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 136 Einleitung in das OR, m.w.H.; unter Hinweise auf vorgenannten Entscheid zudem GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 95 und Rz. 263; HUGUENIN, Rz. 59; sowie GAUCH, System, S. 8; und in dessen Folge wiederum BGE 138 III 304 E. 6 S. 318; und Urteil des BGer 4A\_141/2007 vom 28. August 2007 E. 4.1.

<sup>495</sup> BK-KRAMER [1986], N 162 Allgemeine Einleitung.

<sup>496</sup> Vielmehr bedarf es eines der Leistung nicht inhärenten Beendigungsgrundes. Das sind insbesondere Kündigung und Zeitablauf (SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 95; BK-KRAMER [1986], N 162 Allgemeine Einleitung; VETTER/GUTZWILLER, S. 700; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 3.27 und Rz. 82.04; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 30 Vorb. zu Art. 1-40f; im Ergebnis auch HUGUENIN, Rz. 60; vgl. ferner BUCHER, AT, S. 102).

<sup>497</sup> GAUCH, System, S. 6 f., m.w.H., zur Dauerschuld.

<sup>498</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 94; GAUCH, System, S. 6 f., m.w.H.; je zur einfachen Schuld; vgl. zum einfachen Schuldverhältnis SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 3.25; ZK-JÄGGI PETER, N 35 Vorb. vor Art. 1 OR.

Einfache Schuldverhältnisse erschöpfen sich deshalb mit Erbringung der gegenständlichen Leistung.<sup>499</sup> Damit einher geht die Tatsache, dass der Leistungsumfang einfacher Schuldverhältnisse unabhängig von der Dauer ist, «während welcher der Vertrag besteht».<sup>500</sup>

Massgeblich für die Unterscheidung von einfachem Schuldverhältnis und Dauerschuldverhältnis im Allgemeinen ist somit, welche Relevanz dem Zeitelement in Bezug auf den Leistungsumfang zukommt.<sup>501</sup> Selbständige Bedeutung hat das Zeitelement, wenn der Leistung aus sich heraus keine Limitierung innewohnt, sodass sich ihr Umfang im Ergebnis nach der Dauer bestimmt, während der sie zu erbringen ist. Das jeweilige Schuldverhältnis ist sodann Dauerschuldverhältnis. Ergibt sich der Umfang der Leistung hingegen bereits aus deren Inhalt, so steht ersterer von vornherein fest. Die Dauer, während der zu leisten ist, bleibt diesbezüglich irrelevant. Es liegt ein einfaches Schuldverhältnis vor.

187

Für die Abgrenzung von Mäkler- und Agenturvertrag anhand des Elementes der Dauerhaftigkeit kommt es demnach darauf an, ob die Zahl der während der Vertragslaufzeit zu vermittelnden Geschäfte in irgendeiner Form von Anfang an umgrenzt ist oder nicht ([Rz. 184 ff.](#)).<sup>502</sup> Mäkler ist sodann, wer lediglich mit der Vermittlung eines einzelnen oder einer gezählten Menge von Geschäften betraut ist.<sup>503</sup> Aufgabe des Agenten ist dagegen die Vermittlung einer unbestimmten Vielzahl von Geschäften.<sup>504</sup> Ob ein konkreter Vertrag als Mäkler- oder aber Agenturvertrag zu qualifizieren ist, entscheidet sich folglich danach, ob unabhängig von den bereits vermittelten Verträgen bis zur Vertragsbeendigung mit der vereinbarten Tätigkeit fortzufahren ist.<sup>505</sup> Ist das der Fall, so liegt Dauerhaftigkeit und damit ein Agenturvertrag vor. Andernfalls ist die Zahl

188

<sup>499</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 3.25; HUGUENIN, Rz. 58; und zur einfachen Schuld GAUCH, System, S. 5 f., m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 94.

<sup>500</sup> BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 135 Einleitung in das OR; ebenso HUGUENIN, Rz. 58.

<sup>501</sup> Vgl. GAUCH, System, S. 7; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 261. In Zusammenhang mit der Einteilung von Schuldverhältnissen in einfache und solche von Dauer ist darauf hinzuweisen, dass die Klassifikation teilweise anhand abweichender Kriterien vorgenommen wird (siehe etwa CARRON MAXENCE, Le mandat de durée, Zürich 2018, Rz. 202 ff.; oder VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Rz. 50 ff.; je m.w.H.), ohne dass sich dies durchgesetzt hätte.

<sup>502</sup> So ausdrücklich MARQUIS, S. 57, unter Hinweis auf BGE 75 II 53 E. 1a S. 54.

<sup>503</sup> BGE 75 II 53 E. 1a S. 54; CHK-MATHYS, N 16 zu Art. 418a OR; BUCHER, BT, S. 240; BSK OR I-AMMANN, N 19 zu Art. 412; ZÜRCHER, S. 17; GAUCH, System, S. 13.

<sup>504</sup> BGE 75 II 53 E. 1a S. 54; BUCHER, BT, S. 240.

<sup>505</sup> Natürlich immer vorausgesetzt, die übrigen Typenmerkmale seien gegeben.

der zu vermittelnden Verträge bereits durch den Leistungsgegenstand limitiert. Mangels Dauerhaftigkeit bleibt nurmehr die Qualifikation als Mäklervertrag.

- 189 Das bedeutet zugleich: Ein Vertrag kann nur dann Dauerschuldverhältnis und *ergo* Agenturvertrag sein, wenn sein Leistungsumfang einzig aufgrund des zeitlichen Elements begrenzt ist. Das gilt selbst dann, wenn der Vertrag eine Laufzeit vorsieht.<sup>506</sup> Ist nämlich bloss eine von Anfang an bestimmte oder mindestens bestimmbare Anzahl von Geschäften zu vermitteln, geht damit bereits eine Begrenzung des Leistungsumfanges einher. Sobald das letzte vereinbarungsgemäss zu vermittelnde Geschäft vermittelt wurde, ist mit der Leistungserbringung nicht fortzufahren, selbst wenn das Ende der stipulierten Vertragsdauer noch nicht erreicht wurde.<sup>507</sup> Ob der Vertrag eine Dauer im Sinne einer Laufzeit vorsieht oder nicht, ist für die Abgrenzung von Mäklerrespektive Agenturvertrag konsequenterweise irrelevant.<sup>508</sup>

### iii Vermittlungsvertrag als einfaches- oder Dauerschuldverhältnis

#### (1) Grundsatz

- 190 Ob der Vermittlungsvertrag bei ansonsten gegebenen Typenmerkmalen Mäkler- oder Agenturvertrag ist, entscheidet sich nach dem eben Ausgeführten ([Rz. 184 ff.](#)) danach, ob er als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet ist oder nicht. Hierfür ist, wie gesehen ([Rz. 188 f.](#)), einzig massgeblich, ob nach dem konkreten Vermittlungsvertrag nur eine von vornherein beschränkte oder umgekehrt eine *per se* nicht limitierte Zahl von Verwertungsverträgen vermittelt werden soll.<sup>509</sup> Keinesfalls darf die Dauerhaftigkeit in diesem Kontext mit einer blossen Vertragslaufzeit gleichgesetzt werden. Schlussendlich ist zu fragen, ob die Vermarktungsagentur gemäss Vermittlungsvertrag ihre Vermittlungstätigkeit unabhängig davon, wie viele Verwertungsverträge der Rechteinhaber dank ihrer Vermittlung bereits zu schliessen imstande war, fortsetzen soll. Ist dem so, ist die vertraglich versprochene Leistung der Vermarktungsagentur nicht bereits durch die bestimmbare Zahl der zu vermittelnden Verwertungsverträge begrenzt, sondern lediglich durch die Dauer, während der sie zu erbringen ist.

---

<sup>506</sup> Botschaft Agenturvertrag, S. 672; BURNAND, S. 25, m.w.H.; im Ergebnis GAUCH, System, S. 13.

<sup>507</sup> Vgl. BURNAND, S. 32.

<sup>508</sup> MARQUIS, S. 57, unter Hinweis auf BGE 75 II 53 E. 1a S. 54.

<sup>509</sup> Ohne erkennbare diesbezügliche Differenzierung HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; NETZLE, S. 58.



---

Das bedeutet seinerseits zugleich, dass die Vermarktungsagentur die Vermittlung einer unbestimmten Vielzahl von Verwertungsverträgen zur Aufgabe hat. In dieser Konstellation ist der Vermittlungsvertrag konsequenterweise Dauerschuldverhältnis. Er lässt sich dann als Agenturvertrag qualifizieren ([Rz. 184 ff.](#)).<sup>510</sup>

Betrifft die Vermittlungsleistung, welche die Vermarktungsagentur gemäss Vermittlungsvertrag erbringen soll, hingegen eine abschliessende Anzahl von Verwertungsverträgen, fehlt dem Vermittlungsvertrag das Element der Dauerhaftigkeit. Denn die Vermarktungsagentur hat mit ihrer Vermittlungstätigkeit nicht mehr fortzufahren, wenn diejenigen Verwertungsverträge, die zu vermitteln sie beauftragt war, vom Rechteinhaber geschlossen werden konnten. Durch die bestimmbare Anzahl der herbeizuführenden Verwertungsverträge ist dem Umfang der Leistung, die die Vermarktungsagentur zu erbringen hat, eine Begrenzung inhärent ([Rz. 188 f.](#)). Der Vermittlungsvertrag ist in dieser Gestaltung einfaches Schuldverhältnis ([Rz. 186](#)) und damit als Mäklervertrag zu qualifizieren ([Rz. 184](#)).<sup>511</sup>

191

## (2) Anmerkung zur Bestimmung der Anzahl zu vermittelnder Verwertungsverträge

Zur Bestimmung der Anzahl der zu vermittelnden Verwertungsverträge im konkreten Fall bleiben einige ergänzende Ausführungen zu machen. So ist denkbar, dass die Vermarktungsagentur ausdrücklich mit der Herbeiführung lediglich eines einzigen Verwertungsvertrages betraut wird.<sup>512</sup> Der Beizug der Vermarktungsagentur kann jedoch ebenso der Herbeiführung einer Mehrzahl von Verwertungsverträgen dienen.<sup>513</sup> Für diesen Fall gilt es zu unterscheiden, ob zwar mehrere Verwertungsverträge herbeigeführt werden sollen, deren Anzahl aber dennoch limitiert ist, oder ob deren Zahl *a priori* unbestimmt bleibt.

192

Keine Probleme ergeben sich, sofern die Zahl der zu vermittelnden Verträge eindeutig festgelegt ist. Das begrenzt den Leistungsumfang entsprechend. Allerdings braucht eine derartige Limitierung nicht explizit zu sein. BALLASCH und KLIESCH weisen richtigerweise darauf hin, dass sich eine solche genauso

193

---

<sup>510</sup> Mit diesem Ergebnis auch GUROVITS KOHLI, S.103; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; NETZLE, S. 58.

<sup>511</sup> Mit diesem Ergebnis auch HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 12; CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag; NETZLE, S. 58; vgl. SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 30.

<sup>512</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 362.

<sup>513</sup> Vgl. BALLASCH/KLIESCH, S. 362 f.

aus der Umschreibung des Kreises der potentiellen Verwertungspartner ergeben kann.<sup>514</sup> Davon ist sicherlich auszugehen, wenn lediglich ein einziger Dritter als potentieller Verwertungspartner in Frage kommt. Aber auch dann, wenn der Kreis potentieller Verwertungspartner an sich mehrere Dritte umfasst, kann die Zahl der zu vermittelnden Verwertungsverträge limitiert sein. Die vorgenannten Autoren führen das Beispiel an, dass die Vermarktungsagentur Verwertungsverträge mit Verwertungspartnern aus einem vorgegebenen Pool zu vermitteln hat. Bewirkt dies, dass nicht bloss ein einziger, aber im Ergebnis dennoch lediglich eine eingeschränkte Anzahl Dritter als eventuelle Verwertungspartner zur Auswahl steht, schlägt das auf die zu vermittelnde Zahl von Verwertungsverträgen durch. Diese entspricht hier nämlich der Zahl der potentiellen Verwertungspartner. Unbestimmt ist die Zahl der möglichen Verwertungspartner jedoch dann, wenn die Kriterien zur Poolbildung so weit gefasst sind, dass faktisch keine Ausschlusswirkung eintritt.<sup>515</sup>

- 194 Der Abschluss mehrerer Verwertungsverträge mit unterschiedlichen Verwertungspartnern kann überdies aus Gründen ausscheiden, die für die Vermarktung des jeweiligen Sportrechtes spezifisch sind. Das *Naming-Right* an einer Sportstätte (Rz. 49) etwa lässt sich sinnvollerweise gleichzeitig nur einmal vergeben. Weiter ist beispielsweise auch der auf Trikots von Sportlern für Werbung (Rz. 50) verfügbare Platz beschränkt. Je nach dem grenzt somit bereits der Gegenstand der intendierten Verwertungsverträge deren Zahl ein.

## **f Ergebnis der Qualifikation des Vermittlungsvertrages**

- 195 Da der Vermittlungsvertrag mit der Vermittlung, der Entgeltlichkeit und der Erfolgsbedingtheit die Typenmerkmale des Mäklervertrages sowie mit der Vermittlung und der Selbständigkeit zwei von drei Merkmalen des Agenturvertrages aufweist, entscheidet sich seine Qualifikation als Mäkler- oder aber Agenturvertrag danach, ob er einfaches- oder Dauerschuldverhältnis ist (Rz. 172 ff.). Fehlt ihm das Element der Dauerhaftigkeit, ist der Vermittlungsvertrag Mäklervertrag (Rz. 191). Umgekehrt ist er Agenturvertrag, sofern selbiges vorliegt (Rz. 190).
- 196 Über den Charakter des Vermittlungsvertrages als Dauerschuldverhältnis entscheidet seinerseits nicht bereits eine von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur vereinbarte Vertragsdauer. Vielmehr ist hierfür allein massgeblich, ob die Vermarktungsagentur unter dem jeweiligen Vermittlungsvertrag eine un-

---

<sup>514</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 362.

<sup>515</sup> Zum Ganzen BALLASCH/KLIESCH, S. 362 f.

bestimmte Vielzahl von Verwertungsverträgen zu vermitteln hat. Deswegen ist auch bei Vorliegen einer vereinbarten Vertragslaufzeit jeweils zu prüfen, ob sich aus dem Vermittlungsvertrag eine explizite oder implizite Limitierung der Zahl der zu vermittelnden Verwertungsverträge ergibt ([Rz. 192 ff.](#)).

## IV Parteirollen je nach Ergebnis der Qualifikation

In Zusammenhang mit dem Ergebnis der Qualifikation des Vermittlungsvertrages lässt sich in Bezug auf seine Parteien ausserdem Folgendes festhalten: Die Vermarktungsagentur ist – je nach Qualifikation des konkreten Vermittlungsvertrages als Mäkler- oder Agenturvertrag – Mäklerin oder Agentin. Dem Rechteinhaber kommt jeweils die Rolle des Auftraggebers zu ([Rz. 153](#) bzw. [Rz. 158 f.](#)).

197

## V Verwertungsverträge als Zielgeschäfte

Vor dem Hintergrund der Qualifikation des Vermittlungsvertrages als Mäkler- oder Agenturvertrag lässt sich zudem eine terminologische Gemeinsamkeit feststellen: Ohne Rücksicht auf die Qualifikation im Einzelfall zielt der Vermittlungsvertrag auf die Herbeiführung von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber ([Rz. 149 f.](#)). Die Verträge, die ein Mäkler zu vermitteln beauftragt ist, werden mitunter als Hauptverträge bezeichnet.<sup>516</sup> Ebenso kennen Lehre und Rechtsprechung im Mäkler- und Agenturvertragsrecht hierfür den Terminus der Zielgeschäfte.<sup>517</sup> Hat die Vermarktungsagentur als Mäklerin respektive Agentin für den Rechteinhaber unter dem Vermittlungsvertrag also Verwertungsverträge herbeizuführen, so handelt es sich bei letzteren konsequenterweise um die Zielgeschäfte bzw. Hauptverträge. Vorliegend wird nurmehr von den Zielgeschäften gesprochen.

198

---

<sup>516</sup> VON BÜREN, S. 203; SCHWEIGER, S. 93; CHK-BRACHER, N 2 zu Art. 412 OR; HUGUENIN, Rz. 3340; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4938; GUGGENBÜHL, S. 25; MARQUIS, S. 23; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1.

<sup>517</sup> STREIFF MATTHIAS, S. 10; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1; HUGUENIN, Rz. 3417.

## **VI Folgen der Qualifikation für weitere Möglichkeiten rechtlicher Einordnung**

### **1 Ausgangslage**

- 199 Nach dem bisher zur Qualifikation Ausgeführten ([Rz. 151 ff.](#)) steht fest, dass sich der Vermittlungsvertrag (abhängig davon, ob er einfaches- oder Dauerschuldverhältnis ist) als Mäklervertrag respektive als Agenturvertrag qualifizieren lässt. Das erlaubt es, zu weiteren Möglichkeiten seiner rechtlichen Einordnung Stellung zu nehmen.

### **2 Der Vermittlungsvertrag: kein Innominatvertrag**

- 200 Der Umstand, dass der Vermittlungsvertrag jeweils als Mäkler- oder als Agenturvertrag qualifiziert werden kann ([Rz. 151 ff.](#)), beantwortet zugleich die Frage nach dem Vorliegen eines Innominatvertrages. Zwar ist die Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages eine andere, je nachdem, ob er einfaches- oder aber Dauerschuldverhältnis ist. Da er aber in einem Fall die charakteristischen Merkmale des Mäkler-, im anderen des Agenturvertrages aufweist ([Rz. 195 f.](#)), lässt er sich so oder so einem gesetzlich besonders geregelten Vertragstypen zuordnen (Art. 412 ff. OR bzw. Art. 418a ff. OR; [Rz. 153](#) bzw. [Rz. 158](#)). Für die Qualifikation als Innominatvertrag wäre nun aber gerade entscheidend, dass ein konkreter Vertrag kein Nominatvertrag ist ([Rz. 146](#)). Sie scheidet für den Vermittlungsvertrag infolgedessen aus.<sup>518</sup>

### **3 Der Vermittlungsvertrag: kein einfacher Auftrag**

- 201 Ein weiterer Nominatvertragstyp, der in Zusammenhang mit der Qualifikation des Vermittlungsvertrages einschlägig sein könnte, ist der einfache Auftrag. Dieser findet seine gesetzliche Regelung in den Art. 394 ff. OR. Nach der Legaldefinition in Art. 394 Abs. 1 OR verpflichtet sich die eine Partei (die Beauftragte) mit dem einfachen Auftrag, die ihr von der anderen Partei (der Auftraggeberin) übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.<sup>519</sup>

---

<sup>518</sup> Etwas anderes mag allenfalls gelten, wenn das agenturvertragliche Typenmerkmal der Vermittlung auf die Vermittlung im engeren Sinne beschränkt wird ([Rz. 177](#)).

<sup>519</sup> BK-FELLMANN, N 8 zu Art. 394; HUGUENIN, Rz. 3221; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 1877; DERENDINGER, Rz. 24; vgl. GUHL/SCHNYDER, § 49 Rz. 1.

Das kann namentlich die Vermittlung von Vertragsschlüssen umfassen.<sup>520</sup> Es fragt sich deshalb, wie sich der einfache Auftrag zum Mäkler- sowie zum Agenturvertrag verhält.

Sowohl der Mäkler- als auch der Agenturvertrag sind nach ihrer gesetzlichen Einordnung besondere Arten von Auftragsverhältnissen.<sup>521</sup> Weist ein konkreter Vertrag sowohl die Typenmerkmale einer dieser besonderen Arten des Auftrages als auch jene des einfachen Auftrages auf, so ist dieser Vertrag den gesetzlichen Bestimmungen des besonderen Auftragsverhältnisses zu unterstellen, hier demnach denjenigen des Mäkler- bzw. Agenturvertragsrechtes. Dabei handelt es sich nämlich um *leges speciales* im Verhältnis zum Recht des einfachen Auftrages.<sup>522</sup> Kurz: Als spezifischere Vertragstypen gehen Mäkler- sowie Agenturvertrag dem einfachen Auftrag vor. Nichts anderes ergibt sich aus Art. 394 Abs. 2 OR.<sup>523</sup>

Aus dem Vorstehenden ([Rz. 201 f.](#)) wird deutlich, dass dort, wo ein Vermittlungsvertrag die Typenmerkmale von Mäkler- oder aber Agenturvertrag aufweist, er als solcher zu qualifizieren ist; dies unbesehen der Tatsache, dass gleichzeitig auch die kennzeichnenden Merkmale des einfachen Auftrages erfüllt sein könnten. Das gesetzliche Mäkler- respektive Agenturvertragsrecht gelangt jeweils als *lex specialis* auf den Vermittlungsvertrag zur Anwendung. Das generellere Recht des einfachen Auftrages tritt zurück. Daher ist bei Qualifikation des Vermittlungsvertrages als Mäkler- genauso wie als Agenturvertrag jene als einfacher Auftrag nicht mehr zu prüfen.

<sup>520</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 171; BSK OR I-AMMANN, N 20 zu Art. 412; Urteil des BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.1; vgl. BGE 144 III 43 E. 3.4.2 S. 49 ff.; im Ergebnis Urteil des BGer 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007 E. 3.2.

<sup>521</sup> BUCHER, BT, S. 235; HUGUENIN, Rz. 3219; BK-GAUTSCHI [1971], N 66a zu Art. 394; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 1974; vgl. ENGEL PIERRE, Contrats, S. 479; siehe die Einordnung des Mäkler- sowie des Agenturvertragsrechtes im dreizehnten Titel des OR, der mit «der Auftrag» überschrieben ist.

<sup>522</sup> BK-GAUTSCHI [1971], N 66a zu Art. 394; ZK-OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 4 zu Art. 394; im Ergebnis SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 1887; für den Mäklervvertrag auch STREIFF MATTHIAS, S. 25; und für den Agenturvertrag vgl. zudem ZÜRCHER, S. 13.

<sup>523</sup> BK-GAUTSCHI [1971], N 66a zu Art. 394; GUHL/SCHNYDER, § 49 Rz. 4; im Ergebnis auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 1881.

## 4 Der Vermittlungsvertrag: kein Gesellschaftsvertrag?

### a Ausgangslage

204 Namentlich in Vermarktungskonstellationen wird schliesslich wiederholt auf die Relevanz der einfachen Gesellschaft eingegangen.<sup>524</sup> Entsprechend stellt sich die Frage, wie sich der Vermittlungsvertrag, der bereits die Typenmerkmale von Mäkler- respektive Agenturvertrag erfüllt, zur Rechtsfigur der einfachen Gesellschaft verhält. Art. 530 Abs. 1 OR definiert die einfache Gesellschaft als «vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln».

### b Abgrenzung der einfachen Gesellschaft von Mäkler- sowie Agenturvertrag

205 Während für die einfache Gesellschaft die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln charakteristisch ist, haben Mäkler- und Agenturvertrag den Austausch von Leistungen zum Gegenstand (konkret Vermittlung von Verträgen gegen Entgelt).<sup>525</sup> Für die einfache Gesellschaft ist somit prägend, dass die Interessen der Beteiligten gleichgerichtet sind, während dem Mäkler- genauso wie dem Agenturvertrag als Austauschvertrag jeweils ein Interessengegensatz der Parteien zugrunde liegt.<sup>526</sup>

206 Allerdings kann Verträgen, die grundsätzlich auf den Austausch von Leistungen gerichtet sind, gleichwohl ein gewisser Gleichlauf der Interessen eigen sein. Dies speziell dann, wenn die Vergütung der einen Partei vom Ergebnis ihrer Tätigkeit abhängt.<sup>527</sup> Denn unter diesen Umständen ist es im Interesse

---

<sup>524</sup> Illustrativ BGE 104 II 108 E. 2 S. 111 ff.; oder BGE 83 II 32 E. 1 S. 35 ff.

<sup>525</sup> Treffend BGE 83 II 32 E. 1c S. 38 f., zur Abgrenzung des Agenturvertrages von der einfachen Gesellschaft; in dessen Folge auch BGE 104 II 108 E. 2 S. 112 f., zur Abgrenzung von einfacher Gesellschaft und Austauschvertrag allgemein; ebenso CHK-JUNG, N 5 zu Art. 530 OR; vgl. TURRETTINI, S. 45 f.; und GUGGENBÜHL, S. 53; je zur Abgrenzung von Mäklervvertrag und einfacher Gesellschaft.

<sup>526</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2383; und für den Agenturvertrag vgl. BGE 83 II 32 E. 1c S. 38 f.

<sup>527</sup> CHK-JUNG, N 5 zu Art. 530 OR; siehe dazu etwa BGE 104 II 108 E. 2 S. 112; BGE 83 II 32 E. 1 S. 34 ff.; Urteil des BGer 4C.30/2007 vom 16. April 2007 E. 4.2; Urteil des BGer 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3; Urteil des Appellationsgerichtes BE vom 7. Mai 1963, in: SJZ 1966, S. 361 f.; Urteil des Bundesgerichtes vom 7. Dezember 1989, Urteil des Handelsgerichtes ZH vom 10. April 1989, in: ZR 1989, S. 310 ff.

beider Parteien, dass die Tätigkeit der einen Partei für die andere möglichst erfolgreich verläuft. Der Interessengegensatz reicht dann nicht zur Abgrenzung gegenüber der einfachen Gesellschaft, da ein beidseitiges Interesse an der Ausführung des jeweiligen Vertrages besteht.<sup>528</sup> Nach der Lehre und der Rechtsprechung ist unter diesen Umständen entscheidend, dass die Interessen der Parteien bei den Austauschverträgen, wenn schon nicht gänzlich gegenläufig, so zumindest nicht gleichartig sind.<sup>529</sup>

Konkret bedeutet das, dass sich der Auftraggeber eines Mäklers oder Agenten bedient, um seine eigenen Geschäfte zu fördern. Mäkler respektive Agent sind ihrerseits primär um der Vergütung Willen für den Auftraggeber tätig. Die Geschäfte selbst machen sie nicht zu ihren eigenen, sie bleiben ihnen fremd. Massgeblich zur Abgrenzung von einfacher Gesellschaft und Austauschverträgen ist vor diesem Hintergrund, ob das gemeinsame Interesse der beteiligten Parteien an der erfolgreichen Vermittlung einzig aufgrund der davon in irgendeiner Form abhängigen Vergütung besteht, oder ob die Angelegenheit darüber hinaus auch inhaltlich vom Interesse aller Beteiligten getragen wird.<sup>530</sup> Ersterenfalls sind die Interessen nicht gleichartig, im zweiten Fall hingegen schon.

207

### c Keine einfache Gesellschaft zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur

Die Vermarktungsagentur hat unter dem Vermittlungsvertrag ein Interesse am Ausgang der Vermarktung der Sportrechte des Rechteinhabers, wenn ihre Vergütung – wie hier ([Rz. 133](#)) – vom Erfolg der Vermarktung abhängt. Das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft ([Rz. 204](#)) ist damit noch nicht ausgeschlos-

208

<sup>528</sup> Im einfachen Auftrag wird dann vom *mandatum mea et tua gratia* gesprochen (BK-FELLMANN, N 106 zu Art. 394; BSK OR I-OSER DAVID/WEBER, N 8 zu Art. 394; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 25; DERENDINGER, Rz. 38; ZK-OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 5 zu Art. 394).

<sup>529</sup> In der Literatur BK-GAUTSCHI [1971], N 60a f. zu Art. 394; BK-FELLMANN, N 106 zu Art. 394; DERENDINGER, Rz. 38; BSK OR I-OSER DAVID/WEBER, N 34 zu Art. 394; in der Rechtsprechung grundlegend BGE 104 II 108 E. 2 S. 112; sowie in dessen Folge etwa Urteil des BGer 4C.30/2007 vom 16. April 2007 E. 4.1; oder Urteil des BGer 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.1.

<sup>530</sup> Treffend BGE 83 II 32 E. 1c S. 38 f.; vgl. BK-GAUTSCHI [1971], N 45c zu Art. 394; HUGUENIN, Rz. 3239; BGE 104 II 108 E. 2 S. 112 f., m.w.H.; BGE 94 II 122 E. 4 S. 125 ff.; Urteil des BGer 4C.30/2007 vom 16. April 2007 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichtes vom 7. Dezember 1989, Urteil des Handelsgerichtes ZH vom 10. April 1989, in: ZR 1989, S. 311 und S. 313; im Ergebnis auch CHK-JUNG, N 5 zu Art. 530 OR, m.w.H.; Urteil des Appellationsgerichtes BE vom 7. Mai 1963, in: SJZ 1966, S. 361 f.

sen. Entscheidend ist nach dem eben Ausgeführten ([Rz. 205 ff.](#)), ob die Interessen von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zur Auslagerung der Vermarktung gleichartig sind. Hierzu ist zu beachten, dass der Rechteinhaber die Vermarktung seiner Sportrechte vor allem deshalb auf eine Vermarktungsagentur auslagert, weil er sich daraus im Ergebnis höhere Verwertungserlöse und seine Entlastung verspricht ([Rz. 68 ff.](#)). Umgekehrt erbringt die Vermarktungsagentur ihre Leistungen im Hinblick auf den Erhalt einer Vergütung ([Rz. 130 ff.](#)). Nur weil diese Vergütung ihrerseits einzig bei Erfolg der Vermarktung ausgerichtet wird, hat die Vermarktungsagentur ein Interesse am Ausgang der Vermarktung. Mit dem *Outsourcing* der Vermarktung im Vermittlungsmodell macht die beigezogene Vermarktungsagentur die ihr übertragene Vermarktung von Sportrechten mit anderen Worten inhaltlich nicht zu ihrer eigenen Sache. Folglich liegen dem Vermittlungsvertrag keine gleichartigen Interessen von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zu Grunde.

- 209 Der Vermittlungsvertrag regelt also Vermarktung gegen Entgelt. Er hat auf diese Weise den Austausch von Leistungen zum Gegenstand und nicht das Verfolgen eines gemeinsamen Zieles mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Demgemäss ist der Vermittlungsvertrag Austauschvertrag, nicht Gesellschaftsvertrag ([Rz. 205 ff.](#)). Es bleibt bei dessen Qualifikation als Mäkler- respektive Agenturvertrag – je nachdem, ob er einfaches Schuldverhältnis oder aber Dauerschuldverhältnis ist ([Rz. 182 ff.](#)).

## VII Zusammenfassung

- 210 Im vorangehenden Kapitel ([Rz. 141 ff.](#)) wurde der Frage nachgegangen, wie sich der Vermittlungsvertrag qualifizieren lässt, wenn Aufgabe der Vermarktungsagentur in der Fremdvermarktung der Sportrechte des Rechteinhabers die reine Vermittlung ist und der Rechteinhaber hierfür eine erfolgsabhängige Vergütung verspricht. Das ist die praktisch wichtigste Form der Ausgestaltung der Fremdvermarktung von Sportrechten ([Rz. 141](#)). Mit der Qualifikation wird klar, welches gesetzliche Vertragstypenrecht auf den Vermittlungsvertrag zur Anwendung gelangt ([Rz. 145](#)).
- 211 Grundlage für die Qualifikation ist der Inhalt des Vermittlungsvertrages. Dieser Inhalt wird mittels Auslegung ermittelt. Da Auslegung aufgrund des Abstellens auf einen konkreten Vertrag etwas inhärent Einzelfallbezogenes ist, reduziert sich die Auslegung des Vermittlungsvertrages im vorliegenden Kontext auf die Ermittlung von dessen typischen Inhalten ([Rz. 148](#)). Dazu lässt sich sodann Folgendes sagen: Da der Vermittlungsvertrag das *Outsourcing* der Ver-



marktung der Sportrechte eines Rechteinhabers im Vermittlungsmodell regelt, hat er als Aufgabe der Vermarktungsagentur die Vermittlung von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber zum Gegenstand. Auf Seiten des Rechteinhabers ist die erfolgsabhängige Vergütung entscheidend ([Rz. 149 f.](#)).

Als einschlägige Nominatvertragstypen kommen der Mäkler- sowie der Agenturvertrag in Frage ([Rz. 151 f.](#)). Der Mäklervertrag ist gekennzeichnet durch die Vermittlung als charakteristische Tätigkeit des Mäklers, die Entgeltlichkeit sowie die Erfolgsbedingtheit der Vergütung ([Rz. 153 ff.](#)). Für den Agenturvertrag ist die Vermittlung als Tätigkeit des Agenten, die Selbständigkeit sowie die Dauerhaftigkeit typenbildend ([Rz. 158 ff.](#)). Vermittlung ist dabei nach hier vertretener Meinung für beide Vertragstypen Vermittlung im weiteren Sinne. Gefordert ist mit anderen Worten irgendeine Tätigkeit, die der Gegenpartei das Eingehen von Verträgen ermöglichen soll ([Rz. 154 f.](#) bzw. [Rz. 160 ff.](#)). Im Kontext des Bezuges einer Vermarktungsagentur als Vermittlerin ist typischerweise Vermittlung im engeren Sinne gegeben, da die Vermarktungsagentur auf mögliche Verwertungspartner einwirkt, um Verwertungsverträge für den Rechteinhaber herbeizuführen ([Rz. 173](#) bzw. [Rz. 176 ff.](#)). Stets erfüllt sind zudem die weiteren Typenmerkmale des Mäklervertrages ([Rz. 174 f.](#)) sowie die Selbständigkeit als Typenmerkmal des Agenturvertrages ([Rz. 180 f.](#)).

212

Für das Ergebnis der Qualifikation ist deshalb massgeblich, ob der betreffende Vermittlungsvertrag ein einfaches Schuldverhältnis oder ein Dauerschuldverhältnis ist ([Rz. 190 f.](#)). Das entscheidet sich danach, ob die Aufgabe der Vermarktungsagentur in der Vermittlung einer im Voraus limitierten (das heisst zumindest bestimmbar) Zahl oder umgekehrt einer unbestimmten Vielzahl von Verwertungsverträgen besteht. Dauerschuldverhältnis ist der Vermittlungsvertrag nur, wenn diesem aufgrund der zu vermittelnden Verwertungsverträge keine zeitliche Begrenzung inhärent ist. Auf die Dauer im Sinne einer Vertragslaufzeit kommt es dagegen nicht an ([Rz. 196](#)). Ist der Vermittlungsvertrag Dauerschuldverhältnis, ist er als Agenturvertrag zu qualifizieren. Fehlt ihm das Element der Dauerhaftigkeit, ist er Mäklervertrag ([Rz. 195](#)). Daraus folgt seinerseits, dass der Vermarktungsagentur die Rolle der Agentin respektive Mäklerin zukommt, dem Rechteinhaber jeweils jene des Auftraggebers ([Rz. 197](#)). Die Verwertungsverträge, deren Vermittlung Aufgabe der Vermarktungsagentur ist, sind die Zielgeschäfte ([Rz. 198](#)).

213

Lässt sich der Vermittlungsvertrag als Mäkler- oder aber Agenturvertrag einordnen, erlaubt das zugleich, weitere Schlüsse zu seiner Rechtsnatur zu ziehen. Zum einen ist der Vermittlungsvertrag kein Innominatvertrag ([Rz. 200](#)). Zum anderen scheidet die Qualifikation als einfacher Auftrag aus, da das Mäk-

214

ler- und das Agenturvertragsrecht dem Recht des einfachen Auftrages als *lex specialis* vorgehen ([Rz. 201 ff.](#)). Einfache Gesellschaft ist der Vermittlungsvertrag schliesslich deshalb nicht, weil er den Austausch von Leistungen zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zum Gegenstand hat (Herbeiführung von Verwertungsverträgen gegen Entgelt), nicht die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln ([Rz. 204 ff.](#)).

## § 4 Ausgewählte Inhalte des Vermittlungsvertrages

### A Ausgangslage

Steht die Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages fest ([Rz. 148 ff.](#)), so geht es anschliessend um ausgewählte Inhalte dieses Vertrages. Schlussendlich sind es nämlich erst diese Inhalte, die der Beziehung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur im Rahmen der Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell ihre Substanz geben. 215

Zur Darstellung dieser Inhalte ist wie folgt vorzugehen: An erster Stelle ist jeweils darzutun, welche praktischen Interessen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur in Zusammenhang mit dem *Outsourcing* der Vermarktung über einen Vermittlungsvertrag haben und was gemäss Schrifttum und Praxis für die Umsetzung dieser Interessen vertraglich vorzusehen sein soll bzw. vorgesehen wird.<sup>531</sup> Sodann ist zu prüfen, wie das einschlägige gesetzliche Vertrags- 216

---

<sup>531</sup> Siehe zu Darstellungen typischer Inhalte des Vermittlungsvertrages etwa VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 36 ff.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104 ff.; SCHULZE, S. 161 ff.; ELTER, S. 309 ff.; KUPFER/NEUSS, S. 297 f.; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 97 ff.; DERSELBE, Vermarktung, S. 638 ff.; GUROVITS KOHLI, S. 103 ff. In diesem Zusammenhang sei auch auf den sogenannten Sportlermanagementvertrag hingewiesen. Dabei handelt es sich um die Grundlage für die Betreuung eines Sportlers (oder eines sonstigen Akteurs des Sportes) durch einen Manager (ZEN-RUFFINEN, Rz. 745; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 307). Aufgabe des Managers kann dabei unter anderem die Vermarktung des betreuten Akteurs des Sportes sein (SCHERRER, Sportler-Management, S. 189; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 308; HÜGI, Sportrecht, § 22 Rz. 6 und § 23 Rz. 9; NASSE, S. 114; PFISTER, Managervertrag, S. 141; JENNY, S. 28; vgl. auch CIOCCA, S. 83 f.). Der Manager hat dann insbesondere Verwertungsverträge wie beispielsweise Sponsoringverträge für den Akteur des Sportes zu vermitteln (CIOCCA, S. 83; PFISTER, Managervertrag, S. 141; HÜGI, Sportrecht, § 22 Rz. 6; vgl. SCHERRER, Sportler-Management, S. 189; NASSE, S. 114). Im Gegenzug schuldet der Akteur des Sportes dem Manager regelmässig eine Vergütung (SCHERRER, Sportler-Management, S. 190; HÜGI, Sportrecht, § 22 Rz. 6; SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 307; JENNY, S. 28; CIOCCA, S. 95; vgl. PFISTER, Managervertrag, S. 141; NASSE, S. 114; ZEN-RUFFINEN, Rz. 745). Damit entspricht dieser Aspekt des Sportlermanagements dem Beizug einer Vermarktungsagentur durch einen Rechteinhaber zur Vermarktung seiner Sportrechte im hier massgeblichen Vermittlungsmodell ([Rz. 141 f.](#)). Infolgedessen wird nachstehend, wo sich dies anbietet, auch auf Fundstellen zum Sportlermanagementvertrag abgestellt.

typenrecht den jeweiligen Problembereich ordnet. Damit wird klar, was von Gesetz wegen (also namentlich bei Fehlen oder Unvollständigkeit einer vertraglichen Regelung) für die Beziehung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur gilt.<sup>532</sup> Überdies misst sich daran die Wirksamkeit vertraglicher Abreden.<sup>533</sup>

- 217 Erst aufgrund des Einbezuges der gesetzlichen Ordnung in die Darstellung kann also fundiert dazu Stellung genommen werden, inwiefern sich die mit dem *Outsourcing* verbundenen Interessen von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur im Vermittlungsvertrag wirksam adressieren lassen. Zugleich ergibt sich auf diese Weise, wie sich in der Lehre typischerweise zur Verwirklichung der Interessen der Parteien des Vermittlungsvertrages vorgeschlagene Vertragsbestimmungen zu den einschlägigen Normen verhalten. Das erlaubt insgesamt, ein kohärentes Bild der interessenbasierten Regelung der Beziehung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zu zeichnen. Aufbauend auf die Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages gilt es aber, vorab kurz auf dessen Form einzugehen.

---

<sup>532</sup> GAUCH, Vertragstypenrecht, S. 12; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 255; CARRON MAXENCE, S. 345; GUROVITS KOHLI, S. 101; vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 79 ff., m.w.H.

<sup>533</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 255; vgl. GAUCH, Vertragstypenrecht, S. 12; GUROVITS KOHLI, S. 101; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 76.

## B Vorbemerkung: Zur Form des Vermittlungsvertrages

Die im Rahmen der Qualifikation ([Rz. 151 ff.](#)) besprochenen Vertragstypen (Mäkler- und Agenturvertrag), von denen jeweils der eine oder andere für den Vermittlungsvertrag einschlägig ist ([Rz. 195 f.](#)), bedürfen für ihre Gültigkeit von Gesetzes wegen keiner besonderen Form (Art. 11 Abs. 1 OR).<sup>534</sup> Theoretisch wäre der Abschluss eines Vermittlungsvertrages mithin formfrei möglich. Anzumerken ist, dass unter diesen Umständen Raum für den konkludenten Vertragsschluss besteht.<sup>535</sup> In Zusammenhang mit der Form ist überdies darauf hinzuweisen, dass der Agenturvertrag zwar formfrei geschlossen werden kann, für die wirksame Abweichung vom dispositiven Agenturvertragsrecht im OR jedoch mitunter die Schriftform verlangt wird.<sup>536</sup> In der Praxis dominiert

218

---

<sup>534</sup> Für den Mäklervertrag GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 17; HUGUENIN, Rz. 3350; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 173; STREIFF MATTHIAS, S. 29; CR CO I-RAYROUX, N 16 zu Art. 412; CHK-BRACHER, N 10 zu Art. 412 OR; Urteil des BGer 4A\_411/2021 vom 27. Juli 2022 E. 5.1; für den Agenturvertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 16a zu Art. 418a-418b; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 49; CR CO I-DREYER, N 12 zu Art. 418a; CHK-MATHYS, N 7 zu Art. 418a OR; BSK OR I-PÄRLI, N 5 zu Art. 418a; BUCHER, BT, S. 241; BURNAND, S. 21; MAIER, Schweiz, S. 338.

<sup>535</sup> Siehe für den Mäklervertrag statt vieler BK-GAUTSCHI [1964], N 5c zu Art. 412; Urteil des BGer 4A\_411/2021 vom 27. Juli 2022 E. 5.1; und für den Agenturvertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 5c zu Art. 418a-418b. Aus dem blossen Umstand, dass die (in concreto) mäklerische Tätigkeit un widersprochen geblieben ist, lässt sich nach dem Bundesgericht hingegen nicht automatisch auf einen Willen des (diesfalls vermeintlichen) Auftraggebers zum Eingehen eines Vertrages schliessen (Urteil des BGer 4A\_411/2021 vom 27. Juli 2022 E. 5.1, m.w.H.; ebenso bereits VON BÜREN, S. 205).

<sup>536</sup> Etwa Art. 418c Abs. 2 und Abs. 3 OR (Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes und Überwälzung des Delcredere-Risikos auf den Agenten), Art. 418f Abs. 3 OR (Wegbedingung der Exklusivität trotz Zuweisung eines Gebietes oder eines Kundenkreises an den Agenten), Art. 418g Abs. 1 und Abs. 3 OR (Wegbedingung des Provisionsanspruches für direkte Geschäfte und abweichende Vereinbarungen über den Zeitpunkt der Entstehung des Provisionsanspruches), Art. 418k Abs. 1 OR (Vereinbarung der Pflicht des Agenten, schriftlich über die Provisionen abzurechnen), Art. 418q Abs. 1 OR (Verkürzung der ordentlichen Kündigungsfrist) oder Art. 418t Abs. 3 OR (Vereinbarung eines späteren Fälligkeitszeitpunktes für Geschäfte, die nach Beendigung des Agenturvertrages zu erfüllen sind). Siehe für eine Übersicht BK-GAUTSCHI [1964], N 16b zu Art. 418a-418b; ZK-BÜHLER, N 59 zu Art. 418a; HUGUENIN, Rz. 3396; CR CO I-DREYER, N 13 zu Art. 418a; CHK-MATHYS, N 7 zu Art. 418a OR; BURNAND, S. 21; MAIER, Schweiz, S. 338 f.).

für Vermittlungsverträge jedoch Schriftlichkeit.<sup>537</sup> In der Folge wird deshalb vom Regelfall des schriftlich geschlossenen Vermittlungsvertrages ausgegangen. Schriftlichkeit wird dabei in Übereinstimmung mit der einfachen Schriftlichkeit im Sinne des OR verstanden.<sup>538</sup>

- 219 Die Schriftlichkeit des Vermittlungsvertrages dient verschiedenen Zwecken. Einmal ist sie für die Absicherung der Beteiligten zentral.<sup>539</sup> Hintergrund ist der Umstand, dass das *Outsourcing* der Vermarktung regelmässig von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung und dessen Regelung komplex ist.<sup>540</sup> Der betreffende Vertrag sollte deshalb allein schon aus Beweisgründen schriftlich und damit in verstetigter Form vorhanden sein.<sup>541</sup> Nach SCHLINDWEIN kann die schriftliche Wiedergabe zudem möglichen Missverständnissen vorbeugen. Indem die Parteien eine schriftliche Vertragsdokumentation abfassen, sind sie dazu gezwungen, sich mit der Ausgestaltung ihrer Zusammenarbeit auseinanderzusetzen. Das mag dazu beizutragen, spätere Konflikte zu verhindern.<sup>542</sup>

---

<sup>537</sup> Vgl. etwa KUPFER/NEUSS, S. 297; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 64; DERSELBE, Vermarktung, S. 628.

<sup>538</sup> Erklärung in Schriftform und Unterzeichnung durch alle Verpflichteten (Art. 13–15 OR; HUGUENIN, Rz. 348; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 31.05 ff.).

<sup>539</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 628; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 64.

<sup>540</sup> So werden in *praxi* namentlich Agenturverträge aufgrund der Komplexität und des Gewichtes der durch sie geregelten Verhältnisse in der Regel schriftlich geschlossen (CR CO I–DREYER, N 12 zu Art. 418a; BSK OR I–PÄRLI, N 5 zu Art. 418a; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191).

<sup>541</sup> Im Ergebnis SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 628; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 64; im Allgemeinen SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 31.06; BUCHER, AT, S. 164.

<sup>542</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 628; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 64.

## C Tätigkeit der Vermarktungsagentur

### I Vermittlung von Verwertungsverträgen

Es sei daran erinnert, dass sich die Tätigkeit der Vermarktungsagentur in der hier besprochenen Gestaltung der Fremdvermarktung auf die reine Vermittlung von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber beschränkt ([Rz. 141](#)). Aufgabe der Vermarktungsagentur ist es, Verwertungsverträge herbeizuführen, indem sie die Grundlagen für deren Abschluss durch den Rechteinhaber schafft ([Rz. 74 ff.](#)). Das stellt zugleich das «Wie» der ausgelagerten Vermarktung dar. 220

### II Tätigkeitspflicht insbesondere

In Bezug auf die Tätigkeit der Vermarktungsagentur unter dem Vermittlungsvertrag ist hervorzuheben, dass der Mäkler nach überwiegender Lehre sowie der Rechtsprechung grundsätzlich nicht dazu verpflichtet ist, effektiv tätig zu werden.<sup>543</sup> Allerdings steht es den Parteien des Mäklervertrages offen, eine entsprechende Pflicht zulasten des Mäklers zu statuieren.<sup>544</sup> Demgegenüber ist der Agent auch ohne entsprechende Stipulierung dazu verpflichtet, tatsächlich für seinen Auftraggeber tätig zu werden.<sup>545</sup> 221

Fehlt eine entsprechende Vereinbarung, gilt demnach unter dem Vermittlungsvertrag prinzipiell bloss für die Vermarktungsagentur als Agentin eine Pflicht, tatsächlich zur Vermittlung von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber zu schreiten. Ist die Vermarktungsagentur hingegen Mäklerin, so 222

---

<sup>543</sup> In der Lehre CHK-BRACHER, N 7 zu Art. 412 OR; BSK OR I-AMMANN, N 7 zu Art. 412; BUCHER, BT, S. 235; GUGGENBÜHL, S. 37 ff.; MARQUIS, S. 34; BK-GAUTSCHI [1964], N 8a zu Art. 412; in der Rechtsprechung im Ergebnis BGE 103 II 129 E. 3; und in dessen Folge ausdrücklich BGE 144 III 43 E. 3.1.1 S. 47; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1; vgl. ENGEL PIERRE, Contrats, S. 521; anderer Meinung VISCHER, Besprechung Urteil 4A\_269/2017, S. 521.

<sup>544</sup> GUGGENBÜHL, S. 41; BUCHER, BT, S. 235; CHK-BRACHER, N 7 zu Art. 412 OR; BSK OR I-AMMANN, N 7 zu Art. 412.

<sup>545</sup> CR CO I-DREYER, N 3 zu Art. 418c; BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418c, m.w.H.; ZÜRCHER, S. 16, m.w.H.; MAIER, Schweiz, S. 346; Botschaft Agenturvertrag, S. 674.

bleibt ihr grundsätzlich anheimgestellt, ob sie tatsächlich für den Rechteinhaber tätig wird. Dazu verpflichtet ist sie nur, wenn dies laut Vermittlungsvertrag vorgesehen ist.

- 223 Vor diesem Hintergrund ([Rz. 221 f.](#)) ist es nach hier vertretener Meinung ratsam, die Frage nach der Tätigkeitspflicht der Vermarktungsagentur im Vermittlungsvertrag eindeutig zu klären. Regelmässig wird dies auf die Vereinbarung einer solchen Pflicht hinauslaufen.<sup>546</sup> Das ist dort erforderlich, wo der Vermittlungsvertrag Mäklervertrag ist und seine Parteien die Vermarktungsagentur zur Vermittlung gehalten wissen wollen. Denn die bezügliche Vereinbarung zeichnet sich dort grundsätzlich als für das Bestehen einer Tätigkeitspflicht konstitutiv (zu einer Ausnahme [Rz. 471](#)). Ist der Vermittlungsvertrag hingegen Agenturvertrag, ist die Vermarktungsagentur zwar genauso ohne entsprechende Vereinbarung zur Tätigkeit verpflichtet. Doch schafft die vertragliche Regelung zumindest Klarheit für die Parteien ([Rz. 218 f.](#)).

### III Zusammenfassung

- 224 Das «Wie» der Vermarktung bezeichnet nach dem Gesagten ([Rz. 220 ff.](#)) die Art der Tätigkeit der Vermarktungsagentur zur Herbeiführung von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber. Vorliegend ist das jeweils die Vermittlung ([Rz. 220](#)). Dabei trifft die Vermarktungsagentur als Mäklerin von Gesetzes wegen grundsätzlich keine Pflicht zum Tätigwerden. Das ist anders, wenn die Vermarktungsagentur Agentin ist. Deshalb sollte die Frage der Tätigkeitspflicht im Vermittlungsvertrag eindeutig beantwortet werden ([Rz. 222 f.](#)).

---

<sup>546</sup> In diesem Sinne BALLASCH/KLIESCH, S. 367.



## **D Kontrolle des Rechteinhabers über die ausgelagerte Vermarktung**

### **I Ausgangslage**

Kommt es zur Auslagerung der Vermarktung der Sportrechte eines Rechteinhabers an eine Vermarktungsagentur, überlässt ihr der Rechteinhaber den Vermarktungsprozess (Rz. 62). Er gibt damit zugleich die Kontrolle über die Vermarktung seiner Sportrechte mindestens teilweise ab.<sup>547</sup> Nichtsdestotrotz ist es im Vermittlungsmodell der Rechteinhaber, der Partei der Verwertungsverträge werden soll, nicht die Vermarktungsagentur (Rz. 79 und Rz. 91). Folglich hat er ein Interesse daran, sich über den Vermittlungsvertrag ein Mindestmass an Einfluss auf die ausgelagerte Vermarktung seiner Sportrechte zu bewahren. Diesbezüglich sind mehrere Aspekte zu beachten.

225

### **II Information des Rechteinhabers durch die Vermarktungsagentur**

#### **1 Interessenlage**

Auch bei Auslagerung der Vermarktung seiner Sportrechte an eine Vermarktungsagentur kann der Rechteinhaber das Bedürfnis haben, über den Gang ebendieser Vermarktung weiterhin im Bilde zu sein. Soweit er aber die Vermarktung aus den Händen gegeben hat, ist er darauf angewiesen, von der Vermarktungsagentur informiert zu werden.<sup>548</sup> Entsprechend wird in der sportrechtlichen Literatur verschiedentlich empfohlen, im Vermittlungsvertrag die Information des Rechteinhabers durch die Vermarktungsagentur zu regeln.<sup>549</sup> Es fragt sich nun als Erstes, welche Informationspflichten für den Makler und den Agenten von Gesetzes wegen grundsätzlich gelten.

226

---

<sup>547</sup> Siehe zu Befürchtungen von Rechteinhabern vor möglichen Kontrollverlusten beim *Outsourcing* der Vermarktung ihrer Sportrechte MANOLI/HODGKINSON, S. 442.

<sup>548</sup> Vgl. PFISTER, *Managervertrag*, S. 146.

<sup>549</sup> SCHLINDWEIN, *Vermarktung*, S. 638 und S. 634; DERSELBE, *Vertragsgestaltung*, S. 98.

## 2 Informationspflicht des Mäklers und des Agenten im Allgemeinen

### a Informationspflicht des Mäklers

227 Für den Makler gilt bereits aufgrund seiner allgemeinen vertraglichen Treue- und Sorgfaltspflichten die Pflicht zur Information des Auftraggebers.<sup>550</sup> Er hat den Auftraggeber über ihm bekannte Umstände, die hinsichtlich des anvisierten Vertragsschlusses von Bedeutung sein könnten, von sich aus in Kenntnis zu setzen.<sup>551</sup> Insbesondere muss er den Auftraggeber über die ausfindig gemachten potentiellen Vertragspartner unterrichten.<sup>552</sup> Über diese, auf das Zielgeschäft bezogene Information hinaus ist der Makler allgemein gehalten, den Auftraggeber dann zu informieren,<sup>553</sup> wenn ein Interesse des Auftraggebers an der bezüglichen Information besteht.<sup>554</sup> Das ist insgesamt entscheidendes Kriterium für das Greifen einer Informationspflicht des Mäklers.

### b Informationspflicht des Agenten

228 Genau wie den Makler ([Rz. 227](#)) trifft den Agenten zufolge seiner allgemeinen vertraglichen Sorgfaltspflicht eine Informationspflicht.<sup>555</sup> Sie erstreckt sich nach der Lehre auf sämtliche für den Auftraggeber notwendigen Informatio-

---

<sup>550</sup> Für die Informationspflicht des Mäklers gestützt auf die Treuepflicht etwa DE HALLER, S. 194 ff.; BGE 110 II 276 E. 2a S. 278; und gestützt auf die Sorgfaltspflicht GUGGENBÜHL, S. 110; offen gelassen bei BSK OR I-AMMANN, N 8 zu Art. 412, m.w.H.; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 530; BGE 84 II 521 E. 2d S. 537. Diese Informationspflicht darf nicht mit der Pflicht zur Beschaffung von Informationen für den Auftraggeber verwechselt werden. Dazu ist der Makler grundsätzlich nur bei entsprechender Vereinbarung verpflichtet (GUGGENBÜHL, S. 110; ebenso BK-GAUTSCHI [1964], N 9g zu Art. 412; und in dessen Folge MARQUIS, S. 148; im Ergebnis BGE 110 II 276 E. 2a S. 278, m.w.H.).

<sup>551</sup> GUGGENBÜHL, S. 110, m.w.H.; STREIFF MATTHIAS, S. 32; BSK OR I-AMMANN, N 8 zu Art. 412; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 180; TURRETTINI, S. 21.

<sup>552</sup> BGE 84 II 521 E. 2d S. 527; in dessen Folge auch BSK OR I-AMMANN, N 8 zu Art. 412; im Ergebnis ebenso BK-GAUTSCHI [1964], N 9g zu Art. 412. Umgekehrt sind fehlgeschlagene Vermittlungsversuche nicht mitzuteilen, wo nicht vertraglich vorgesehen. Eine Ausnahme besteht, wenn der Makler aus besonderen Gründen anzunehmen hat, dass sein Schweigen dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte (BGE 84 II 521 E. 2d S. 527; in dessen Folge auch BK-GAUTSCHI [1964], N 3c Vorb. zum Mäklervertrag).

<sup>553</sup> ENGEL PIERRE, Contrats, S. 530, unter Hinweis auf BGE 84 II 521 E. 2d S. 527; TURRETTINI, S. 22.

<sup>554</sup> MARQUIS, S. 150.

<sup>555</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 6d zu Art. 418c; in dessen Folge ZK-BÜHLER, N 13 zu Art. 418c; STRAUB, Rz. 20.1.

nen, über die der Agent verfügt.<sup>556</sup> Fraglich bleibt, was unter notwendigen Informationen im eben genannten Sinne zu verstehen ist. GAUTSCHI und BÜHLER führen diesbezüglich jeweils § 86 Abs. 2 HGB an.<sup>557</sup> Dieser Bestimmung zufolge sind allgemein «die erforderlichen Nachrichten» zu geben. Was das konkret umfasst, bestimmt sich sodann insbesondere nach dem Interesse des Auftraggebers.<sup>558</sup> Der Agent ist demgemäss gehalten, dem Auftraggeber insoweit Bericht zu erstatten, als letzterer ein Interesse an der jeweiligen Information hat.<sup>559</sup> Die Informationspflicht des Agenten beurteilt sich damit nach derselben Massgabe wie jene des Mäklers (Rz. 227). Zentral ist folglich auch für den Agenten die Pflicht, den Auftraggeber unverzüglich in Kenntnis zu setzen, wenn Dritte zum Eingehen eines Zielgeschäftes bereit sind.<sup>560</sup>

### 3 Informationspflicht der Vermarktungsagentur

Steht fest, dass den Mäkler und den Agenten aufgrund ihrer allgemeinen vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten eine Informationspflicht im eben ausgeführten Sinn trifft (Rz. 227 f.), so gilt dies ohne weiteres für die Vermarktungsagentur als Mäklerin respektive Agentin unter dem Vermittlungsvertrag. Diese Informationspflicht greift jeweils dann, wenn der Rechteinhaber ein Interesse an der Information hat. Die Informationspflicht der Vermarktungsagentur gewährleistet demnach theoretisch, dass der Rechteinhaber insofern, als er *qua* Betrauung der Vermarktungsagentur selbst nicht mehr in die Vermarktung involviert ist, zumindest über für ihn wesentliche Aspekte der ausgelagerten Vermarktung seiner Sportrechte informiert bleibt.

229

---

<sup>556</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5082; vgl. MAIER, Schweiz, S. 347.

<sup>557</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 6d zu Art. 418c; ZK-BÜHLER, N 13 zu Art. 418c.

<sup>558</sup> Für § 86 Abs. 2 HGB Urteil des BGH VII ZR 9/64 vom 13. Januar 1966, in: NJW 1966, S. 883; und in dessen Folge BeckOK HGB-LEHMANN, N 58 zu § 86; oder MüKo HGB-STRÖBL, Rz. 48 zu § 86, wobei nicht vom Auftraggeber, sondern – in der Terminologie des HGB – vom Unternehmer die Rede ist.

<sup>559</sup> STRAUB, Rz. 20.1; im Ergebnis ENGEL PIERRE, Contrats, S. 544; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5082; und zum deutschen Recht Urteil des BGH VII ZR 9/64 vom 13. Januar 1966, in: NJW 1966, S. 883; ausführlich MüKo HGB-STRÖBL, Rz. 48 ff. zu § 86; BeckOK HGB-LEHMANN, N 58 ff. zu § 86.

<sup>560</sup> ZK-BÜHLER, N 13 zu Art. 418c; BK-GAUTSCHI [1964], N 6d zu Art. 418c; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 544; BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418c, m.w.H.; STRAUB, Rz. 20.1; MAIER, Schweiz, S. 347. So ausdrücklich § 86 Abs. 2 HGB (siehe dazu etwa BeckOK HGB-LEHMANN, N 55 zu § 86).

- 230 Gleichzeitig ist der Geltungsbereich der Informationspflicht der Vermarktungsagentur relativ unbestimmt. Sie erfasst, was für den Auftraggeber «von Bedeutung» ist ([Rz. 229](#)). Hier drängt sich eine vertragliche Konkretisierung auf. In der Praxis führen Vermittlungsverträge die Informationspflicht der Vermarktungsagentur deshalb regelmässig näher aus.<sup>561</sup> Denkbar ist etwa, dass verschiedene «Meilensteine» im Rahmen der Vermarktung zu kommunizieren sind. Als solche zu nennen sind (i) die Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit möglichen Verwertungspartnern, (ii) das Erreichen gewisser Zwischenergebnisse anlässlich von Verhandlungen und (iii) die erfolgreiche Durchführung bzw. das Scheitern von Verhandlungen über Verwertungsverträge, inklusive der Mitteilung jener Eckpunkte, die für den potentiellen Verwertungspartner Bedingung für den Vertragsschluss sind. An dieser Stelle sei zuletzt in Erinnerung gerufen, dass namentlich potentielle Verwertungspartner, die zum Abschluss eines Verwertungsvertrages bereit sind, von der Vermarktungsagentur an den Rechteinhaber kommuniziert werden müssen, ob der Vermittlungsvertrag dies nun vorsieht oder nicht ([Rz. 227 f.](#)).

## 4 Zusammenfassung

- 231 Die Informationspflicht der Vermarktungsagentur dient dazu, den Rechteinhaber über den Gang der Vermarktung, soweit diese der Vermarktungsagentur obliegt, informiert zu halten. Die Vermarktungsagentur ist verpflichtet, den Rechteinhaber über alle ihr bekannten Tatsachen in Kenntnis zu setzen, die im Rahmen der vermittlungsvertraglich geregelten Vermarktung von Bedeutung sein können ([Rz. 229](#)). Als zentral hat sich diesbezüglich namentlich der erfolgreiche Abschluss von Vermittlungsbemühungen erwiesen ([Rz. 230](#)). Der konkrete Vermittlungsvertrag kann die Informationspflicht der Vermarktungsagentur näher ausführen und beispielsweise spezifische Ereignisse festlegen, über die die Vermarktungsagentur den Rechteinhaber informieren muss ([Rz. 230](#)).

---

<sup>561</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 und S. 634; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 98.

### III Einfluss des Rechteinhabers auf die ausgelagerte Vermarktung

#### 1 Interessenlage

In Zusammenhang mit dem auslagerungsbedingten Kontrollverlust des Rechteinhabers ist nicht bloss relevant, dass der Rechteinhaber auf die Information durch die Vermarktungsagentur angewiesen ist, um über die Vermarktung seiner Sportrechte im Bilde zu bleiben ([Rz. 226 ff.](#)). Daneben kann der Rechteinhaber ein Interesse daran haben, trotz *Outsourcing* der Vermarktung in gewissem Umfang auf den Vermarktungsprozess im Allgemeinen und auf die für ihn herbeizuführenden Verwertungsverträge im Besonderen Einfluss zu nehmen.<sup>562</sup> Denn schliesslich ist es der Rechteinhaber, der die von der Vermarktungsagentur vermittelten Verwertungsverträge eingeht ([Rz. 79](#) und [Rz. 91](#)). In der Literatur wird entsprechend angeraten, in den Vermittlungsvertrag konkrete Vorgaben aufzunehmen, die sich in verschiedenster Weise auf den Vermarktungsprozess und die Verwertungsverträge beziehen.<sup>563</sup> Damit soll im Sinne des Rechteinhabers bereits auf Stufe des Vermittlungsvertrages (und gleichsam durch selbigen) auf die ausgelagerte Vermarktung eingewirkt werden.

232

---

<sup>562</sup> Vgl. VON APPEN, *Anwendbarkeit*, S. 316; KÖRBER, *Rz.* 2488 Fn. 130, zum Einfluss des Rechteinhabers auf den Abschluss von Verwertungsverträgen durch die Vermarktungsagentur im Kommissionsmodell; VON APPEN/LANIG, S. 230, zur selben Thematik im Buy-Out-Modell; sowie HONEGGER/EISELE, S. 82 f., die aufzeigen, wie sich ein Rechteinhaber Kontrollmöglichkeiten für den Fall bewahren kann, da ein Lizenznehmer Unterlizenzverträge eingeht.

<sup>563</sup> So etwa bei SCHLINDWEIN, *Vermarktung*, S. 638; PFISTER/FRITZWEILER, *PHB Sportrecht*, Kapitel 4 *Rz.* 104; VON APPEN, *Anwendbarkeit*, S. 316; vgl. DERSELBE, *Vermarktungsagenturen*, *Rz.* 42 f.; KÖRBER, *Rz.* 2489; HONEGGER/EISELE, S. 82; und generell für die Vermarktung der Sportrechte des Rechteinhabers durch die Vermarktungsagentur im Vermittlungsmodell nach den Vorgaben des Ersteren VON APPEN, *Anwendbarkeit*, S. 315.

## 2 Ausführungsabreden in Mäkler- und Agenturvertrag im Allgemeinen

- 233 Sowohl im Mäkler- als auch im Agenturvertrag lassen sich sogenannte Ausführungsabreden vorsehen.<sup>564</sup> Diese dienen dazu, den Auftragsumfang im konkreten Fall festzulegen.<sup>565</sup>
- 234 Nach Lehre und Rechtsprechung können Ausführungsabreden zum einen auf die Zielgeschäfte bezogen sein. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sie Näheres zu den möglichen Interessenten für den Abschluss solcher Zielgeschäfte regeln.<sup>566</sup> Genauso betreffen Ausführungsabreden die Zielgeschäfte, sofern sie deren Gegenstand konkretisieren.<sup>567</sup> Damit verwandt sind weitere inhaltliche Vorgaben.<sup>568</sup> So lässt sich mittels Ausführungsabrede beispielsweise ein mit den Zielgeschäften zu erzielender Erlös fixieren.<sup>569</sup> Insgesamt geht es folglich jeweils darum, die Verträge zu konkretisieren, die vom Mäkler respektive Agenten zu vermitteln sind. Sein Auftrag erfasst in der Konsequenz nurmehr jene Geschäfte, wie sie die Ausführungsabreden etwa in Bezug auf Gegenstand, Inhalt, wirtschaftliche Eckpunkte oder auch Gegenpartei näher umschreiben.<sup>570</sup>
- 235 Zum anderen dienen Ausführungsabreden auch dazu, die Tätigkeit von Mäkler bzw. Agent zu spezifizieren. So können gewisse Aktivitäten, die der Auftraggeber vom Mäkler oder Agenten entfaltet wissen will, im Mäkler- bzw. Agenturvertrag vorgegeben werden. Umgekehrt lassen sich auf diese Weise Tätigkeiten bezeichnen, die von Mäkler respektive Agent in der Vermittlung von Verträgen für den Auftraggeber zu unterlassen sind.<sup>571</sup> Will der Mäkler respektive Agent vertragskonform tätig werden, hat er solche Ausführungsabreden ebenso zu beachten.

---

<sup>564</sup> Für Ausführungsabreden im Mäklervertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412; DE HALLER, S. 191; BURKHALTER, N 7 zu Art. 415; je m.w.H.; und im Agenturvertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 6a zu Art. 418c, m.w.H.

<sup>565</sup> BK-GAUTSCHI [1971], N 1a f. zu Art. 397; BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412.

<sup>566</sup> BURKHALTER, N 7 zu Art. 415, m.w.H.; Urteil des BGer M. gegen B. und G. vom 29. Januar 1951, in: JdT 1951, S. 254 f.; Urteil des Obergerichtes BL in Sachen Stö. gegen Hei. vom 20. August 1957, in: BJM 1957, S. 270; unter Hinweis auf letzteren Entscheid auch BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412.

<sup>567</sup> Urteil des Obergerichtes ZH vom 8. März 1957, in: ZR 1958, Nr. 52, S. 142; und in dessen Folge BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412, m.w.H.

<sup>568</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 6c zu Art. 418c.

<sup>569</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412, m.w.H.

<sup>570</sup> Vgl. BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412, m.w.H.

<sup>571</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412.

### 3 Ausführungsabreden im Vermittlungsvertrag

#### a Grundsatz

Im Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag oder Agenturvertrag lässt sich die Tätigkeit der Vermarktungsagentur dem Gesagten nach (Rz. 233 ff.) mittels Ausführungsabreden umfangmässig und inhaltlich konkretisieren. Gegenstand jener Abreden können die potentiellen Verwertungspartner (dazu Rz. 237 ff.), die herbeizuführenden Verwertungsverträge (dazu Rz. 240) oder auch die Tätigkeit der Vermarktungsagentur (dazu Rz. 243 ff.) sein. In der jeweiligen Hinsicht wird die Betrauung der Vermarktungsagentur näher geregelt (Rz. 234 f.). Ausführungsabreden bieten dem Rechteinhaber mithin die Möglichkeit, die ausgelagerte Vermarktung bereits im Vermittlungsvertrag zu determinieren. Das wirkt seinem auslagerungsbedingten Kontrollverlust (Rz. 225) effektiv entgegen.

236

#### b Vorgaben zu den potentiellen Verwertungspartnern

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass der Vermittlungsvertrag den Kreis der potentiellen Verwertungspartner näher umschreibt.<sup>572</sup> Möglich ist beispielsweise, dass der Vermittlungsvertrag explizit diejenigen Dritten auflistet, die überhaupt als potentielle Verwertungspartner in Frage kommen.<sup>573</sup> Es können aber auch allgemeiner gehaltene Merkmale definiert werden, die potentielle Verwertungspartner aufweisen müssen.<sup>574</sup> Zu nennen sind exemplarisch die (Welt)Region oder die Branche, aus der ein Verwertungspartner stammen soll.<sup>575</sup> Der Kreis der möglichen Verwertungspartner wird im Vermittlungsvertrag in diesen Fällen positiv umschrieben. Umgekehrt ist genauso denkbar, dass der Vermittlungsvertrag Dritte als potentielle Verwertungspartner ausschliesst.<sup>576</sup> Die Kriterien, welche sich hierfür anbieten, sind wiederum divers, unterscheiden sich aber schlussendlich nicht von jenen, die für die po-

237

<sup>572</sup> Vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 98; DERSELBE, Vermarktung, S. 638 und S. 634; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 42; BALLASCH/KLIESCH, S. 362.

<sup>573</sup> Vgl. BALLASCH/KLIESCH, S. 362.

<sup>574</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638.

<sup>575</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104.

<sup>576</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 42; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 98; DERSELBE, Vermarktung, S. 638 und S. 634; ELTER, S. 310.

sitive Umschreibung gelten. Unabhängig davon, auf welches Merkmal zur Festlegung der Ausschlusswirkung abgestellt wird: Der Vermittlungsvertrag definiert den Kreis der potentiellen Verwertungspartner diesfalls negativ.

- 238 Die Wirkung von positiver wie negativer Umschreibung potentieller Verwertungspartner im Vermittlungsvertrag ([Rz. 237](#)) ist für die ausgelagerte Vermarktung im Ergebnis dieselbe: Die Parteien konkretisieren, wer möglicher Verwertungspartner ist und wer nicht und legen damit den Auftragsumfang insofern fest ([Rz. 233 ff.](#)).
- 239 Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Umschreibung der potentiellen Verwertungspartner Folgen für die Qualifikation des Vermittlungsvertrages zeitigen kann. Wird dadurch nämlich zugleich die Zahl jener Dritten, die für einen Vertragsschluss mit dem Rechteinhaber in Betracht kommen, eindeutig limitiert, bleibt bloss noch eine begrenzte Anzahl von Verwertungsverträgen zu vermitteln ([Rz. 193](#)). Nach dem zur Qualifikation Gesagten ([Rz. 190 f.](#)) ist der Vermittlungsvertrag diesfalls kein Dauerschuldverhältnis und somit als Mäklervertrag zu qualifizieren ([Rz. 191](#)). Das ist zu berücksichtigen, wenn im Vermittlungsvertrag Vorgaben zum Kreis potentieller Verwertungspartner gemacht werden.

### **c      Vorgaben zum Inhalt der zu vermittelnden Verwertungsverträge**

- 240 Statt auf die möglichen Verwertungspartner ([Rz. 237 ff.](#)) können sich vermittlungsvertragliche Ausführungsabreden auf den Inhalt der zu vermittelnden Verwertungsverträge beziehen. Solche Vorgaben sind in der Praxis durchaus üblich.<sup>577</sup>
- 241 Bei Licht besehen bedeutet das, dass Rechteinhaber und Vermarktungsagentur im Vermittlungsvertrag vereinbaren, was in den zu vermittelnden Verwertungsverträgen enthalten sein soll. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an Vorgaben in Bezug auf die Gegenleistung, welche der Verwertungspartner für die Einräumung des Rechtes zur Nutzung der Sportrechte erbringen soll.<sup>578</sup> Der Vermittlungsvertrag kann hierfür beispielsweise einen Mindestbetrag festsetzen. Darüber hinaus können Rechteinhaber und Vermarktungsagentur im Vermittlungsvertrag auch den zeitlichen Rahmen dieser

---

<sup>577</sup> HONEGGER/EISELE, S. 82; vgl. KÖRBER, Rz. 2489; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; BALLASCH/KLIESCH, S. 368; VON APPEN, Anwendbarkeit, S. 316; PFISTER, Managervertrag, S. 146.

<sup>578</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 43.



Rechteinräumung näher ausführen.<sup>579</sup> Und genauso lassen sich auf diesem Weg den möglichen Inhalten von Verwertungsverträgen Grenzen setzen.<sup>580</sup> Der Vermittlungsvertrag kann in diesem Sinne beispielsweise Garantien des Rechteinhabers oder Konventionalstrafen als mögliche Inhalte der Verwertungsverträge ausschliessen. Am Ende bewirken derartige Vorgaben stets, dass die herbeizuführenden Verwertungsverträge bereits auf Stufe des Vermittlungsvertrages eine inhaltliche Konkretisierung erfahren.<sup>581</sup> Der Umfang des Auftrages der Vermarktungsagentur wird auf diese Weise in der entsprechenden Hinsicht näher festgelegt ([Rz. 233 ff.](#)).

Auch über die Vorgaben zum Inhalt der herbeizuführenden Verwertungsverträge kann allerdings auf die maximal zu vermittelnde Anzahl von Verwertungsverträgen eingewirkt werden. Denn je nach Gehalt der zu vermittelnden Verwertungsverträge ist der Abschluss einer unbestimmten Zahl solcher Verträge rechtlich oder faktisch ausgeschlossen (für ein Beispiel [Rz. 194](#)). Das hat wiederum zur Konsequenz, dass der Vermittlungsvertrag kein Dauerschuldverhältnis mehr sein kann, was seinerseits seiner Einordnung als Agenturvertrag entgegensteht ([Rz. 190 f.](#)). Folglich müssen sich die Parteien anlässlich der Formulierung vermittlungsvertraglicher Ausführungsabreden bewusst sein, dass dies Auswirkungen auf die Qualifikation des Vertrages zeitigen könnte.

242

## **d Vorgaben zur Tätigkeit der Vermarktungsagentur**

Ausführungsabreden im Vermittlungsvertrag können schliesslich die Tätigkeit der Vermarktungsagentur als Mäklerin bzw. Agentin an sich betreffen ([Rz. 235](#)). Eingehender geregelt wird unter diesen Umständen nicht, was von der Vermarktungsagentur erreicht werden soll, sondern, wie dies zu tun ist. Der Vermarktungsagentur wird die Entfaltung (oder auch Unterlassung) bestimmter Aktivitäten im Hinblick auf die Vermarktung der vertragsgegenständlichen Sportrechte vermittlungsvertraglich vorgegeben.<sup>582</sup>

243

---

<sup>579</sup> Vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104.

<sup>580</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 und S. 634; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105.

<sup>581</sup> Vgl. BALLASCH/KLIESCH, S. 368; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; PFISTER, Managervertrag, S. 146; HONEGGER/EISELE, S. 82.

<sup>582</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 42 f.

- 244 Zur näheren Umschreibung der Tätigkeit der Vermarktungsagentur wird im Vermittlungsvertrag in der Praxis regelmässig die Erstellung eines Vermarktungskonzeptes vorgesehen.<sup>583</sup> Im Vermarktungskonzept selbst werden die von der Vermarktungsagentur zur Vermarktung der vertragsgegenständlichen Sportrechte zu entfaltenden Aktivitäten umschrieben.<sup>584</sup> So kann es etwa Aufschluss darüber geben, in welchem zeitlichen Rahmen oder mit welchen Kommunikationsmitteln welche potentiellen Verwertungspartner im Hinblick auf welches der zu vermarktenden Sportrechte von der Vermarktungsagentur angesprochen werden sollen.<sup>585</sup> Das Vermarktungskonzept zeigt auf diese Weise auf, wie anlässlich der Vermarktung der Sportrechte effektiv vorzugehen beabsichtigt ist. Damit ist das Vermarktungskonzept zugleich Ausgangspunkt der und Handlungsanleitung für die Tätigkeit der Vermarktungsagentur unter dem jeweiligen Vermittlungsvertrag.<sup>586</sup>

## 4 Ausführungsabreden und einseitige Weisungen

### a Abgrenzung

- 245 Den Ausführungsabreden in Mäklervertrag und Agenturvertrag ([Rz. 233 ff.](#)) gemein ist, dass sie auf einer entsprechenden gegenseitigen Willensübereinstimmung von Auftraggeber und Mäkler respektive Agent beruhen.<sup>587</sup> Das erklärt zugleich ihre Bezeichnung als Abreden. Sie werden eben von den Vertragspartnern als Teil des Vertragsinhaltes ([Rz. 147](#)) vereinbart.
- 246 Ihre vertragliche Begründung erlaubt es, Ausführungsabreden eindeutig von Weisungen abzugrenzen, welche die eine Partei eines Vertrages der anderen zu erteilen berechtigt sein kann.<sup>588</sup> Solche Weisungen sind typisch für den ein-

---

<sup>583</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 43; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 79; ELTER, S. 310.

<sup>584</sup> SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 79; ELTER, S. 310; vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 43; MULLIN/HARDY/SUTTON, S. 255 f.

<sup>585</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 43.

<sup>586</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 79; ELTER, S. 310.

<sup>587</sup> Vgl. MARQUIS, S. 144; im Ergebnis auch BK-GAUTSCHI [1964], N 8b f. zu Art. 412 sowie N 6a zu Art. 418c, wo den Ausführungsabreden jeweils die einseitigen Weisungen des Auftraggebers gegenübergestellt werden; oder BURKHALTER, N 7 zu Art. 415, der von den im Mäklervertrag ausgeführten Vorgaben spricht; sowie BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418c, bei dem von den vorgeschriebenen Ausführungsweisungen die Rede ist; ausdrücklich für Ausführungsabreden im einfachen Auftrag BK-GAUTSCHI [1971], N 7c zu Art. 397.

<sup>588</sup> MARQUIS, S. 144; BK-GAUTSCHI [1964], N 8b f. zu Art. 412 und N 6a zu Art. 418c. Neben ihrer Einseitigkeit sind solche Weisungen nach einem Teil der Lehre auch insofern von den Aus-

fachen Auftrag ([Rz. 201](#)).<sup>589</sup> Dem Auftraggeber kommt dort das Recht zu, dem Beauftragten verbindlich vorzugeben, wie der Auftrag auszuführen ist (Art. 397 Abs. 1 OR).<sup>590</sup> Diese auftragsrechtlichen Weisungen sind einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen des Auftraggebers. Sie erlauben es dem Auftraggeber, den Inhalt des Auftrages zu konkretisieren und die Erfüllung des Auftrages zu modifizieren.<sup>591</sup> «In ihrem Inhalt unterscheidet sich die *Ausführungsanweisung* nicht grundsätzlich von der *Ausführungsabrede*».<sup>592</sup> Auch führen Erstere wie Letztere ([Rz. 233 ff.](#)) zu einer Begrenzung des Auftragsumfanges.<sup>593</sup> Doch ist die bindende Wirkung von Weisungen nicht von der Zustimmung des Beauftragten abhängig. Demgegenüber muss die Geltung von Ausführungsabreden für den konkreten Vertrag vom Willen aller Vertragsparteien getragen sein ([Rz. 245](#)).

## **b Ausführungsabreden und Weisungsrecht in Mäkler- und Agenturvertrag im Allgemeinen**

### *i Grenzen des Weisungsrechts*

Fraglich ist an dieser Stelle, inwiefern das auftragsrechtliche Weisungsrecht des Auftraggebers ([Rz. 246](#)) unter dem Mäkler- und dem Agenturvertrag gilt. Vorauszuschicken ist, dass Mäklervertrag wie Agenturvertrag nach der Systematik des Gesetzes besondere Auftragsarten sind ([Rz. 202](#)). Konsequenterweise ist für beide Vertragstypen ergänzend das Auftragsrecht einschlägig (für

247

---

führungsabreden abzugrenzen, als sie sich erst nach Zustandekommen des betreffenden Vertrages erteilen lassen (so für den einfachen Auftrag etwa CHK–GEHRER CORDEY/GIGER, N 3 zu Art. 397 OR; BK–GAUTSCHI [1971], N 1c zu Art. 397; BK–FELLMANN, N 21 f. zu Art. 397). Das ist jedoch umstritten (anderer Meinung ENGEL PIERRE, *Contrats*, S. 484; HOFSTETTER, *SPR VII/6*, S. 102; in dessen Folge CR CO I–WERRER, N 3 zu Art. 397, m.w.H.; ebenso Urteil des BGer Banque S. gegen N. vom 9. August 1995, in: *SJ 1996*, S. 196, m.w.H.; Urteil des BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.2, m.w.H.; und in dessen Folge Urteil des BGer 4A\_351/2007 vom 15. Januar 2008 E. 2.3.1; Urteil des BGer 4A\_41/2016 vom 20. Juni 2016 E. 3.3.

<sup>589</sup> Siehe zum auftragsrechtlichen Weisungsrecht etwa BK–GAUTSCHI [1971], N 1a ff. zu Art. 397; CHK–GEHRER CORDEY/GIGER, N 1 ff. zu Art. 397 OR; BK–FELLMANN, N 8 ff. zu Art. 397.

<sup>590</sup> Vgl. BK–GAUTSCHI [1971], N 1c und N 2a zu Art. 397; BK–FELLMANN, N 9, N 16 und N 20 zu Art. 397, m.w.H.; HUGUENIN, *Rz. 3272 f.*, m.w.H.

<sup>591</sup> BK–FELLMANN, N 20 zu Art. 397, m.w.H.; und in dessen Folge HOFSTETTER, *SPR VII/6*, S. 101; HUGUENIN, *Rz. 3272*; ebenso Urteil des BGer 4A\_41/2016 vom 20. Juni 2016 E. 3.3.

<sup>592</sup> BK–GAUTSCHI [1971], N 2a zu Art. 397, unter Hinweis auf BGE 91 II 438 E. 6a S. 440; vgl. BK–FELLMANN, N 21 ff. zu Art. 397.

<sup>593</sup> CHK–GEHRER CORDEY/GIGER, N 1 zu Art. 397 OR; BK–GAUTSCHI [1971], N 3b zu Art. 397; CR CO I–WERRER, N 3 zu Art. 397; BK–FELLMANN, N 9 zu Art. 397, m.w.H.

den Mäklervertrag gemäss Art. 412 Abs. 2 OR und für den Agenturvertrag über den Verweis auf das Mäklervertragsrecht in Art. 418b OR). Voraussetzung für die Anwendung des Auftragsrechtes auf den Mäklervertrag ist allerdings, dass die auftragsrechtlichen Bestimmungen «mit den Besonderheiten des Mäklervertrages vereinbar sind».<sup>594</sup> Derselbe Vorbehalt gilt unter Art. 418b OR: Die Natur des Agenturvertrages schränkt die ergänzende Anwendung des Mäklervertragsrechtes (und in der Konsequenz des Auftragsrechtes) ein.<sup>595</sup>

- 248 Ein wesentlicher Unterschied von Mäklervertrag und einfachem Auftrag ist eine im Vergleich zum Beauftragten grössere Weisungsunabhängigkeit des Mäklers.<sup>596</sup> Die Lehre vertritt in diesem Zusammenhang überwiegend, dass für den Mäkler zumindest jene Weisungen des Auftraggebers unverbindlich sind, die seine Aufgabe nachträglich erschweren.<sup>597</sup> Teilweise wird gar angenommen, dass den Mäkler überhaupt keine Pflicht zur Befolgung von Weisungen trifft.<sup>598</sup> Auch der Agenturvertrag vermittelt dem Auftraggeber nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bloss ein begrenztes Weisungsrecht.<sup>599</sup> Zwar kann der Auftraggeber unter dem Agenturvertrag dem Agenten Weisungen zur Ausführung erteilen. Doch «sind [...] Weisungen, die dem Agenten die Erreichung des Auftragserfolges erschweren (*oneröse Weisungen*), [...] unzulässig».<sup>600</sup>

<sup>594</sup> BGE 144 III 43 E. 3.1 S. 46; ebenso BGE 139 III 217 E. 2.3 S. 223; BGE 110 II 276 E. 2a S. 277; und in der Lehre etwa HUGUENIN, Rz. 3349; BURKHALTER, N 25 zu Art. 412; BSK OR I-AMMANN, N 16 zu Art. 412; je m.w.H.

<sup>595</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 4a f. zu Art. 418a-418b; Botschaft Agenturvertrag, S. 674.

<sup>596</sup> HUGUENIN, Rz. 3348, unter Hinweis auf BGE 144 III 43 E. 3.1.1 und E. 3.2.2 S. 46 f.; ebenso MARQUIS, S. 56 und S. 143; CR CO I-RAYROUX, N 23 zu Art. 412, m.w.H.; BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 276, m.w.H.; BGE 84 II 521 E. 2d S. 527; gegen jede Weisungsbefolgungspflicht des Mäklers ALLEMANN/VON DER CRONE, S. 439; BURKHALTER, N 25 zu Art. 412, m.w.H.

<sup>597</sup> DE HALLER, S. 191 f.; MARQUIS, S. 143 f.; und unter Hinweis auf letzteren auch BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 276; BK-GAUTSCHI [1964], N 8c zu Art. 412; HUGUENIN, Rz. 3381; sowie GUGGENBÜHL, S. 109; und anderer Meinung TURRETTINI, S. 23; abweichend auch Urteil des BGer 4A\_529/2015 vom 4. März 2016 E. 4.1, m.w.H., wonach der Mäkler aufgrund seiner Treuepflicht gehalten sein soll, Weisungen des Auftraggebers zu befolgen, die sich auf Eigenschaften der potentiellen Vertragspartner beziehen.

<sup>598</sup> ALLEMANN/VON DER CRONE, S. 439; BURKHALTER, N 25 zu Art. 412, m.w.H.

<sup>599</sup> Zum begrenzten Weisungsrecht des Auftraggebers im Agenturvertrag UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 87; sowie BK-GAUTSCHI [1964], N 6a zu Art. 418c; in dessen Folge auch BGE 136 III 518 E. 4.4 S. 520; und mit Verweis auf vorgenannten Entscheid zuletzt etwa Urteil des BGer 2C\_29/2020 / 2C\_79/2020 vom 3. April 2020 E. 2.2.3; Urteil des Kantonsgerichtes JU CC 73/2019 vom 20. November 2019 E. 3.3.3; ebenso CR CO I-DREYER, N 9 f. zu Art. 418c; BURNAND, S. 45; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 200; HUGUENIN, Rz. 3405; je m.w.H.; MAIER, Schweiz, S. 346 f.; BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418c.

<sup>600</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 6a zu Art. 418c; in dessen Folge auch BGE 136 III 518 E. 4.4 S. 520; MIRFAKHRAEI, Rz. 35. Eine andere Meinung will für die Frage der Verbindlichkeit nachträg-

Entsprechend gilt das auftragsrechtliche Weisungsrecht, wie es in Art. 397 Abs. 1 OR grundgelegt ist, nicht *tel quel* für den Mäkler- und den Agenturvertrag. Jene Weisungen, die dem Mäkler respektive Agenten die Erfüllung seines Auftrages erschweren, sind nicht verbindlich (Rz. 248). Will der Auftraggeber bei Anwendbarkeit eines dieser Vertragstypenrechte nichtsdestotrotz verbindlich Vorgaben zur Vertragsausführung machen, bedarf er deshalb im Zweifel der Zustimmung des Mäklers bzw. des Agenten.<sup>601</sup> Es muss eine Ausführungsabrede getroffen werden.<sup>602</sup> 249

## ii Vorrang von Ausführungsabreden

Das Vorliegen von Ausführungsabreden (Rz. 233 ff.) ist in einer weiteren Hinsicht mit der Möglichkeit der Erteilung von Weisungen (Rz. 245 ff.) verknüpft: Das von den Parteien Vereinbarte beschränkt in jedem Fall das Weisungsrecht des Auftraggebers.<sup>603</sup> Das trifft nun gerade auf Ausführungsabreden zu: Sie sind Vertragsinhalt (Rz. 245). Dergestalt binden sie die Parteien von Mäkler- respektive Agenturvertrag.<sup>604</sup> Sie können demgemäss nicht einseitig abgeändert werden.<sup>605</sup> Deshalb bleiben Weisungen, die Ausführungsabreden widersprechen, für den Mäkler bzw. Agenten unverbindlich. Was also mittels Ausführungsabrede in den Mäklervertrag respektive in den Agenturvertrag implementiert wird, ist zugleich «weisungsresistent»: Dem Auftraggeber ist die spätere Erteilung von Weisungen, die vom Vereinbarten abweichen, selbst dann nicht wirksam möglich, wenn er grundsätzlich weisungsbefugt wäre. 250

---

licher einseitiger Weisungen im Agenturvertragsrecht hingegen nicht danach differenzieren, ob die Weisungen erschwerend wirken oder nicht, sondern danach, auf was sie sich beziehen (BURNAND, S. 46, m.w.H.; MAIER, Schweiz, S. 346 f.; sowie in deren Folge auch HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 200; ebenso HUGUENIN, Rz. 3405, m.w.H.). Nachträgliche einseitige Weisungen des Auftraggebers, die die zu vermittelnden bzw. abzuschliessenden Geschäfte betreffen, sind vom Agenten dieser Ansicht zufolge zu beachten (BURNAND, S. 46, m.w.H.; MAIER, Schweiz, S. 346 f.; sowie in deren Folge auch HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 200; und mit Hinweis auf letzteren HUGUENIN, Rz. 3405).

<sup>601</sup> MARQUIS, S. 144; siehe zur Zustimmung des Agenten als Voraussetzung für die Verbindlichkeit nachträglicher Weisungen des Auftraggebers, die die Zielerreichung erschweren auch BK-GAUTSCHI [1964], N 6a zu Art. 418c.

<sup>602</sup> Vgl. MARQUIS, S. 144. Eine solche kann ohne weiteres auch noch nachträglich getroffen werden (BK-GAUTSCHI [1971], N 3c zu Art. 397).

<sup>603</sup> BK-FELLMANN, N 77 ff. zu Art. 397, m.w.H.; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 3 zu Art. 397 OR; im Ergebnis auch BK-GAUTSCHI [1971], N 3a zu Art. 397; anderer Meinung HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 102; je zu Weisungen im Recht des einfachen Auftrags.

<sup>604</sup> *Pactum est servandum* (dazu Rz. 283).

<sup>605</sup> MARQUIS, S. 144.

## **c Ausführungsabreden und Weisungsrecht im Vermittlungsvertrag**

### *i Grundsatz*

251 Aus dem Vorstehenden ([Rz. 245 ff.](#)) folgt, dass Ausführungsabreden in Vermittlungsverträgen, seien sie auf die Verwertungspartner ([Rz. 237 ff.](#)), die Verwertungsverträge ([Rz. 240 ff.](#)) oder auf die Tätigkeit der Vermarktungsagentur ([Rz. 243 f.](#)) bezogen, keine Weisungen darstellen. Sie beruhen vielmehr auf einer entsprechenden gegenseitigen Willensübereinstimmung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur ([Rz. 245](#)). Zwar unterscheiden sich Ausführungsabreden hinsichtlich ihres Inhaltes *per se* nicht von Weisungen ([Rz. 246](#)). Doch kommt dem Rechteinhaber als Auftraggeber weder bei Anwendbarkeit des Mäkler- noch des Agenturvertragsrechtes auf den Vermittlungsvertrag ein dem Auftragsrecht vergleichbares Weisungsrecht zu ([Rz. 248 f.](#)). Weisungen des Rechteinhabers, die der Vermarktungsagentur die Erfüllung ihres Vermittlungsauftrages erschweren, sind für letztere nicht verbindlich ([Rz. 249](#)). Dem Rechteinhaber ist folglich nicht möglich, mittels Weisung im selben Ausmass Einfluss auf die ausgelagerte Vermarktung zu nehmen wie mittels Ausführungsabrede. *Ergo* müssen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur im Zweifel eine Ausführungsabrede treffen, soll der vermittlungsvertragliche Auftragsumfang wirksam präzisiert werden.

### *ii Interesse von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur an Ausführungsabreden*

252 Vor dem Hintergrund eines bloss beschränkten Weisungsrechtes des Auftraggebers unter dem Mäkler- und unter dem Agenturvertrag ([Rz. 251](#)) sind Ausführungsabreden für den Rechteinhaber bedeutsam. Sie sind probates Mittel, um für den Rechteinhaber wesentliche Anforderungen an die ausgelagerte Vermarktung in verbindlicher Weise in das Verhältnis zur Vermarktungsagentur einzuführen ([Rz. 249](#)). Konkret können sich jene Ausführungsabreden auf die potentiellen Verwertungspartner ([Rz. 237 ff.](#)), die herbeizuführenden Verwertungsverträge ([Rz. 240 ff.](#)) oder die Tätigkeit der Vermarktungsagentur ([Rz. 243 f.](#)) beziehen.

253 Indes hat nicht nur der Rechteinhaber ein Interesse an der vertraglichen Regelung des Vermarktungsprozesses. Das vertraglich Vereinbarte kann der Rechteinhaber nämlich nicht einseitig abändern. Wo eine Frage vertraglich geregelt ist, ist mit anderen Worten klar, dass entgegenstehende Weisungen des

Rechteinhabers in jedem Fall unverbindlich bleiben ([Rz. 247](#) und [Rz. 250](#)). In dem also Vorgaben zur Vermarktung in den Vermittlungsvertrag aufgenommen werden, ist für die Vermarktungsagentur gleichzeitig sichergestellt, dass der Rechteinhaber zur selben Frage nicht verbindlich anderslautende Weisungen zu erteilen berechtigt ist.

### iii *Erwartungssicherheit durch Konkretisierung des Auftragsumfanges*

Praktische Konsequenz der Festlegung des Auftragsumfanges über Ausführungsabreden im Vermittlungsvertrag ist schliesslich die damit einhergehende Erwartungssicherheit. So wird mittels vermittlungsvertraglicher Ausführungsabreden umschrieben, was für die ausgelagerte Vermarktung gelten soll. Sie geben dieser somit einen Rahmen, möge dieser seinerseits eng oder weit sein ([Rz. 236](#)). Das schafft Erwartungssicherheit für Rechteinhaber und Vermarktungsagentur. Es wird verdeutlicht, was der Rechteinhaber von der Vermarktungsagentur (mindestens) erwarten darf, aber ebenso, was er als vertragsgemäss akzeptieren muss. Und die Vermarktungsagentur erhält *vice versa* Klarheit darüber, was von ihr verlangt ist und was sie umgekehrt nicht zu leisten hat.

254

## 5 Zusammenfassung

Um den Auftragsumfang im Einzelfall festzulegen, können Ausführungsabreden in den Vermittlungsvertrag aufgenommen werden ([Rz. 236](#)). Sie wirken dem auslagerungsbedingten Kontrollverlust des Auftraggebers effektiv entgegen ([Rz. 232 ff.](#)). Konkret erlauben Ausführungsabreden vertragliche Präzisierungen hinsichtlich der potentiellen Verwertungspartner ([Rz. 237 ff.](#)), des Inhaltes der zu vermittelnden Verwertungsverträge ([Rz. 240 ff.](#)) oder der Tätigkeit der Vermarktungsagentur ([Rz. 243 f.](#)). Anzumerken ist, dass die Vereinbarung von Ausführungsabreden im Ergebnis bewirken kann, dass nurmehr eine bestimmte oder zumindest bestimmbare Anzahl von Geschäften zu vermitteln bleibt (etwa aufgrund einer Einschränkung des Kreises potentieller Verwertungspartner oder der Umschreibung des Gegenstandes der zu vermittelnden Verwertungsverträge). Diesfalls liegt kein Dauerschuldverhältnis vor. Der Vermittlungsvertrag kann bloss noch Mäklervertrag, nicht mehr Agenturvertrag sein ([Rz. 239](#) bzw. [Rz. 242](#)).

255

- 256 Grundlage von Ausführungsabreden ist stets eine Willensübereinstimmung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur. Ausführungsabreden sind *ergo* Bestandteil des Vermittlungsvertrages ([Rz. 245](#)). Das grenzt sie von Weisungen des Rechteinhabers ab. Für den Rechteinhaber sind Ausführungsabreden im Vermittlungsvertrag unabhängig von dessen Qualifikation wesentlich, weil Weisungen dort, wenn überhaupt, nur eingeschränkt verbindlich sind. Die Vermarktungsagentur muss weder als Mäklerin noch als Agentin Weisungen des Rechteinhabers befolgen, die ihr die Erfüllung ihrer Aufgabe erschweren ([Rz. 251 f.](#)). Umgekehrt sind Ausführungsabreden «weisungsresistent», was der Vermarktungsagentur dann Sicherheit bietet, wenn Weisungen des Rechteinhabers grundsätzlich verbindlich wären ([Rz. 253](#)). Und schliesslich geht mit Ausführungsabreden Klärung in Bezug auf Ziel und Art und Weise der Vermarktung einher. Das schafft Erwartungssicherheit für Rechteinhaber und Vermarktungsagentur ([Rz. 254](#)).

#### **IV Anmerkung: Abschlussfreiheit als faktische Kontrollmöglichkeit**

- 257 Im Rahmen der vorgenannten Instrumente der Informationspflicht der Vermarktungsagentur ([Rz. 226 ff.](#)) sowie der vermittlungsvertraglichen Ausführungsabreden ([Rz. 232 ff.](#)) ging es jeweils darum, auslagerungsbedingte Kontrollverluste des Rechteinhabers zu kompensieren. Diese Instrumente erlangen dort Relevanz, wo Zuständigkeiten in der Vermarktung tatsächlich vom Rechteinhaber auf die Vermarktungsagentur übertragen werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass das *Outsourcing* in der vorliegend massgeblichen Ausgestaltung ([Rz. 141 f.](#)) auf die reine Vermittlung von Verwertungsverträgen beschränkt ist. Nicht von der Auslagerung erfasst ist demgemäss der Abschluss der Verwertungsverträge. Insofern bedarf der Rechteinhaber keiner ausgleichenden Regelung im Vermittlungsvertrag. Die Tatsache, dass er es ist, welcher die von der Vermarktungsagentur vermittelten Verwertungsverträge schliesst, hat jedoch auch darüber hinaus Konsequenzen für die Stellung des Rechteinhabers.
- 258 Grundsätzlich ergibt sich für den Auftraggeber weder aus dem Mäklervertrag noch aus dem Agenturvertrag eine Pflicht, die Zielgeschäfte, deren Abschluss ihm aufgrund der Tätigkeit von Mäkler bzw. Agent möglich ist, tatsächlich ab-



zuschliessen. Vielmehr steht es dem Auftraggeber *per se* frei, solche Abschlussgelegenheiten wahrzunehmen.<sup>606</sup>

Für den Rechteinhaber bedeutet das Folgendes: Unabhängig davon, inwiefern er von der Vermarktungsagentur über den Gang der Vermarktung informiert wird, in welchem Grad Ausführungsabreden die Vermarktung determinieren und inwiefern die Vermarktungsagentur ihren vermittlungsvertraglichen Pflichten nachgekommen ist – er ist es, der es in der Hand hat, die Vermarktung mit dem Abschluss von Verwertungsverträgen zum Erfolg zu führen. Aufgrund seiner Abschlussfreiheit ist es ihm sodann unbenommen, von der Vermarktungsagentur vermittelte Verwertungsverträge schlicht nicht einzugehen, sollten diese Verträge seinen Vorstellungen nicht entsprechen. Seine Abschlussfreiheit vermittelt dem Rechteinhaber auf diese Weise zwar keine Einflussmöglichkeit auf die ausgelagerte Vermarktung an sich. Doch verschafft sie ihm eine äusserst effektive Kontrollmöglichkeit in Bezug auf das Resultat der Vermarktung.<sup>607</sup> Da er frei in der Entscheidung ist, ob er die Verwertungsverträge eingeht, werden diese nämlich im Ergebnis stets in Einklang mit den sie betreffenden Vorstellungen des Rechteinhabers stehen müssen, ansonsten er auf den Abschluss verzichten wird.

259

---

<sup>606</sup> Für die Abschlussfreiheit im Mäklervertragsrecht BSK OR I-AMMANN, N 11 zu Art. 412; MARQUIS, S. 343; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 527; CR CO I-RAYROUX, N 37 zu Art. 412; TURRETTINI, S. 18; STREIFF MATTHIAS, S. 76; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 171; BUCHER, BT, S. 236; BGE 27 II 469 E. 5 S. 473; BGE 34 II 710 E. 3 S. 715; BGE 84 II 521 E. 2b S. 525; Urteil des BGer 4C.278/2004 vom 29. Dezember 2004 E. 3.2, m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_309/2016 vom 31. August 2016 E. 2.1, m.w.H.; und für die Abschlussfreiheit im Agenturvertragsrecht ZÜRCHER, S. 39; BK-GAUTSCHI [1964], N 5b zu Art. 418a–418b; BSK OR I-PÄRLI, N 6 zu Art. 418a; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 547; MAIER, Schweiz, S. 349; Botschaft Agenturvertrag, S. 678. Anzumerken ist, dass der Auftraggeber des Vermittlungsagenten Abschlüsse zumindest nicht willkürlich ablehnen darf (CR CO I-DREYER, N 3 zu Art. 418f; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 547; MAIER, Schweiz, S. 349; vgl. TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5114; Botschaft Agenturvertrag, S. 678).

<sup>607</sup> Siehe zur Kontrollmöglichkeit des Rechteinhabers *qua* Vertragsschluss auch VON APPEN/LANIG, S. 230, zum deutschen Recht.

# **E Rolle des Rechteinhabers in der ausgelagerten Vermarktung**

## **I Interessenlage**

260 Ist die Vermarktung einmal ausgelagert, kann es vorkommen, dass sich der Rechteinhaber um Fragen der Vermarktung schlicht nicht mehr kümmert.<sup>608</sup> Dabei kann für die erfolgreiche Vermarktung wesentlich sein, dass der Rechteinhaber trotzdem involviert bleibt.<sup>609</sup> Vor diesem Hintergrund hat die Vermarktungsagentur ein Interesse daran, die Rolle des Rechteinhabers in der grundsätzlich ausgelagerten Vermarktung zu definieren. Das erklärt, warum im Vermittlungsvertrag regelmässig die Mitwirkung des Rechteinhabers in der grundsätzlich ausgelagerten Vermarktung vorgesehen wird.<sup>610</sup> Fraglich ist in diesem Zusammenhang, was für die Rolle des Rechteinhabers gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht gilt.

## **II Pflichten des Auftraggebers zur Mitwirkung im Allgemeinen**

### **1 Im Mäklervertragsrecht**

261 Lehre und Rechtsprechung nehmen unter dem Mäklervertrag gestützt auf Art. 2 ZGB eine Pflicht des Auftraggebers an, gegenüber dem Mäkler nach Treu und Glauben zu handeln.<sup>611</sup> Daraus fliesst die Verpflichtung des Auftraggebers, auf verschiedene Weise zum Erfolg der mäklerischen Tätigkeit beizutragen.<sup>612</sup>

---

<sup>608</sup> Dazu KUPFER/NEUSS, S. 296.

<sup>609</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 und S. 639; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 40 f.

<sup>610</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638; vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 40 f.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105; PFISTER, Managervertrag, S. 154; JENNY/SCHERRER, S. 179; JENNY, S. 28; SCHERRER, Sportler-Management, S. 190.

<sup>611</sup> GUGGENBÜHL, S. 117 f., m.w.H.; MARQUIS, S. 171; ZK-OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 30 zu Art. 412; vgl. ENGEL PIERRE, Contrats, S. 527; Urteil des Handelsgerichtes ZH vom 30. Januar 1990, in: ZR 1989, S. 281. Die Lehre leitet die Verpflichtung des Auftraggebers zum Handeln nach Treu und Glauben auch aus dem ergänzend anwendbaren Auftragsrecht ab (GUGGENBÜHL, S. 117 f., m.w.H.; MARQUIS, S. 171).

<sup>612</sup> Vgl. HUGUENIN, Rz. 3380.

Konkret werden in der Literatur insbesondere Informationspflichten erwähnt.<sup>613</sup> Der Auftraggeber hat dem Mäkler die Informationen zu verschaffen, auf welche letzterer für die Erfüllung seines Vermittlungsauftrages angewiesen ist.<sup>614</sup> Das betrifft im Ergebnis alles, was für das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages Bedeutung besitzt.<sup>615</sup> Ausserdem muss der Auftraggeber, soweit es ihm möglich ist, unnötigen Aufwand des Mäklers verhindern.<sup>616</sup> Darüber hinaus sollen die Pflichten des Auftraggebers in Bezug auf die Tätigkeit des Mäklers denjenigen des Auftraggebers eines Agenten nach Art. 418f OR entsprechen.<sup>617</sup> Folglich bleibt zu klären, welche Pflichten den Auftraggeber gemäss dieser Bestimmung unter dem Agenturvertrag treffen.

## 2 Im Agenturvertragsrecht

Für das Agenturvertragsrecht bestimmt Art. 418f Abs. 1 OR, dass der Auftraggeber «[...] alles zu tun [hat], um dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit zu ermöglichen». Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Agenten in seinen Aktivitäten insoweit zu unterstützen,<sup>618</sup> als es ihm selbst möglich und zumutbar ist.<sup>619</sup> GUHL und SCHNYDER weisen darauf hin, dass dies, wie unter dem Mäklervertrag ([Rz. 261](#)), Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben ist.<sup>620</sup> 262

Nichts anderes als ein Anwendungsfall ebenjener Unterstützungspflicht ist die ausdrücklich in Art. 418f Abs. 1 OR statuierte Pflicht des Auftraggebers, dem Agenten Unterlagen zu überlassen.<sup>621</sup> Der Begriff der Unterlagen ist dabei weit zu verstehen:<sup>622</sup> «[I]l peut s'agir aussi de matériel de démonstration ou d'exposition». <sup>623</sup> Hinzuweisen ist aber darauf, dass vom Auftraggeber unter diesem Ti- 263

---

<sup>613</sup> Das deutschsprachige Schrifttum verwendet auch die Bezeichnung der Anzeige- und Auskunftspflichten (BSK OR I-AMMANN, N 11 zu Art. 412; HUGUENIN, Rz. 3380).

<sup>614</sup> MARQUIS, S. 172; CR CO I-RAYROUX, N 36 zu Art. 412, m.w.H.; TURRETTINI, S. 17.

<sup>615</sup> HUGUENIN, Rz. 3380; im Ergebnis BURKHALTER, N 62 zu Art. 412.

<sup>616</sup> MARQUIS, S. 172; GUGGENBÜHL, S. 118.

<sup>617</sup> HUGUENIN, Rz. 3380.

<sup>618</sup> MAIER, Schweiz, S. 348; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 193; UMBRIGHT/GRETER, Rz. 121; siehe dazu auch BGE 122 III 66 E. 3b/aa S. 70.

<sup>619</sup> CR CO I-DREYER, N 2 zu Art. 418f; mit entsprechender Einschränkung der Verpflichtung des Auftraggebers auch BK-GAUTSCHI [1964], N 1a zu Art. 418f.

<sup>620</sup> GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 61.

<sup>621</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 2 zu Art. 418f; ZK-BÜHLER, N 3 zu Art. 418f.

<sup>622</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 193 Fn. 5; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 546.

<sup>623</sup> ENGEL PIERRE, Contrats, S. 546.

tel nur dann Unterlagen zu Verfügung gestellt werden müssen, wenn diese für die erfolgreiche Tätigkeit des Agenten tatsächlich unerlässlich sind.<sup>624</sup>

- 264 Weitere Konkretisierung der agenturvertraglichen Unterstützungspflicht des Auftraggebers ist dessen Pflicht, den Agenten zu informieren.<sup>625</sup> Sie erstreckt sich auf sämtliche Umstände, die für die Tätigkeit des Agenten unter dem Agenturvertrag von Bedeutung sind.<sup>626</sup> Abs. 2 von Art. 418f OR statuiert als Anwendungsfall dieser Informationspflicht ausdrücklich die Pflicht des Auftraggebers zur Benachrichtigung des Agenten, falls für ersteren absehbar ist, dass erheblich weniger Geschäftsabschlüsse möglich sein werden als vereinbart oder üblich, und sich das seinerseits nachteilig auf die Provisionsaussichten des Agenten auszuwirken droht.<sup>627</sup> Dies, um zu verhindern, dass der Agent von vornherein aussichtslose Aktivitäten entfaltet.<sup>628</sup> Wie unter dem Mäklervertrag ([Rz. 261](#)) bezweckt die Informationspflicht des Auftraggebers mithin auch unter dem Agenturvertrag, die Gegenpartei (hier also den Agenten) vor unnötigem Aufwand zu bewahren.

### III Mitwirkungspflichten des Rechtenhabers

#### 1 Grundsatz

- 265 Als Auftraggeber unter dem Mäkler- respektive dem Agenturvertrag trifft den Rechtenhaber dem eben Gesagten zufolge ([Rz. 261 ff.](#)) eine Unterstützungspflicht gegenüber der Vermarktungsagentur als Agentin bzw. Mäklerin. Diese Pflicht weist ihrerseits verschiedene Teilgehalte auf, die im Ergebnis jeweils auf die Mitwirkung des Rechtenhabers in der Vermarktung abzielen. Im Kern geht es im Kontext dieser Unterstützungspflicht mit ihren diversen Ausformungen nämlich jeweils darum, dass der Rechtenhaber auf die eine oder andere Weise zum Erfolg der Tätigkeit der Vermarktungsagentur beizutragen hat ([Rz. 261](#) bzw. [Rz. 262 ff.](#)); das zumindest insofern, als es dem Rechtenhaber

---

<sup>624</sup> ZK-BÜHLER, N 5 zu Art. 418f.

<sup>625</sup> ZK-BÜHLER, N 7 zu Art. 418f; CR CO I-DREYER, N 4 zu Art. 418f; für die Informationspflicht des Auftraggebers auch BK-GAUTSCHI [1964], N 4a zu Art. 418f; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 115; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5115.

<sup>626</sup> UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 115; CR CO I-DREYER, N 4 zu Art. 418f; BK-GAUTSCHI [1964], N 4a zu Art. 418f; im Ergebnis ebenso ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418f.

<sup>627</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 194; MAIER, Schweiz, S. 349; BK-GAUTSCHI [1964], N 4c zu Art. 418f; CR CO I-DREYER, N 4 zu Art. 418f.

<sup>628</sup> ZÜRCHER, S. 65; Botschaft Agenturvertrag, S. 677; vgl. ENGEL PIERRE, Contrats, S. 547.

möglich und zumutbar ist. Das gebietet bereits der Grundsatz von Treu und Glauben. Im Agenturvertragsrecht ist die nämliche Verpflichtung ausserdem explizit in Art. 418f Abs. 1 und 2 OR festgehalten ([Rz. 262](#)).

Weiter trifft den Rechteinhaber unter beiden potentiell einschlägigen Vertragstypenrechten die Pflicht, die Vermarktungsagentur zu informieren. Das betrifft einerseits die Vermittlung jener Kenntnisse, auf die die Vermarktungsagentur für ihre Tätigkeit unter dem Vermittlungsvertrag angewiesen ist. Zum anderen hat der Rechteinhaber als Auftraggeber aber mittels Information auch zu verhindern, dass die Vermarktungsagentur von vornherein fruchtlose Aktivitäten zur Vermarktung seiner Sportrechte entfaltet ([Rz. 261](#) und [Rz. 264](#)). 266

An dieser Stelle verbleibt daran zu erinnern, was bereits anlässlich der Informationspflicht der Vermarktungsagentur gesagt worden ist ([Rz. 229 ff.](#)): Worüber aufgrund der bezüglichen Pflicht im Einzelfall zu informieren ist, bestimmt sich danach, was für die Gegenpartei von Bedeutung ist. Das ist zugleich eine sehr unbestimmte Wendung, womit für die Beurteilung der Informationspflichtigkeit erheblicher Spielraum verbleibt. Nichts anderes gilt für den Grundsatz, dass der Rechteinhaber infolge seiner Unterstützungs- pflicht im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren zum Erfolg der Tätigkeit der Vermarktungsagentur beitragen muss. Inwiefern der Rechteinhaber tatsächlich zur Mitwirkung in der ausgelagerten Vermarktung verpflichtet ist, lässt sich vor dem Hintergrund dieser unspezifischen Kriterien vorgängig kaum abschliessend ermesen. Deshalb bietet es sich an, vertraglich Näheres zur Rolle des Rechteinhabers in der ausgelagerten Vermarktung vorzusehen. Damit wird bereits im Vermittlungsvertrag spezifiziert, was vom Rechteinhaber an Mitwirkung in der Vermarktung in jedem Fall verlangt ist, ohne dass später noch geprüft werden müsste, ob die betreffende Mitwirkung nach den ebengenannten Massstäben tatsächlich unter seine Informations- respektive Unterstützungs- pflicht fällt. 267

In der Praxis werden in Mäkler bzw. Agenturverträgen typischerweise verschiedenste, konkrete Pflichten des Auftraggebers zur Unterstützung und Information seines Vertragspartners vorgesehen.<sup>629</sup> Für den Vermittlungsvertrag kann Nachstehendes ergänzt werden. 268

---

<sup>629</sup> Für den Mäklervertrag BURKHALTER PETER/EISENRING MARTIN, Schweizer Immobilienwirtschaft – Kommentierte Musterverträge für die Praxis, Zürich 2013, S. 229; STREIFF MATTHIAS, S. 121; und für den Agenturvertrag STRAUB, Rz. 21.4.

## 2 Vermittlungsvertragliche Regelung

### a Bereitstellung von Unterlagen, Infrastruktur und Zugang

269 Im Kontext der Mitwirkungspflicht des Rechteinhabers wird typischerweise bereits im Vermittlungsvertrag festgehalten, dass der Rechteinhaber der Vermarktungsagentur jene Unterlagen zu Verfügung zu stellen hat, welche diese für die Vermarktung benötigt.<sup>630</sup> Genannt wird in der Literatur ausserdem die Möglichkeit, im Vermittlungsvertrag zu statuieren, dass der Rechteinhaber der Vermarktungsagentur die Nutzung von Räumlichkeiten und anderer Infrastruktur des Rechteinhabers gestatten und ermöglichen soll.<sup>631</sup> Zu denken ist beispielsweise an Besprechungsräume. Es kann aber genauso um Parkplätze oder ähnliches gehen. Entscheidend ist, dass die Vermarktungsagentur das Recht erhält, zu Vermarktungszwecken über derartige Infrastruktur des Rechteinhabers zu verfügen. Sie kann sie etwa für mögliche Verwertungspartner bereithalten. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang der Zugang zu sportlichen Ereignissen, die unter Mitwirkung des Rechteinhabers stattfinden. Die Vermarktungsagentur muss in der Lage sein, potentiellen Verwertungspartnern die sportliche Leistung des Rechteinhabers *live* zu zeigen.<sup>632</sup>

### b Teilnahme an Vermarktungsaktivitäten

270 Weiter können die Parteien des Vermittlungsvertrages die Pflicht des Rechteinhabers zur Teilnahme an Vermarktungsaktivitäten vorsehen. Handelt es sich beim Rechteinhaber um einen Sportler, so trifft diese Pflicht den Rechteinhaber selbst. Handelt es sich aber beispielsweise um Sportvereine, werden die für den Rechteinhaber aktiven Sportler oder übrigen Angestellten an den Vermarktungsaktivitäten teilzunehmen haben.<sup>633</sup> Zu denken ist vorderhand an Treffen des Rechteinhabers oder «seiner» Sportler mit potentiellen Verwertungspartnern.

---

<sup>630</sup> Vgl. JENNY/SCHERRER, S. 179.

<sup>631</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 40.

<sup>632</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 41.

<sup>633</sup> Vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 und S. 630 f.; PFISTER, Managervertrag, S. 154; SCHERRER, Sportler-Management, S. 190.

### c Verwendung von Rechten des Rechteinhabers

Im Lichte bestmöglicher Vermarktung kann es sodann geboten sein, dass der Rechteinhaber der Vermarktungsagentur die Verwendung von Positionen, an denen ihm ein Ausschliesslichkeitsrecht zukommt (Rz. 21 ff.), zu Vermarktungszwecken erlaubt. Das betrifft etwa Marken des Rechteinhabers.<sup>634</sup> Ebenso in Frage kommt der Gebrauch von persönlichkeitsrechtlich geschützten Rechtspositionen des Rechteinhabers durch die Vermarktungsagentur.<sup>635</sup> Entscheidend ist der Zweck der Verwendung: Die Vermarktungsagentur soll die fraglichen Rechte nicht irgendwie einsetzen dürfen. Es geht klarerweise nur um deren Einsatz im Rahmen der ihr übertragenen Vermarktung. Ein Beispiel ist die Benutzung von Logos und anderen Erkennungsmerkmalen oder von medialen Inhalten des Rechteinhabers durch die Vermarktungsagentur in Präsentationen der angebotenen Sportrechte für potentielle Verwertungspartner.<sup>636</sup>

271

### d Informationspflicht

Zuletzt ist auch die Informationspflicht des Rechteinhabers üblicherweise Gegenstand eingehender vermittlungsvertraglicher Regelungen.<sup>637</sup> Allgemein soll über die Information erreicht werden, dass die Vermarktungsagentur über die sportliche Entwicklung des Rechteinhabers und anstehende Sportereignisse ebenso wie über andere Vermarktungsaktivitäten und damit verbundene Verpflichtungen des Rechteinhabers im Bilde ist.<sup>638</sup> Das sind Kenntnisse, die die sinnvolle Vermarktung der Sportrechte erst ermöglichen oder zumindest erleichtern.<sup>639</sup> Vor allem in Bezug auf den Rechteinhaber selbst wird die Vermarktungsagentur von sich aus nämlich kaum über das erforderliche Wissen verfügen. Deshalb kann beispielsweise der Rechteinhaber, der Einzelsportler ist, verpflichtet sein, die Vermarktungsagentur über seinen Gesundheitszustand aufzuklären.<sup>640</sup>

272

---

<sup>634</sup> Dazu GUROVITS KOHLI, S. 108.

<sup>635</sup> Dazu SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 630.

<sup>636</sup> Zur Unterstützung von Vermarktungsprozessen werden regelmässig Druckerzeugnisse, audiovisuelles Material und digitale Hilfsmittel eingesetzt (MULLIN/HARDY/SUTTON, S. 183).

<sup>637</sup> So etwa bei PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105; ebenso JENNY/SCHERRER, S. 179; JENNY, S. 28; vgl. SCHERRER, Sportler-Management, S. 190.

<sup>638</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 und S. 634.

<sup>639</sup> Vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105; JENNY/SCHERRER, S. 179.

<sup>640</sup> JENNY, S. 28.

## IV Zusammenfassung

- 273 Sowohl im Mäkler- als auch im Agenturvertragsrecht treffen den Rechteinhaber als Auftraggeber Pflichten zur Mitwirkung an der ausgelagerten Vermarktung ([Rz. 265 ff.](#)). Der Rechteinhaber hat im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren zum Erfolg der Tätigkeit der Vermarktungsagentur beizutragen. Er ist gehalten, die Vermarktungsagentur zu unterstützen und ihr jene Kenntnisse zu vermitteln, auf die sie für die erfolgreiche Vermarktung angewiesen ist ([Rz. 265 f.](#)). Zur Konkretisierung dieses Grundsatzes lassen sich im Vermittlungsvertrag spezifische Pflichten des Rechteinhabers zur Unterstützung der Vermarktungsagentur vorsehen ([Rz. 267 f.](#)). In der Praxis stehen die folgenden Pflichten des Rechteinhabers im Vordergrund: die Pflicht zur Bereitstellung von Unterlagen, Infrastruktur und Zugang ([Rz. 269](#)), die Pflicht zur Teilnahme an Vermarktungsaktivitäten ([Rz. 270](#)), die Pflicht, der Vermarktungsagentur die Nutzung von Rechten zu Vermarktungszwecken zu erlauben ([Rz. 271](#)) sowie die Pflicht zur Information über Umstände, deren Kenntnis die sinnvolle Vermarktung der Sportrechte erst möglich oder zumindest leichter macht ([Rz. 272](#)).



## F Rahmenbedingungen der Vermarktung

### I Interessenlage

Der Vermittlungsvertrag wird – wie jeder andere Vertrag auch – unter bestimmten faktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen geschlossen.<sup>641</sup> Gemeint sind im hier interessierenden Kontext jene Umstände, aus denen das spezifische Vermarktungspotential eines Rechteinhabers und seiner Sportrechte folgt (Rz. 71). Ändern sich die Rahmenbedingungen, kann sich das auf die Vermarktbarkeit auswirken; diese kann erschwert oder gar verunmöglicht sein.<sup>642</sup> Noch bevor die Tätigkeit der Vermarktungsagentur (Rz. 220 ff.) und die Mitwirkungshandlungen des Rechteinhabers (Rz. 260 ff.) relevant werden, basieren die Aussichten der Vermarktung auf Erfolg also auf jenen Umständen, die das Vermarktungspotential der zu vermarktenden Sportrechte determinieren. Vor diesem Hintergrund ist für Rechteinhaber genauso wie für die Vermarktungsagentur durchaus entscheidend, was für ihre Zusammenarbeit bei Veränderungen der Rahmenbedingungen des Vermittlungsvertrages gilt.<sup>643</sup> Begonnen werden soll mit einem Überblick über Umstände, die als vermarktungsrelevant in Frage kommen.

274

---

<sup>641</sup> Allgemein HUGUENIN, Rz. 320.

<sup>642</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 90; DERSELBE, Einzelsportler, S. 638 f. und S. 634 f.; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 50.

<sup>643</sup> Im Ergebnis SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 98; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 49 f. Dabei ist zu beachten, dass das deutsche Schrifttum von den sogenannten Geschäftsgrundlagen spricht, offensichtlich in Anlehnung an § 313 BGB (ausdrücklich VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 50; implizit auch SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 634 f.). Diese Bestimmung des deutschen Rechtes regelt den Fall, da nach Entstehung eines Vertrages eine Störung seiner Grundlagen auftritt (LORENZ STEPHAN, Kommentar zu § 313 BGB; in: Hau Wolfgang/Poseck Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 61. Edition, Stand: 1. Februar 2022, München 2022, N 1 und N 3; FINKENAUER THOMAS, Kommentar zu § 313 BGB, in: Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limberg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 8. Auflage, München 2019, N 1).

## II Vermarktungsrelevante Umstände

### 1 Involvierung des Rechteinhabers in den Sportbetrieb

275 Zentral für die Vermarktbarkeit der Sportrechte eines Rechteinhabers ist zuallererst dessen Involvierung in den Sportbetrieb, sei es als Einzelsportler, sei es als Sportclub oder als Veranstalter eines Sportereignisses.<sup>644</sup> Das lässt sich anhand folgender Beispiele konkretisieren: Für Rechteinhaber als Einzelsportler oder als Sportclub ist nach der Lehre massgeblich, dass sie über die Lizenz zur Teilnahme am Spielbetrieb in ihrer Sportart verfügen und die Voraussetzungen für die weitere Lizenzierung erfüllen. Wird diese Lizenz nämlich nicht (mehr) erteilt, hat das den Ausschluss vom Spielbetrieb zur Folge. Das erschwert die Vermarktung regelmässig erheblich.<sup>645</sup> Ein für Einzelsportler massgeblicher Grund für die Nichtteilnahme am Spielbetrieb ist neben der Nichterteilung der Lizenz das Auftreten von Verletzungen.<sup>646</sup> Daneben kann ein Rechteinhaber beispielsweise als Sanktion für allfällige Verfehlungen vom Spielbetrieb ausgeschlossen werden.<sup>647</sup> Man spricht insofern von der Sperre durch einen übergeordneten Akteur des Sportes, insbesondere einen Verband.<sup>648</sup>

---

<sup>644</sup> Siehe für ein Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 21; im Ergebnis auch VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 40; PFISTER, Managervertrag, S. 154.

<sup>645</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 50; vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635; siehe auch MORAND, S. 223 f., zum Risiko der Nichtteilnahme an Veranstaltungen beim Sponsoring; und für ein Beispiel, in dem die Teilnahmeberechtigung des Rechteinhabers am sportlichen Wettbewerb als wesentliche Voraussetzung für die Vermarktung angesehen wird Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 21.

<sup>646</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635; MORAND, S. 223.

<sup>647</sup> Das kann Konsequenz eines Verstosses gegen Anti-Doping-Regeln sein (SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 104 und S. 294; HÜGI, Sportrecht, § 25 Rz. 20; ausführlich STEINER MARCO, S. 430 ff.).

<sup>648</sup> SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 294; vgl. HÜGI, Sportrecht, § 25 Rz. 20; STEINER MARCO, S. 435 f.

Die Nichtteilnahme am sportlichen Wettbewerb kann aber auch vom Rechteinhaber gewollt sein. So beenden alle Einzelsportler früher oder später ihre Karrieren.<sup>649</sup> Damit vergleichbar ist die Konstellation, in der Rechteinhaber ihre Teams aus dem professionellen Sport zurückziehen. Der EHC Arosa verzichtete als neunmaliger Meister im schweizerischen Männer-Eishockey freiwillig auf die weitere Teilnahme an der (damaligen) Nationalliga A.<sup>650</sup> Verschiedentlich kommt es sodann vor, dass Sportler oder Teams zu einem sportlichen Wettbewerb nicht antreten, obwohl sie dazu berechtigt wären. Prominentes Beispiel ist der Entscheid nationaler Sportverbände, auf Druck der Politik und als Reaktion auf den Einmarsch der Sowjetunion in Afghanistan nicht an den Olympischen Spielen 1980 in Moskau teilzunehmen.<sup>651</sup> Schliesslich können Sportveranstalter entscheiden, bestimmte Sportereignisse nicht mehr durchzuführen.<sup>652</sup> Das hat nicht zwingend freiwillig zu geschehen. Sportveranstaltungen müssen immer wieder gänzlich oder in Teilen abgesagt werden.<sup>653</sup> Mitunter ruht sogar der Sportbetrieb insgesamt, beispielsweise aufgrund regionaler oder gar globaler Ereignisse (wie Kriegen oder Seuchen).<sup>654</sup>

<sup>649</sup> Siehe etwa den an einem Medienanlass bekanntgegebenen Rücktritt des Fussballers Stephan Lichtsteiner (COVIELLO MICHELE, Stephan Lichtsteiner gelingt ein Adieu durch den Haupteingang, auf nzz.ch am 12. August 2020, <<https://www.nzz.ch/sport/stephan-lichtsteiner-gelingt-ein-adieu-durch-den-haupteingang-ld.1571092>>, besucht am 5. Januar 2023).

<sup>650</sup> GERMANN DANIEL, Der Rückzug, in: Tages-Anzeiger vom 20. Januar 1999, S. 42.

<sup>651</sup> RICHTER STEFFEN, Keine Spiele mit den Sowjets, auf zeit.de am 14. Juni 2018, <<https://www.zeit.de/politik/ausland/2018-06/olympische-spiele-1980-moskau-so-wjetunion-boycott>>, besucht am 5. Januar 2023; siehe auch die Drohung der Vereinigung der englischen Rugby-Clubs gegenüber der RFU, im Streit namentlich um Vermarktungsfragen die wichtigsten Wettbewerbe zu boykottieren (Agence France-Presse, Chaos looms as English clubs threaten boycott, vom 11. April 1996).

<sup>652</sup> So stellte die UEFA die Durchführung des UEFA Intertoto Cups auf die Spielzeit 2009/2010 hin ein (Medienmitteilung der UEFA vom 30. November 2007, online abrufbar unter <<https://www.uefa.com/newsfiles/630630.pdf>>, besucht am 5. Januar 2023, S. 2).

<sup>653</sup> Vgl. GUROVITS KOHLI, S. 106, S. 110 und insbesondere Fn. 54; zu dieser Problematik in Bezug auf das Sponsoring MORAND, S. 223.

<sup>654</sup> So fanden 1942 und 1946 wegen des Zweiten Weltkrieges keine Weltmeisterschaften im Fussball statt (BAUER DAVID, Die Dominanz der Europäer setzt sich fort, auf nzz.ch am 16. Juli 2018, <<https://www.nzz.ch/sport/fussball-wm-2018/fussball-wm-2018-die-dominanz-der-europaer-setzt-sich-fort-ld.1399031>>, besucht am 5. Januar 2023). Im Jahr 2020 musste der Sportbetrieb aufgrund der Verbreitung des Coronavirus weltweit weitgehend eingestellt werden (SCHERRER, Auch der Sport steht still, S. 2; BROGLE, S. 142). Sportveranstaltungen wurden verschoben oder gar ganz abgesagt (SCHERRER, Auch der Sport steht still, S. 2; vgl. BROGLE, S. 142).

- 277 Das Gesagte (Rz. 275 f.) macht deutlich: Die Gründe für die Nichtteilnahme eines Rechteinhabers am Sportbetrieb sind Legion. In allen Fällen aber ist der Umstand, dass der Rechteinhaber im Sportbetrieb engagiert ist, für die Vermarktbarkeit seiner Sportrechte massgeblich.

## 2 Spielklasse

- 278 Die Vermarktbarkeit der Sportrechte eines Rechteinhabers hängt sodann ganz erheblich davon ab, in welcher Spielklasse oder Liga seiner Sportart dieser aktiv ist.<sup>655</sup> Eindrücklich lässt sich das am Beispiel der Erlöse aus der Vermarktung der Medienrechte im englischen Clubfussball der Männer veranschaulichen. Während mit jenen der höchsten Spielklasse, der *Premier League*, im Jahr 2018 2,8 Milliarden GBP generiert wurden, brachten die Medienrechte der darunter liegenden drei Spielklassen (der *Championship*, der *League One* und der *League Two*) insgesamt «nur» 90 Millionen GBP ein. Das sind gerade einmal drei Prozent des Erlöses aus der Vermarktung der Rechte der *Premier League*.<sup>656</sup> Anders gesagt: Die Medienrechte der obersten Spielklasse sind exponentiell mehr wert als die der nachfolgenden Ligen. Damit ist die Spielklasse wesentlicher Umstand, der die Vermarktbarkeit von Sportrechten beeinflusst.

## 3 Modalitäten sportlicher Wettbewerbe

- 279 Für die Vermarktung von Sportrechten ist weiter von Relevanz, wie der Spielbetrieb in der jeweiligen Sportart des Rechteinhabers organisiert ist.<sup>657</sup> Es geht

---

<sup>655</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 44; ENGEL PHILIPP, S. 158, zum Sponsoring; im Ergebnis auch MAETZ CLAUDE-ALBÉRIC, Contrat de régie publicitaire: L'évolution de la notoriété du club et la faute de l'agence, CDS 1/2005, S. 205 ff., S. 209, unter Hinweis auf Urteil des *Cour d'appel de Paris* Nr. 2002/00902 vom 1. April 2004, wo mit dem Abstieg eines Rugbyclubs aus der höchsten französischen Spielklasse ein Rückgang der Verwertungserlöse einherging; oder die Regelungen, die die Parteien im Vermittlungsvertrag, der Gegenstand des Urteils des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235 ist, im Hinblick auf den Wechsel der Spielklasse durch den Rechteinhaber getroffen haben (a.a.O., Rz. 20 f.).

<sup>656</sup> CONN DAVID, Championship clubs feel the strain as financial gap to Premier League grows, auf *theguardian.com* am 7. Juni 2018, <<https://www.theguardian.com/football/2018/jun/07/championship-financial-gap-premier-league-annual-accounts>>, besucht am 5. Januar 2023.

<sup>657</sup> Vgl. HÜGI, *Quo Vadis Sportvermarktung*, S. 131, m.w.H.

beispielsweise um Fragen des Formats der sportlichen Wettbewerbe.<sup>658</sup> Paradebeispiel ist die *UEFA Champions League* im Fussball der Männer, die unter dem Druck, höhere Verwertungserlöse für die europäischen Spitzenclubs zu generieren, 1992 aus dem vormaligen Cup der Landesmeister entstanden ist. Die Erlöse aus ihrer Vermarktung haben sich seit der Einführung 1992 um den Faktor 35 vervielfacht.<sup>659</sup> Solche Modalitäten der Ausgestaltung sportlicher Wettbewerbe sind mithin für die Vermarktung von Sportrechten beteiligter Rechteinhaber durchaus wesentlich.

## 4 Mediale Abdeckung des Sportbetriebes

Von überragender Wichtigkeit für eine erfolgreiche Vermarktung ist die mediale Abdeckung des Sportbetriebes. Insbesondere die Art und Weise der Fernsehberichterstattung über ein Sportereignis hat erhebliche Auswirkungen auf den Wert der damit verbundenen und daraus hervorgehenden Sportrechte.<sup>660</sup> Die mediale Abdeckung ist es, welche die Aufmerksamkeit für den Rechteinhaber und sein Produkt schafft, die ihrerseits massgeblich ist für den Wert seiner weiteren Sportrechte. Sie ist deshalb für die Vermarktung der Sportrechte bedeutsamer (wenn nicht gar der bedeutsamste) Umstand. 280

## 5 Vorschriften zur Vermarktung von Akteuren des Sportes

Schliesslich ist es so, dass Rechteinhaber regelmässig durch Vorgaben Dritter in der Vermarktung eingeschränkt sind.<sup>661</sup> Dabei kann es sich um Regularien 281

<sup>658</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 50; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635; vgl. GUROVITS KOHLI, S. 110 und Fn. 54; HÜGI, *Quo Vadis Sportvermarktung*, S. 131, m.w.H.

<sup>659</sup> COVIELLO MICHELE, Die Geburt eines Goldesels, in: NZZ vom 15. Juni 2020, S. 27.

<sup>660</sup> In diesem Sinne VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 50; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635; siehe auch MORAND, S. 228, zum Risiko der Änderung der medialen Verwertung eines Sportereignisses für den Sponsor eines Teilnehmers.

<sup>661</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 50; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 627, S. 638 f. und S. 635; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 98; siehe zu den möglichen Beschränkungen durch gesetzliche Vorgaben und durch Vorgaben übergeordneter Sportorganisationen in Bezug auf das Sponsoring ENGEL PHILIPP, S. 187 ff.; HÜGI, Sportrecht § 23 Rz. 5 f.; sowie MORAND, S. 231.

übergeordneter Akteure des Sportes handeln, namentlich von Verbänden,<sup>662</sup> arbeitgebenden Vereinen oder Sportveranstaltern,<sup>663</sup> an deren Sportereignissen ein Rechteinhaber teilnimmt. Auswirkungen auf die Vermarktung von Sportrechten zu zeitigen vermögen aber genauso staatliche Vorschriften.<sup>664</sup> Deshalb stellen auch derartige Vorgaben Umstände dar, von denen das Vermarktungspotential von Sportrechten abhängen kann.

### III Änderung von Rahmenbedingungen der Vermarktung

#### 1 Nachträgliche Veränderung der Verhältnisse im Allgemeinen

282 Ändern sich nachträglich die Umstände, unter denen ein Vertrag geschlossen worden ist ([Rz. 274](#)),<sup>665</sup> kann dies zu einer Störung des Vertragsverhältnisses

---

<sup>662</sup> So darf auf der Spielbekleidung der Fussballer an der Europameisterschaft keine Sponsorenwerbung angebracht werden, siehe Art. 26.02 UEFA, Ausrüstungsreglement, Ausgabe 2022, online abrufbar unter <[https://documents.uefa.com/r/ROjihcL5hvZo30f7Ary\\_ja/root](https://documents.uefa.com/r/ROjihcL5hvZo30f7Ary_ja/root)>, besucht am 5. Januar 2023; die FIS verbietet Werbung für kommerzielle Wettanbieter, die (auch) sportbezogene Wetten anbieten, am oder mit einzelnen Sportlern, siehe Art. 206.7.3. der Internationalen Skiwettkampfordnung (IWO), Band IV, Gemeinsame Bestimmungen Ski Alpin, Ausgabe Dezember 2021, online abrufbar unter <[https://assets.fis-ski.com/image/upload/v1639770415/fis-prod/assets/IWO\\_17.12.2021\\_.pdf](https://assets.fis-ski.com/image/upload/v1639770415/fis-prod/assets/IWO_17.12.2021_.pdf)>, besucht am 5. Januar 2023.

<sup>663</sup> Dazu HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 5 f.; ein Beispiel ist die Verpflichtung von Sportlern, an bestimmten Sportveranstaltungen die Ausrüstung ([Rz. 26](#)) ihres Vereins oder ihres Verbandes zu tragen, womit die Möglichkeit des einzelnen Sportlers, seinerseits Verpflichtungen mit Dritten über das Tragen von Ausrüstung anlässlich derselben Sportveranstaltung einzugehen, eingeschränkt ist (nach SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 627; ebenso bei HÜGI, Sportrecht, § 23 Rz. 5).

<sup>664</sup> Zu nennen sind diesbezüglich beispielsweise die Einschränkungen bezüglich Alkoholvererbung im Sport (dazu HUGUENIN, Rz. 3957; MORAND, S. 231; CHK-NETZLE, N 35 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag, m.w.H.; ausführlich ENGEL PHILIPP, S. 189 ff., m.w.H.).

<sup>665</sup> Diese Umstände werden teilweise auch als Verhältnisse (so etwa in BGE 104 II 314 E. a S. 315; BK-KRAMER [1986], N 273 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1281; KuKo OR-WIEGAND/HURNI, N 69 zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 646 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 558 zu Art. 18; BSK OR I-WIEGAND, N 100 zu Art. 18), teilweise als (rechtliche und faktische) Rahmenbedingungen (so bei BK-KRAMER [1986], N 273 zu Art. 18; HUGUENIN, Rz. 320; KRAMER, clausula, S. 274; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 558 zu Art. 18; BSK OR I-WIEGAND, N 100 zu Art. 18) bezeichnet, ohne dass damit eine inhaltliche Unterscheidung einherginge. Die Begriffe können deshalb gleichbedeutend verwendet werden (im Ergebnis ebenso BK-KRAMER [1986], N 273 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 558 zu

führen.<sup>666</sup> Typischerweise materialisiert sich diese Störung in der Äquivalenz der vertraglichen Leistungen, indem sich diese zufolge der Veränderung für den Schuldner erschweren oder für den Gläubiger entwerten.<sup>667</sup> Von einer Veränderung der Umstände ist dabei auszugehen, wenn die (rechtlichen oder faktischen) Rahmenbedingungen des Vertrages nicht mehr mit der Sach- und Rechtslage bei Vertragsabschluss übereinstimmen.<sup>668</sup> Es «sind Sachverhalte hinzugetreten, die bei Vertragsabschluss noch nicht bestanden hatten; oder es sind Umstände entfallen, die damals bestanden hatten».<sup>669</sup> Unerheblich ist dabei, ob es sich beim fraglichen Vertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt oder nicht.<sup>670</sup> Erforderlich ist lediglich, dass zwischen Eingehen des Vertrages und seiner Erfüllung ein Zeitraum liegt, während dem sich die Umstände, unter denen der Vertrag geschlossen worden ist, ändern können.<sup>671</sup>

Derartige nachträgliche Änderungen von Umständen ändern an sich aber nichts daran, dass Verträge prinzipiell so zu erfüllen sind, wie sie geschlossen werden (Prinzip der Vertragstreue, *pacta sunt servanda*).<sup>672</sup> Deshalb ist es den Parteien *per se* verwehrt, sich auf die aus einer solchen Veränderung folgenden Auswirkungen für das Vertragsverhältnis zu berufen (zu den Ausnahmen sogleich, [Rz. 285 ff.](#)).<sup>673</sup> Zufolge der Bindung an das anfänglich Vereinbarte trägt das Risiko nachträglicher Veränderung jene Partei, zu deren Nachteil die durch diese Änderung hervorgerufene Äquivalenzstörung ausfällt.<sup>674</sup> Der

283

---

Art. 18; BSK OR I–WIEGAND, N 100 zu Art. 18; HUGUENIN, Rz. 320; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.01 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1281; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 646 zu Art. 18).

<sup>666</sup> KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 69 und N 73 zu Art. 18.

<sup>667</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.01; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 558 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1281; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 641 und N 645 zu Art. 18; BK–KRAMER [1986], N 273 zu Art. 18, m.w.H.; BSK OR I–WIEGAND, N 95 zu Art. 18.

<sup>668</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1281; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 641 und 647 zu Art. 18.

<sup>669</sup> Treffend ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 647 zu Art. 18.

<sup>670</sup> Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.01; WIEGAND, S. 453; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 642 ff. und N 786 ff. zu Art. 18; BK–KRAMER [1986], N 273 zu Art. 18; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1058.

<sup>671</sup> KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 69 zu Art. 18; WIEGAND, S. 453; vgl. BSK OR I–WIEGAND, N 100 zu Art. 18; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 642 ff. zu Art. 18; BK–KRAMER [1986], N 273 zu Art. 18.

<sup>672</sup> BGE 104 II 314 E. a S. 315; BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 9; KRAMER, *clausula*, S. 274; CR CO I–WINIGER, N 193 zu Art. 18; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 563 zu Art. 18, m.w.H.; BSK OR I–WIEGAND, N 97 zu Art. 18.

<sup>673</sup> KRAMER, *clausula*, S. 274; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 563 zu Art. 18.

<sup>674</sup> Vgl. KRAMER, *clausula*, S. 274; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 734 zu Art. 18, m.w.H.

Grundsatz der Vertragstreue alloziert auf diese Weise also zugleich das Risiko nachträglicher Verhältnisänderungen, die eine Störung des Vertragsverhältnisses mit sich bringen.<sup>675</sup>

## 2 Nachträgliche Änderung der Rahmenbedingungen der Vermarktung

284 *Pacta sunt servanda* (Rz. 283) bedeutet für das Verhältnis von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur, dass der Vermittlungsvertrag grundsätzlich mit jenem Inhalt Bestand hat, mit dem er geschlossen worden ist, selbst wenn später Änderungen in den vermarktungsrelevanten Umständen (Rz. 275 ff.) eintreten sollten.<sup>676</sup> Ein verändertes Wertverhältnis seiner Leistungen wird nicht angepasst, um das ursprüngliche Gleichgewicht wiederherzustellen. Vielmehr gehen die Konsequenzen einer Verhältnisänderung zulasten derjenigen Partei, deren Leistungserbringung sie erschwert oder deren Gegenleistung sie im Wert mindert. Das Risiko, dass sich die Umstände, die anfänglich das Vermarktungspotential mitbestimmen, nachträglich ändern, wird mithin nicht gleichmässig auf Rechteinhaber und Vermarktungsagentur verteilt. Vielmehr ist es prinzipiell allein von jener Partei zu tragen, die von der Veränderung nachteilig getroffen ist. Nun gilt der Grundsatz der Vertragstreue aber nicht uneingeschränkt (Rz. 283). Vielmehr erlauben Instrumente wie vertragliche Anpassungsregeln (Rz. 285 ff.) sowie gesetzliche und gerichtliche Vertragsanpassung (Rz. 295 bzw. Rz. 296 ff.) unter Umständen eine Anpassung des Vermittlungsvertrages an nachträgliche geänderte Rahmenbedingungen.

---

<sup>675</sup> KRAMER, *clausula*, S. 274; vgl. ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 649 zu Art. 18; BUCHER, AT, S. 397.

<sup>676</sup> Ebenso BROGLE, S. 142.



## IV Vertragliche Anpassungsregeln

### 1 Im Allgemeinen

Um der nachträglichen Änderung von Rahmenbedingungen eines Vertrages Rechnung zu tragen, können die Parteien bereits von Anfang an sogenannte vertragliche Anpassungsregeln implementieren.<sup>677</sup> Stets zu beachten sind freilich die Einschränkungen der Dispositionsfreiheit der Parteien, wie sie sich namentlich aus dem zwingenden Recht ergeben.<sup>678</sup> In diesem Rahmen ist es den Parteien jedoch möglich, mittels parteiautonomer Regelung die Rechtsfolgen der Änderung von Umständen, unter denen der Vertrag geschlossen worden ist, festzulegen.<sup>679</sup> Damit weist der jeweilige Vertrag gleichzeitig das Risiko der nachträglichen Veränderung der Verhältnisse einer Partei zu.<sup>680</sup> Vertragliche Anpassungsregeln dienen so im Ergebnis auch der Risikoverteilung.<sup>681</sup> 285

Liegt eine einschlägige vertragliche Anpassungsregel vor, ist es der Vertrag selbst, der die Folgen einer Änderung der Rahmenbedingungen während seines Bestehens vorgibt: Er verknüpft eine nachmalige Veränderung der Umstände (den sogenannten Anpassungstatbestand) mit einer Rechtsfolge (die Anpassungsfolge).<sup>682</sup> Die Umschreibung von Tatbestand und/oder Rechtsfolge der Änderung kann dabei einerseits sehr präzise sein, andererseits aber ebenso eher generisch ausfallen.<sup>683</sup> Sowohl der Anpassungstatbestand als auch die Anpassungsfolge müssen bloss hinlänglich bestimmbar sein.<sup>684</sup> Statuieren 286

<sup>677</sup> HUGUENIN, Rz. 321; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 575 zu Art. 18, m.w.H.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1045; im Ergebnis auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.02; vgl. KuKo OR-WIEGAND/HURNI, N 76 zu Art. 18; BK-KRAMER [1986], N 276 zu Art. 18; BSK OR I-WIEGAND, N 107 zu Art. 18; CR CO I-WINIGER, N 203 zu Art. 18; BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10.

<sup>678</sup> Vgl. BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 575 zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 656 zu Art. 18. Vorliegend ist namentlich auf die teilweise zwingende gesetzliche Ordnung hinsichtlich der Dauer und Beendigung von Mäkler- und Agenturvertrag zu verweisen (dazu [Rz. 521 ff.](#)).

<sup>679</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1284, m.w.H.; vgl. KRAMER, clausula, S. 275; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 649 und N 656 zu Art. 18; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.02.

<sup>680</sup> BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 560 f. zu Art. 18, m.w.H.

<sup>681</sup> Vgl. ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 649 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP /SCHMID, Rz. 1284, m.w.H.; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 560 f. zu Art. 18, m.w.H.

<sup>682</sup> ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 659 zu Art. 18.

<sup>683</sup> BK-KRAMER [1986], N 280 f. zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 659 f. und N 669 zu Art 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1285; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 578 f. und N 581 f. zu Art. 18, m.w.H.

<sup>684</sup> BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 589; vgl. BK-KRAMER [1986], N 282 zu Art. 18; BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10.

die Parteien als Konsequenz einer nachträglichen Änderung von Verhältnissen sodann eine Anpassung des Vertrages an die neuen Rahmenbedingungen, liegt eine positive Anpassungsregel vor.<sup>685</sup> Negativ ist eine Anpassungsregel demgegenüber, wenn der Vertrag trotz der Änderung von Umständen unverändert weiterbestehen soll,<sup>686</sup> eine Anpassung an die neuen Umstände also ausgeschlossen wird.<sup>687</sup>

287 Vertragliche Anpassungsregeln – positiver und negativer Art (Rz. 286) – können von den Parteien sowohl ausdrücklich als auch konkludent vereinbart werden.<sup>688</sup> Massgebend ist jeweils, ob eine Anpassungsregel Vertragsbestandteil geworden ist oder nicht.<sup>689</sup> Das ist mittels Auslegung (Rz. 147) zu ermitteln.<sup>690</sup> Auf eine konkludent vereinbarte Anpassungsklausel soll jedoch nur mit Zurückhaltung geschlossen werden.<sup>691</sup> Es darf nicht einfach über die Auslegung des Vertrages eine Anpassungsklausel in denselben hineininterpretiert werden.<sup>692</sup> Das betrifft etwa die Annahme einer konkludent vereinbarten Be-

---

<sup>685</sup> KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 78 zu Art. 18; BSK OR I–WIEGAND, N 109 zu Art. 18; je m.w.H.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1045; BK–KRAMER [1986], N 277 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1284; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 657 zu Art. 18.

<sup>686</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1284; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 668 zu Art. 18, m.w.H.; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 585 zu Art. 18.

<sup>687</sup> CR CO I–WINIGER, N 206 zu Art. 18; KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 78 zu Art. 18, m.w.H.; BSK OR I–WIEGAND, N 110 zu Art. 18; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1045.

<sup>688</sup> BK–KRAMER [1986], N 279 zu Art. 18; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 594 f., m.w.H.; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 662, N 669 und N 672 zu Art. 18; BSK OR I–WIEGAND, N 111 f. zu Art. 18; CR CO I–WINIGER, N 207 zu Art. 18, m.w.H.; vgl. auch KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 80 zu Art. 18. Art. 1 Abs. 2 OR stellt der ausdrücklichen die stillschweigende Willenserklärung gegenüber. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen ist, dass das Stillschweigen nur ausnahmsweise als Willenserklärung gilt (siehe dazu Art. 6 OR), weshalb es in der Regel als Sonderfall der konkludenten, ausnahmsweise gar der ausdrücklichen Willenserklärung begriffen wird. In Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 OR ist neben der ausdrücklichen im Schrifttum dementsprechend grossmehrheitlich von der konkludenten statt von der stillschweigenden Willenserklärung die Rede (CR CO I–MORIN, N 10 f. zu Art. 1; HUGUENIN, Rz. 175; BUCHER, AT, S. 113 f.; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 27.09 ff.; BSK OR I–ZELLWEGER–GUTKNECHT, N 17 zu Art. 1; ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 129 ff.; je m.w.H.; sowie KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 5 zu Art. 1; anders hingegen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 188 ff.).

<sup>689</sup> Vgl. BSK OR I–WIEGAND, N 112 zu Art. 18; KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 80 zu Art. 18.

<sup>690</sup> BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 595 zu Art. 18, m.w.H.; KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 80 zu Art. 18; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 662 und N 672 zu Art. 18, m.w.H.; BSK OR I–WIEGAND, N 112 zu Art. 18.

<sup>691</sup> KuKo OR–WIEGAND/HURNI, N 80 zu Art. 18; BK–KRAMER [1986], N 289 f. zu Art. 18; BSK OR I–WIEGAND, N 112 zu Art. 18; BK–MÜLLER CHRISTOPH, N 596 zu Art. 18; ZK–JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 664 zu Art. 18.

<sup>692</sup> So KRAMER, *clausula*, Fn. 13; vgl. bereits BK–KRAMER [1986], N 289 zu Art. 18; und in dessen Folge auch CR CO I–WINIGER, N 207 zu Art. 18.

dingung ([Rz. 131 f.](#)), nach der der Vertrag nur dann und solange gelten soll, wenn und als bestimmte Verhältnisse bestehen.<sup>693</sup> Nur weil die Parteien (übereinstimmend) von einer gewissen künftigen Entwicklung ausgegangen sind, haben sie noch keine derartige Bedingung im Rechtssinne gesetzt.<sup>694</sup> «Eine solche entsteht erst durch die (wechselseitig erkennbar gemachte) Absicht der Parteien»,<sup>695</sup> die Wirksamkeit des Vertrages oder einzelner seiner Teile vom Eintreffen dieser Entwicklung abhängig zu machen.<sup>696</sup>

## 2 Anpassungsregeln im Vermittlungsvertrag

### a Grundsatz

Für die Regelung der Zusammenarbeit von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur gilt vor dem Hintergrund des eben Ausgeführten ([Rz. 285 ff.](#)), was folgt: Eventuellen Änderungen in den vermarktungsrelevanten Umständen ([Rz. 275 ff.](#)) lässt sich auf Ebene des Vermittlungsvertrages mittels der Vereinbarung von Anpassungsregeln begegnen.<sup>697</sup> Beispielhaft zu nennen ist hier die vermittlungsvertragliche Beantwortung der Frage, welche Auswirkung ein Aufstieg des Rechteinhabers in eine höhere Spielklasse ([Rz. 278](#)) auf die Vergütung der Vermarktungsagentur hat. Voraussetzung für die Gültigkeit derartiger vertraglicher Anpassungsregeln ist nach dem Gesagten, dass sowohl Anpassungstatbestand als auch die Anpassungsfolge im Vermittlungsvertrag zumindest mit bestimmbarem Inhalt enthalten sind ([Rz. 286](#)). Es muss sich mit anderen Worten bereits aus dem Vermittlungsvertrag ergeben, welche veränderten Umstände Anlass für eine Anpassung sind und welche Konsequenzen das Vorliegen eines solchen Anpassungstatbestandes hat.

288

<sup>693</sup> ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, Rz. 664; KRAMER, clausula, Fn. 13; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 596 zu Art. 18; siehe zur konkludent vereinbarten Bedingung als Mittel zur Anpassung des Vertrages an künftige Entwicklungen auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 11.04; BUCHER, AT, S. 505.

<sup>694</sup> BGE 12 I 732 E. 3 S. 741; in dessen Folge auch BK-BECKER, N 22 Vorb. zu Art. 151-157; und unter Hinweisen auf ebendiesen BUCHER, AT, S. 506; vgl. zudem KRAMER, clausula, Fn. 13.

<sup>695</sup> BK-BECKER, N 22 Vorb. zu Art. 151-157, unter Hinweis auf BGE 12 I 732 E. 3 S. 741.

<sup>696</sup> Treffend bereits BGE 12 I 732 E. 3 S. 741; in dessen Folge BK-BECKER, N 22 Vorb. zu Art. 151-157; BUCHER, AT, S. 506; vgl. GUHL/KOLLER, § 9 Rz. 4; und allgemein zum übereinstimmenden Parteiwillen als Voraussetzung der wirksamen, konkludenten Vereinbarung einer Bedingung HUGUENIN, Rz. 1280; BSK OR I-WIDMER MARKUS/CONSTANTINI/EHRAT, N 1 Vor Art. 151-157; ENGEL PIERRE, Traité, S. 852.

<sup>697</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 635; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635.

289 Zudem ist stets darauf zu achten, dass die Vereinbarung einer Anpassungsregel nur im Rahmen dessen möglich ist, was überhaupt zur Disposition der Parteien steht (Rz. 298). Die Grenzen der Vertragsfreiheit gelten auch für die Vereinbarung von Anpassungsregeln. Im Kontext des für den Vermittlungsvertrag einschlägigen Mäkler- respektive Agenturvertragsrechtes sind diesbezüglich namentlich die zwingenden Bestimmungen zur Beendigung des Vertrages (dazu [Rz. 519 ff.](#)) hervorzuheben. Sie verlangen auch bei der Stipulierung vertraglicher Anpassungsregeln Berücksichtigung.

## **b Anpassungstatbestand insbesondere**

290 Werden im Vermittlungsvertrag Anpassungsregeln formuliert, kommt als Anpassungstatbestand ([Rz. 285](#)) irgendeine Änderung in den vermarktungsrelevanten Umständen in Betracht. Hinsichtlich der Spielklasse, in welcher der Rechteinhaber aktiv ist ([Rz. 278](#)), sind insbesondere Spielklassenwechsel (wie namentlich Auf- oder Abstiege) relevant. So sind in der Praxis die in einem Vermittlungsvertrag festgehaltenen ökonomischen Eckpunkte der Vermarktung in der Regel an der konkreten Spielklasse festgemacht, in welcher der Rechteinhaber aktiv ist. Ein Wechsel der Spielklasse wäre dann Anlass zur Anpassung des Vermittlungsvertrages. Praktisch werden jene Änderungen in den Rahmenbedingungen im Vordergrund stehen, die nach Ansicht von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur im Einzelfall für das Vermarktungspotential ([Rz. 68](#)) besonders gewichtig sind. Die vereinbarte Folge solcher Änderungen kann die Erschwerung der Vermarktung genauso wie ihre Erleichterung sein.<sup>698</sup> Um auf das vorstehende Beispiel des Spielklassenwechsels zurückzukommen: Da die Sportrechte eines Rechteinhabers mit seinem Abstieg in der Regel an Wert verlieren ([Rz. 278](#)), wird sich deren Vermarktung zufolge des Abstieges typischerweise erschweren. Entscheidend ist, dass sie so oder anders Konsequenzen für das Verhältnis der Leistungen von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur unter dem Vermittlungsvertrag zu zeitigen geeignet sind. Es ist jedoch allein an Rechteinhaber und Vermarktungsagentur, den jeweiligen Anpassungstatbestand im Vermittlungsvertrag zu formulieren. Erforderlich ist lediglich, dass dieser den Anforderungen an die Bestimmtheit genügt und dass der Rahmen des zwingenden Rechtes beachtet wird ([Rz. 288 f.](#)).

---

<sup>698</sup> So etwa Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20 f., wo sowohl an den Abstieg als auch an den Aufstieg aus der gegenwärtigen Spielklasse Anpassungsfolgen geknüpft sind.

### c Anpassungsfolge insbesondere

Nach den allgemeinen Ausführungen zur vertraglichen Anpassungsregelung (Rz. 285) ist eine ebensolche Regelung erst vollständig, wenn an den Anpassungstatbestand (Rz. 290) eine Anpassungsfolge geknüpft ist. Dann sieht der Vermittlungsvertrag selbst die Rechtsfolge einer Änderung seiner Rahmenbedingungen vor.<sup>699</sup> Eine solche vertragliche Anpassungsregel ist negativer Natur, sofern der Vermittlungsvertrag vereinbarungsgemäss unbeschrieben der Veränderung seiner Rahmenbedingungen ohne Modifikation fortbestehen soll (Rz. 286). Diesfalls hat jene Vertragspartei die Folgen der veränderten Rahmenbedingungen zu tragen, deren eigene Leistung aufgrund der jeweiligen Änderung erschwert ist bzw. deren Gegenleistung deshalb an Wert verliert. Sie hat den Vermittlungsvertrag trotz verändertem Wertverhältnis so zu erfüllen, wie er geschlossen worden ist. 291

Ist als Anpassungsfolge hingegen die Umgestaltung des Vermittlungsvertrages im Hinblick auf die aus der Änderung resultierenden, neuen vermarktungsrelevanten Umstände vorgesehen, ist die Anpassungsregel positiv (Rz. 286). Wie diese im Einzelfall ausfallen soll, ist (im Rahmen des zwingenden Rechtes) der Regelung durch die Parteien des Vermittlungsvertrages überlassen (Rz. 288 f.).<sup>700</sup> In Frage kommt namentlich der Nachvollzug der Änderung auf der Ebene der wirtschaftlichen Bedingungen der Auslagerung der Vermarktung. Faktisch wird das meist auf eine Erhöhung oder Verringerung der Vergütung der Vermarktungsagentur hinauslaufen, je nachdem, ob die Vermarktung unter den veränderten Umständen nach Ansicht der Parteien des Vermittlungsvertrages erschwert oder erleichtert ist.<sup>701</sup> Zufolge einer positiven vertraglichen Anpassungsregel treffen die Konsequenzen einer Änderung der vermarktungsrelevanten Umstände stets diejenige Partei des Vermittlungsvertrages, zu deren Nachteil der Vermittlungsvertrag modifiziert wird. Sie erhält aus dem angepassten Vermittlungsvertrag weniger oder hat mehr zu leisten als ursprünglich vereinbart. 292

<sup>699</sup> Dazu VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 49 und Rz. 51; vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635.

<sup>700</sup> Siehe zur Anpassung des Vermittlungsvertrages an veränderte Verhältnisse auch VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 51; vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102, Rz. 105 und Fn. 481.

<sup>701</sup> Vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 44; und für ein Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20).

293 Vor diesem Hintergrund ([Rz. 288 ff.](#)) wird deutlich, wie über die Stipulierung vermittlungsvertraglicher Anpassungsregeln die Risikozuweisung an Rechteinhaber oder Vermarktungsagentur erfolgt.<sup>702</sup> Das Risiko, dass sich nach Vertragsschluss die vermarktungsrelevanten Umstände ändern, trifft bei negativen Anpassungsregeln jene Partei, die den Vertrag trotz geänderter Verhältnisse wie geschlossen zu erfüllen hat. Sofern positive Anpassungsregeln greifen, ist es umgekehrt die Partei, zu deren Lasten die Modifikation des Vermittlungsvertrages ausfällt, die das vorgenannte Risiko trägt. Das heisst zugleich, dass der Vermittlungsvertrag mittels solcher Anpassungsregeln die mögliche Änderung seiner Rahmenbedingungen in der Risikosphäre entweder des Rechteinhabers oder der Vermarktungsagentur verortet.<sup>703</sup>

### 3 Vorliegen vermittlungsvertraglicher Anpassungsregeln

294 Ob ein konkreter Vermittlungsvertrag Anpassungsregeln enthält, ist mittels Auslegung zu ermitteln ([Rz. 287](#)). Es gilt also zu fragen, ob Rechteinhaber und Vermarktungsagentur *qua* Willensübereinstimmung für einen bestimmten Anpassungstatbestand eine bestimmte Anpassungsfolge vereinbart haben. Diese Vereinbarung kann ausdrücklich genauso wie konkludent erfolgt sein. Bei der Annahme einer konkludenten Anpassungsklausel ist jedoch Zurückhaltung geboten: Es gilt zu vermeiden, gleichsam über die Auslegung eine Anpassungsregel in den Vermittlungsvertrag «hineinzulesen» ([Rz. 287](#)). Insbesondere geht es nicht an, allein deshalb, weil Rechteinhaber und Vermarktungsagentur übereinstimmend von einem gewissen Gang künftiger Ereignisse ausgegangen sind, eine konkludente Anpassungsregel für den Fall anzunehmen, da sich die Verhältnisse tatsächlich in anderer Weise entwickeln. Lediglich aufgrund einer von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur nicht antizipierten Änderung der vermarktungsrelevanten Umstände darf namentlich nicht auf eine konkludent vereinbarte Bedingung geschlossen werden, nach der der Vertrag in diesem Falle nicht (unverändert) weiter gelten soll.

---

<sup>702</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105 und Fn. 481; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 98.

<sup>703</sup> SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635; vgl. DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 98; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Fn. 481.

## V Gesetzliche Anpassungsregeln

Fehlen vertragliche Anpassungsregeln, schliesst das Konsequenzen von Veränderungen in den Rahmenbedingungen für den Vertrag nicht *a priori* aus. Anpassungsregeln können nämlich nicht bloss im Vertrag selbst, sondern desgleichen im Gesetz enthalten sein.<sup>704</sup> So sieht das OR verschiedentlich die Anpassung eines Vertrages an veränderte Verhältnisse vor.<sup>705</sup> Doch kennt es keine allgemeine Bestimmung, die die Anpassung der Verträge an veränderte Verhältnisse generell regeln würde.<sup>706</sup> Ebenso wenig normieren die gesetzlichen Ordnungen von Mäkler- und Agenturvertrag die Anpassung des Vertrages zufolge veränderter Verhältnisse. Es fehlt für solche Verträge also an spezifischen gesetzlichen Anpassungsregeln.

295

## VI Gerichtliche Vertragsanpassung

### 1 Im Allgemeinen

#### a Grundsatz

Sind in einem konkreten Fall nicht nur keine vertraglichen ([Rz. 285 ff.](#)), sondern auch keine gesetzlichen Anpassungsregeln ([Rz. 295](#)) einschlägig, muss in Anbetracht geänderter Verhältnisse gefragt werden, ob ein Vertrag allenfalls von einem Gericht angepasst werden kann.<sup>707</sup> Gerichtliche Vertragsanpassung bedeutet, dass ein Gericht darüber befindet, ob überhaupt und wenn ja wie ein

296

<sup>704</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.03; BK-KRAMER [1986], N 297 und N 299 zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 681 und N 704 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 606 zu Art. 18; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1047; vgl. BGE 93 II 97 E. 3 S. 109.

<sup>705</sup> ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 704 zu Art. 18; HUGUENIN, Rz. 321; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.03; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1286; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1047; je mit Hinweisen auf einschlägige Bestimmungen; vgl. auch KRAMER, clausula, S. 275; BGE 48 II 242 E. 4 S. 246.

<sup>706</sup> BGE 48 II 242 E. 4 S. 246; CR CO I-WINIGER, N 208 zu Art. 18; WIEGAND, S. 469; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 606 zu Art. 18; BK-KRAMER [1986], N 299 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1286; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 706 zu Art. 18.

<sup>707</sup> Vgl. BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 606 zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 711 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1288; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.04; BK-KRAMER [1986], N 298 zu Art. 18; Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1, m.w.H.; im Ergebnis BGE 93 II 97 E. 3 S. 109.

Vertrag im Lichte veränderter Verhältnisse zu modifizieren ist.<sup>708</sup> Statt von gerichtlicher Vertragsanpassung wird auch von der *clausula rebus sic stantibus* gesprochen.<sup>709</sup>

- 297 Nach Lehre und Rechtsprechung soll das Gericht von der Möglichkeit, den Vertrag bei gegebenen Voraussetzungen anzupassen, nur mit Zurückhaltung Gebrauch machen.<sup>710</sup> Auszugehen ist jeweils vom Grundsatz, dass ein Vertrag unbesehen geänderter Umstände wie geschlossen fortwirkt (Rz. 283).<sup>711</sup> Jede Partei ist mit anderen Worten im Prinzip selbst dafür verantwortlich, mögliche spätere Änderungen der Rahmenbedingungen vor Vertragsschluss zu antizipieren und dafür besorgt zu sein, dass sich diese im Vertrag adressiert finden.<sup>712</sup> Nichtsdestotrotz ist die gerichtliche Vertragsanpassung unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Zu diesen sogleich.

## **b Voraussetzungen der gerichtlichen Vertragsanpassung**

- 298 Erste Voraussetzung für die gerichtliche Vertragsanpassung ist, dass sich die Verhältnisse, unter denen der Vertrag geschlossen worden ist, nachträglich geändert haben.<sup>713</sup> Wie einleitend angemerkt (Rz. 296), setzt die gerichtliche Vertragsanpassung zudem voraus, dass das Risiko einer solchen Veränderung der Verhältnisse weder *qua* Vertrag noch Gesetz eine Partei trifft (das heisst, dass weder vertragliche noch gesetzliche Anpassungsregeln einschlägig sind).

---

<sup>708</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1288; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 711 zu Art. 18; BK-KRAMER [1986], N 322 zu Art. 18; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1040. Siehe zur (umstrittenen) Frage nach der dogmatischen Grundlegung der gerichtlichen Vertragsanpassung HUGUENIN, Rz. 322; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1293 ff.; BK-KRAMER [1986], N 325 ff. zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 712 ff. zu Art. 18; CR CO I-WINIGER, N 193 zu Art. 18.

<sup>709</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.04; HUGUENIN, Rz. 322; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1041; Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 2.

<sup>710</sup> CR CO I-WINIGER, N 214 zu Art. 18; BK-KRAMER [1986], N 333 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 655 zu Art. 18, m.w.H.; vgl. BSK OR I-WIEGAND, N 118 zu Art. 18, Urteil des BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 2 («ausnahmsweise»).

<sup>711</sup> BK-KRAMER [1986], N 333 zu Art. 18; im Ergebnis BGE 127 III 300 E. 5b/aa S. 305, m.w.H.; BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 9 f.; in der Folge Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 2; Urteil des BGer 4A\_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2.2.

<sup>712</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.02; im Ergebnis BGE 127 III 300 E. 5b/aa S. 305, m.w.H.

<sup>713</sup> BSK OR I-WIEGAND, N 99 zu Art. 18; HUGUENIN, Rz. 327; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 658 zu Art. 18; BGE 127 III 300 E. 5b S. 304 f., m.w.H.; BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 9 f.; in deren Folge auch Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 2; Urteil des BGer 4A\_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2.2.



Sodann ist festzuhalten, dass eine gerichtliche Vertragsanpassung jeweils nur in Frage kommt, wenn die Änderung der Verhältnisse, die Anlass für die Anpassung des Vertrages durch das Gericht sein soll, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder vorhersehbar noch vermeidbar war.<sup>714</sup> Ansonsten wäre es der davon betroffenen Partei nämlich offen gestanden, auf eine diesbezügliche vertragliche Regelung zu bestehen und so für den Fall der späteren Änderung der Verhältnisse vorzusorgen.<sup>715</sup>

Vorhersehbarkeit der Änderung der Verhältnisse ist ihrerseits gegeben, wenn mit selbiger vernünftigerweise gerechnet werden musste.<sup>716</sup> Zur Beurteilung ist ein objektiver Massstab anzulegen: Entscheidend ist, ob eine Durchschnittspartei in der gleichen Lage wie die Partei, die die Anpassung des Vertrages begehrt, die nach Vertragsschluss eingetretene Veränderung der Verhältnisse nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung bei Vertragsschluss voraussehen konnte und musste.<sup>717</sup> Hinzu kommt einzig, dass die Voraussehbarkeit «auch dann zu verneinen [ist], wenn eine Verhältnisänderung [...] als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag».<sup>718</sup> Führt hingegen bereits die Vorhersehbarkeit einer nachträglichen Verhältnisänderung dazu, dass eine Vertragsanpassung ausscheidet, ist die Anpassung durch das Gericht *a fortiori* nicht statthaft, wenn die Partei, die eine Anpassung des Vertrages verlangt, tatsächlich mit der bezüglichen Änderung gerechnet hat, als sie den Vertrag eingegangen ist.<sup>719</sup>

Auch wenn die fehlende Vorhersehbarkeit zu bejahen ist, kommt die gerichtliche Vertragsanpassung nur dann in Betracht, wenn die Änderung der Umstände nach Vertragsschluss tatsächlich einen Einfluss auf das Wertverhältnis

<sup>714</sup> BGE 127 III 300 E. 5b/aa S. 305, m.w.H.; BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 10; in deren Folge auch Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 2; Urteil des BGer 4A\_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2.2.

<sup>715</sup> BK-KRAMER [1986], N 337 zu Art. 18; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.08; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 668 zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 763 zu Art. 18; vgl. BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10; BGE 127 III 300 E. 5b/aa S. 305, m.w.H.; in deren Folge auch Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1.

<sup>716</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1299; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 764 zu Art. 18; Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1; je m.w.H.

<sup>717</sup> HUGUENIN, Rz. 330; Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1; je m.w.H.

<sup>718</sup> BGE 127 III 300 E. 5b/aa S. 305, m.w.H.

<sup>719</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1299; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 668 zu Art. 18; BK-KRAMER [1986], N 337 zu Art. 18, m.w.H.

der Leistungen der Vertragsparteien hat.<sup>720</sup> Zufolge der Veränderung muss zwischen diesen Leistungen ein Missverhältnis entstehen.<sup>721</sup> Es geht um Erschwernisse ebenso wie um Entwertungen der vertragsgegenständlichen Leistungen, die gerade von der Veränderung der Verhältnisse herrühren. In Lehre und Rechtsprechung ist diesbezüglich von einer Äquivalenzstörung (zur Äquivalenz [Rz. 282](#)) die Rede.<sup>722</sup> Diese hat, um eine gerichtliche Vertragsanpassung zu rechtfertigen, stets schwerwiegend zu sein.<sup>723</sup> Weniger intensive Konsequenzen der Veränderung von Verhältnissen für den Vertrag stellen folglich keinen Anlass für einen gerichtlichen Eingriff in das Vertragsgefüge dar.<sup>724</sup>

- 301 Schliesslich kann das Gericht die Vertragsanpassung aufgrund des Verhaltens der Parteien verneinen. Die Gründe dafür lassen sich wie folgt zusammenfassen: (i) Die Parteien haben den Vertrag in Kenntnis der veränderten Verhältnisse vorbehaltlos erfüllt;<sup>725</sup> (ii) die Partei, die die Anpassung des Vertrages begehrt, hat diese Veränderung selbst verursacht;<sup>726</sup> oder (iii) die veränderten Verhältnisse wirken sich nur deshalb zulasten einer Partei aus, weil sich diese mit ihrer Leistung im Verzug befindet.<sup>727</sup>

---

<sup>720</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1281; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 645 zu Art. 18; BK-KRAMER [1986], N 273 zu Art. 18; BSK OR I-WIEGAND, N 95 zu Art. 18.

<sup>721</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.09, m.w.H.; HUGUENIN, Rz. 329; BK-KRAMER [1986], N 346 zu Art. 18, m.w.H.; BSK OR I-WIEGAND, N 104 zu Art. 18; Urteil des BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 2, m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2.2, m.w.H.

<sup>722</sup> In der Lehre etwa HUGUENIN, Rz. 320; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 558 zu Art. 18; und in der Rechtsprechung Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 2; Urteil des BGer 4A\_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2.2; je m.w.H.

<sup>723</sup> So ausdrücklich BSK OR I-WIEGAND, N 104 f. zu Art. 18; ebenso Urteil des BGer 4A\_375/2010 vom 22. November 2010; E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 2; Urteil des BGer 4A\_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2.2; je m.w.H.; im Ergebnis BK-KRAMER [1986], N 349 zu Art. 18; HUGUENIN, Rz. 329; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 784 zu Art. 18.

<sup>724</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1300; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 776 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 688 zu Art. 18.

<sup>725</sup> BGE 127 III 300 E. 5b S. 305; BK-KRAMER [1986], N 345 zu Art. 18, m.w.H.

<sup>726</sup> ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 770 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 679 zu Art. 18; je m.w.H.

<sup>727</sup> BK-KRAMER [1986], N 344 zu Art. 18, m.w.H.

### c Durchführung der gerichtlichen Vertragsanpassung

Sind die Voraussetzungen für die gerichtliche Vertragsanpassung ([Rz. 298 ff.](#)) erfüllt, gilt es des weiteren zu klären, wie der Vertrag anzupassen ist. Denkbar ist dabei die Modifikation des Vertragsinhaltes, die Anpassung der Vertragsdauer (sofern der Vertrag überhaupt eine Laufzeit aufweist) und *ultima ratio* gar die Auflösung des Vertrages.<sup>728</sup> 302

Wie die Anpassung im Einzelfall vorgenommen wird, hat das befassende Gericht unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens und des Gebotes von Treu und Glauben zu entscheiden.<sup>729</sup> Einzubeziehen sind ausserdem Wesen und Zweck des jeweiligen Vertrages.<sup>730</sup> Konkret ist die Frage zu beantworten, welche Regelung die Parteien des jeweiligen Vertrages selbst getroffen hätten, hätten sie die nun eingetretene Veränderung der Verhältnisse in Betracht gezogen.<sup>731</sup> Nur dann, wenn die Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen kein klares Ergebnis zu zeitigen vermag, hat das Gericht anhand der konkreten Umstände nach Recht und Billigkeit zu entscheiden.<sup>732</sup> Ziel muss es in jedem Fall sein, zu einer sachgerechten Anpassung zu gelangen,<sup>733</sup> mit der die Störung des Vertragsverhältnisses, die durch die veränderten Verhältnisse hervorgerufen worden ist, beseitigt wird.<sup>734</sup> 303

<sup>728</sup> HUGUENIN, Rz. 334; BK-KRAMER [1986], N 353 zu Art. 18; BSK OR I-WIEGAND, N 119 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 714 ff. zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 736 ff. zu Art. 18; BGE 127 III 300 E. 6a S. 307, m.w.H.

<sup>729</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 35.10, m.w.H.; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1059; BGE 127 III 300 E. 6a S. 307; vgl. BK-KRAMER [1986], N 358 zu Art. 18; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 734 und N 748 zu Art. 18.

<sup>730</sup> BGE 127 III 300 E. 6a S. 307.

<sup>731</sup> So bereits BGE 47 II 314 E. 3 S. 318, m.w.H.; in dessen Folge auch BGE 59 II 372 E. 2 S. 376; ebenso BGE 127 III 300 E. 6a S. 307. Teilweise wird für die Feststellung des hypothetischen Parteiwillens zur Anpassung des Vertrages nicht darauf abgestellt, was die Parteien vereinbart hätten, hätten sie die Veränderung der Verhältnisse bedacht, sondern was vernünftig und redlich handelnde Kontrahenten in der Lage der konkreten Parteien diesfalls vorgesehen hätten (so ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 748 zu Art. 18, BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 718 zu Art. 18; je m.w.H.).

<sup>732</sup> BK-KRAMER [1986], N 359 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 724 zu Art. 18; anderer Meinung ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 749 zu Art. 18, denen zufolge der Anpassungsentscheid immer auch nach Recht und Billigkeit zu treffen ist.

<sup>733</sup> HUGUENIN, Rz. 334.

<sup>734</sup> BSK OR I-WIEGAND, N 118 zu Art. 18; KuKo OR-WIEGAND/HURNI, N 68 zu Art. 18.

## 2 Gerichtliche Anpassung des Vermittlungsvertrages

### a Voraussetzungen der gerichtlichen Anpassung des Vermittlungsvertrages

- 304 Vor dem Hintergrund des bisher zur gerichtlichen Vertragsanpassung Erläuterten ([Rz. 296 ff.](#)) lässt sich vorab feststellen, dass Änderungen in den vermarktungsrelevanten Umständen während Bestehens des Vermittlungsvertrages selbst dann Anlass zu dessen Anpassung geben können, wenn weder vertragliche noch gesetzliche Anpassungsregeln einschlägig sind. In Frage kommt diesfalls eine Vertragsanpassung durch das Gericht ([Rz. 298](#)).<sup>735</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass sich die betreffenden Umstände nachträglich (das heisst nach Abschluss des Vermittlungsvertrages) geändert haben. Davon ist auszugehen, wenn die aktuellen rechtlichen oder faktischen Rahmenbedingungen der Vermarktung vom Stand bei Abschluss des Vermittlungsvertrages abweichen. Es sind mit anderen Worten seither vermarktungsrelevante Umstände hinzugetreten oder weggefallen ([Rz. 298](#)). Beispielhaft erwähnt seien an dieser Stelle die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Olympischen Sommerspiele in Tokyo. Diese mussten vom Jahr 2020 ins Jahr 2021 verschoben werden. Zudem fanden die sportlichen Wettkämpfe ohne Zuschauer statt und waren sogar Betreuer nur sehr eingeschränkt zugelassen.<sup>736</sup>
- 305 Diese Änderung der Rahmenbedingung der Vermarktung muss Ursache einer schwerwiegenden Störung des vermittlungsvertraglichen Verhältnisses von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur sein. Typischerweise geht es darum, dass diese Veränderung ein erhebliches Missverhältnis der Leistungen von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zur Folge hat, weil sie die Erbringung der einen Leistung erheblich erschwert oder erleichtert, ohne in spiegelbildlicher Weise die andere Leistung zu beschlagen ([Rz. 300](#)). Um zum Beispiel der Corona-Pandemie und der Olympischen Sommerspiele in Tokyo zurückzukommen ([Rz. 304](#)): Die um ein Jahr verspätete Durchführung einer derartigen Grossveranstaltung hat das Potential, sich nachteilig auf die Attraktivität «kleinerer» Sportereignisse auszuwirken, die planmässig in jenem Zeitraum stattfinden, in welchem das globale Ereignis, das die Sommerspiele sind, nach-

---

<sup>735</sup> Ebenso BROGLE, S. 144, zur gerichtlichen Anpassung von Verträgen über die Vermarktung von Sportrechten aufgrund der Corona-Pandemie.

<sup>736</sup> <<https://olympics.com/en/news/joint-statement-on-spectator-capacities-at-the-olympic-games-tokyo-20-tokyo-2020>>, besucht am 17. September 2023.

geholt wird.<sup>737</sup> So kann es erheblich schwerer sein, einen Fernsehsender zu finden, der bereit ist, die Medienrechte für das «kleinere» Ereignis zum ursprünglich angestrebten Preis abzunehmen, wenn im gleichen Zeitraum nun unvorhergesehen Olympische Sommerspiele stattfinden. Die Sommerspiele absorbieren insofern die mediale Aufmerksamkeit. In diesem Sinne fürchteten auch Rechteinhaber im Wintersport eine Beeinträchtigung des Wertes ihrer Veranstaltungen, weil die Fussball-Weltmeisterschaft der Herren in Katar im Jahr 2022 vom Sommer in den Winter verschoben wurde.<sup>738</sup>

Die Veränderung der vermarktungsrelevanten Umstände, zufolge derer der Vermittlungsvertrag angepasst werden soll, darf ausserdem bei Eingehen des Vermittlungsvertrages für denjenigen, der später die Anpassung verlangt, nicht voraussehbar gewesen sein (zur Frage der Vorhersehbarkeit des Ausgangs sportlicher Wettkämpfe [Rz. 317](#)). Entscheidend ist, ob eine vernünftige und redliche Durchschnittspartei in der gleichen Lage die eingetretene Veränderung der Verhältnisse nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte voraussehen können und müssen. Ist dem so, hätte bereits mit Abschluss des Vermittlungsvertrages für die Eventualität einer späteren Änderung der Rahmenbedingungen der Vermarktung Vorsorge getroffen werden können. Diesfalls geht es nicht an, dass das Gericht das von einer Vertragspartei Versäumte sozusagen «nachholt». Vielmehr soll die gerichtliche Vertragsanpassung gerade jene Konstellationen erfassen, in denen mangels Vorhersehbarkeit eine vertragliche Regelung der Änderung vermarktungsrelevanter Umstände vorgängig nicht erwartet werden konnte und das Gesetz ebenso wenig Abhilfe schafft. Stets ausgeschlossen ist eine Anpassung des Vermittlungsvertrages, wenn jene Partei, die seine Anpassung verlangt, die massgebliche Verhältnisänderung effektiv vorhergesehen hat ([Rz. 298 f.](#)). Unvorhersehbarkeit wird nach dem vorgenannten Massstab beispielsweise für die Corona-Pandemie und ihre Auswirkungen auf den Sportbetrieb zu bejahen sein.<sup>739</sup>

306

---

<sup>737</sup> BROGLE, S. 145.

<sup>738</sup> WEISS RAPHAEL, Der Wintersport konkurriert mit der Fußball-WM, auf Sportschau.de am 11. November 2022, <<https://www.sportschau.de/wintersport/wintersport-wie-reagiert-wintersport-auf-fussball-wm-kalender-100.html>>, besucht am 17. September 2023.

<sup>739</sup> BROGLE, S. 144.

- 307 Schliesslich darf die Partei, welche die Anpassung begehrt, den Vermittlungsvertrag nicht vorbehaltlos erfüllt haben, obwohl sie bereits Kenntnis von den veränderten Umständen gehabt hatte. Auch darf sie die Veränderung der Verhältnisse nicht selbst verursacht haben und sich nicht im Verzug befinden, wenn die Verhältnisänderung eintritt ([Rz. 301](#)).

## **b Anpassung des Vermittlungsvertrages durch das Gericht**

- 308 Kommt das Gericht zum Ergebnis, dass die ebengenannten Voraussetzungen für die gerichtliche Vertragsanpassung ([Rz. 304 ff.](#)) erfüllt sind, ist der Vermittlungsvertrag an die veränderten vermarktungsrelevanten Umstände anzupassen. Über die Art und Weise der Anpassung hat das Gericht unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens und des Gebotes von Treu und Glauben zu befinden. Es hat zu fragen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien in der Lage des jeweiligen Rechteinhabers und der jeweiligen Vermarktungsagentur vereinbart hätten, hätten sie die konkret eingetretene Veränderung bedacht ([Rz. 303](#)). Denkbar ist etwa eine inhaltliche Modifikation des Vermittlungsvertrages, namentlich eine Anpassung der Vergütung der Vermarktungsagentur, um diese den neuen Rahmenbedingungen der Vermarktung anzugleichen. Allenfalls ist stattdessen eine Abwandlung der Dauer des Vermittlungsvertrages (sei es eine Verlängerung oder eine Verkürzung) geboten, sollte dieser auf Dauer eingegangen sein. *Ultima ratio* kann das Gericht sogar auf Auflösung des Vermittlungsvertrages entscheiden ([Rz. 302 f.](#)).

## **c Vergleich mit den vertraglichen Anpassungsregeln**

- 309 Neben der Vereinbarung vertraglicher Anpassungsregeln ([Rz. 288 ff.](#)) stellt die gerichtliche Vertragsanpassung ([Rz. 304 ff.](#)) ebenso ein Instrument dar, das es erlaubt, auf Ebene des Vermittlungsvertrages Änderungen in den vermarktungsrelevanten Umständen nachzuvollziehen.<sup>740</sup> Zu beachten ist indes, dass die beiden Institute keineswegs deckungsgleich sind. So können die Parteien den Anpassungstatbestand im Vertrag frei umschreiben ([Rz. 290](#)). Für die Anpassung zufolge vertraglicher Anpassungsregeln ist deshalb – anders als bei der Anpassung durch das Gericht ([Rz. 304 f.](#)) – keine gravierende Störung des Vertragsverhältnisses vorausgesetzt. Vereinbarungsgemäss kann hierfür eine Veränderung der Verhältnisse an sich ausreichen. Ob sich diese störend auf das Vertragsverhältnis auswirkt, etwa indem die Leistungserbringung einer

---

<sup>740</sup> Mangels Relevanz im vorliegenden Kontext von Mäkler- und Agenturvertrag nicht thematisiert werden die gesetzlichen Anpassungsregeln ([Rz. 295](#)).

Partei erschwert oder erleichtert wird, ist für die Anpassung des Vermittlungsvertrages sodann unerheblich. Das kann die Anpassung des Vertrages erheblich erleichtern. Die Regelung der Folgen einer bestimmten Änderung der vermarktungsrelevanten Umstände im Vermittlungsvertrag bedeutet jedoch zugleich, dass Rechteinhaber und Vermarktungsagentur mit der entsprechenden Änderung gerechnet, diese also vorhergesehen haben. Eine gerichtliche Vertragsanpassung aus demselben Grund ist folglich ausgeschlossen ([Rz. 299](#)).

Vertragliche Anpassungsregeln sind der gerichtlichen Vertragsanpassung allerdings nicht immer vorzuziehen. Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass Anpassungsregeln von den Parteien lediglich insoweit wirksam vereinbart werden können, als die gesetzliche Ordnung dispositiv ist ([Rz. 289](#)). Im Mäkler- und Agenturvertragsrecht ist namentlich die Vertragsbeendigung (teilweise) zwingend durch das Gesetz geregelt (dazu [Rz. 521 ff.](#)). Entsprechend können die Parteien die Vertragsbeendigung als vertragliche Anpassungsfolge im Vermittlungsvertrag nicht in jedem Fall wirksam vorsehen. Hierin liegt ein Vorteil der gerichtlichen Vertragsanpassung. Das Gericht kann als *ultima ratio* auf Beendigung des Vermittlungsvertrages schliessen ([Rz. 308](#)).

310

## VII Ausbleiben einer Änderung der Rahmenbedingungen der Vermarktung

### 1 Problemstellung

Im Kontext der Umstände, die das Vermarktungspotential von Sportrechten determinieren, ist auf eine besondere Konstellation hinzuweisen. Dazu ist vorab auf die Rahmenbedingungen der Vermarktung ([Rz. 274 ff.](#)) zurückzukommen. Zu diesen gehört die Involvierung des Rechteinhabers in den Sportbetrieb ([Rz. 275 ff.](#)). Nun ist durchaus üblich, dass sich Sportler oder Teams für Sportereignisse auf sportlichem Wege qualifizieren müssen. Die Berechtigung zur Teilnahme am betreffenden Wettbewerb hängt davon ab, dass gewisse sportliche Kriterien erfüllt werden.<sup>741</sup> So war für die Teilnahme an der UEFA Champions League im Clubfussball der Männer in Europa in der Saison 2021/2022 das Abschneiden in der jeweiligen nationalen Meisterschaft in der vor-

311

<sup>741</sup> Siehe allgemein zum Begriff der Qualifikation als Berechtigung zur Teilnahme an einem sportlichen Wettbewerb SCHERRER/MURESAN/LUDWIG, S. 294; siehe für die Qualifikation zur UEFA Champions League Art. 3 Reglement der UEFA Champions League.

hergehenden Spielzeit (also der Saison 2020/2021) massgebend.<sup>742</sup> Dabei kann die Teilnahme an solchen Sportereignissen das Vermarktungspotential der Sportrechte eines Rechteinhabers ganz erheblich beeinflussen.<sup>743</sup> Die Qualifikation für Sportereignisse ist demnach vermarktungsrelevanter Umstand.<sup>744</sup>

- 312 Solange der jeweilige Sportler oder das jeweilige Team für einen Wettbewerb aber nicht qualifiziert ist, also die sportlichen Zulassungskriterien nicht erfüllt, ist er oder es nicht zur Teilnahme am Wettbewerb berechtigt. Wird ein Vermittlungsvertrag vor erfolgreicher Qualifikation des Rechteinhabers für ein Sportereignis geschlossen, bewirkt eine definitive Nichtqualifikation deshalb keine Änderung von Rahmenbedingungen der Vermarktung. Der Sportler oder das Team war nie zur Teilnahme am betreffenden Wettbewerb berechtigt und wird es nicht mehr werden. Seit Vertragsschluss sind Umstände weder hinzugetreten noch weggefallen ([Rz. 304](#)).

## 2 Behandlung des Ausbleibens einer Änderung der Verhältnisse

### a Im Allgemeinen

- 313 Zu klären ist nun, wie zu verfahren ist, wenn sich die rechtlichen und faktischen Rahmenbedingungen, unter denen der Vertrag geschlossen worden ist, nachträglich gerade nicht ändern und just diese «Nichtänderung» Konsequenzen für das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung unter dem

---

<sup>742</sup> Siehe die Eintrittsliste für die UEFA Champions League in der Saison 2022/2023 Reglement der UEFA Champions League, Anhang A. Eine Ausnahme gilt für die Titelhalter der vorangehenden Saison. Dieser ist unabhängig vom Abschneiden in der nationalen Meisterschaft ebenso für die UEFA Champions League qualifiziert (Art. 3.03 Reglement der UEFA Champions League; für die Qualifikation deutscher Fussballclubs für die UEFA Champions League HEERMANN, S. 193 f.).

<sup>743</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635. Im europäischen Clubfussball ist namentlich die Teilnahme an der UEFA Champions League von erheblichem finanziellen Gewicht (HEERMANN, S. 199). So sollte Manchester City durch die drohende Nichtteilnahme an der UEFA Champions League während zweier Jahre Umsätze von insgesamt GBP 200'000'000 entgehen (CONN, Manchester City's Champions League ban: the key questions answered, auf [theguardian.com](https://www.theguardian.com/football/2020/feb/15/manchester-city-uefa-financial-fair-play-sheikh-man-sour) am 15. Februar 2020, <<https://www.theguardian.com/football/2020/feb/15/manchester-city-uefa-financial-fair-play-sheikh-man-sour>>, besucht am 5. Januar 2023).

<sup>744</sup> Im Ergebnis ebenso SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638 f. und S. 635.



betreffenden Vertrag zeitigt.<sup>745</sup> Grundsätzlich gilt hier – erst recht – nichts anderes als anlässlich einer Wandlung dieser Umstände: *pactum est servandum*. Der Vertrag besteht unverändert fort (Rz. 283). Darüber hinaus sollen Auftreten und Ausbleiben von Verhältnisänderungen im Nachgang zum Vertragschluss nach denselben Regeln beurteilt werden.<sup>746</sup>

## **b Keine Änderung der Rahmenbedingungen der Vermarktung**

### *i Vermittlungsvertragliche Anpassungsregeln*

Um die Eventualität des Ausbleibens einer Veränderung der Verhältnisse nach Abschluss des Vermittlungsvertrages zu regeln, können Rechteinhaber und Vermarktungsagentur vertragliche Anpassungsregeln vorsehen. Dabei gilt das zu den vertraglichen Anpassungsregeln in Bezug auf die nachträgliche Veränderung vermarktungsrelevanter Umstände Erläuterte (Rz. 288 ff.) sinngemäss. Geregelt werden im Vermittlungsvertrag im vorliegend besprochenen Kontext demnach die Rechtsfolgen des Nichteintritts von Umständen nach Abschluss des Vermittlungsvertrages, deren Eintritt für die erfolgreiche Vermarktung im beabsichtigten Umfang relevant gewesen wäre. Das kann etwa den einleitend (Rz. 311 f.) erwähnten Fall der Nichtqualifikation des Rechteinhabers für ein Sportereignis betreffen. Es verbietet sich allerdings, eine konkludent vereinbarte (auflösende) Bedingung nur deshalb anzunehmen, weil sich die Rahmenbedingungen der Vermarktung in unvorhergesehener Weise nicht geändert haben. Dafür ist jeweils der Nachweis einer entsprechenden Willensübereinstimmung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur erforderlich (Rz. 294).

314

Rechteinhaber und Vermarktungsagentur sollten bei Abschluss des Vermittlungsvertrages deshalb nicht nur die Möglichkeit der Änderung der faktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen der beabsichtigten Vermarktung bedenken (Rz. 288 ff.), sondern ebenso das Ausbleiben künftiger Verhältnisänderungen (Rz. 311 f.) antizipieren. Denn in beiden Varianten vermögen sich Konsequenzen für das Vermarktungspotential der Sportrechte ergeben, die allenfalls eine Vertragsanpassung erforderlich machen.

315

<sup>745</sup> Siehe dazu ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 797 f. zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1302 f.; vgl. KRAMER, clausula, Fn. 7.

<sup>746</sup> ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 798 zu Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1303.

## ii Gerichtliche Anpassung des Vermittlungsvertrages

- 316 Bleibt nach Abschluss des Vermittlungsvertrages eine von seinen Parten antizipierte Änderung der vermarktungsrelevanten Umstände aus, und ist diese Eventualität im Vermittlungsvertrag nicht adressiert, bliebe nur zu prüfen, ob sich der Vermittlungsvertrag gerichtlich anpassen lässt ([Rz. 304 ff.](#)).<sup>747</sup>
- 317 War bei Vertragsschluss für die Partei, die später eine Anpassung des Vermittlungsvertrages anstrebt, vorhersehbar, dass sich vermarktungsrelevante Umstände inskünftig nicht ändern werden, scheidet eine Vertragsanpassung durch das Gericht aus ([Rz. 298 f.](#)). Nun ist namentlich für die Qualifikation von Sportlern und Teams für Sportereignisse die Ergebnisoffenheit sportlicher Wettkämpfe zu beachten.<sup>748</sup> Es kommt immer wieder vor, dass durchaus prominente und bisher erfolgreiche Vertreter ihrer Sportart eine solche Qualifikation verpassen.<sup>749</sup> Vor diesem Hintergrund wird die Nichtqualifikation nach Abschluss des Vermittlungsvertrages (und mithin das Ausbleiben der Änderung der Verhältnisse) praktisch immer als vorhersehbar zu qualifizieren sein. Eine Vertragsanpassung durch das Gericht aufgrund einer solchen Nichtqualifikation wird damit typischerweise kaum je in Frage kommen. Deshalb ist eine Regelung der Folgen der Nichtqualifikation eines Sportlers oder Teams im Vermittlungsvertrag in allen Fällen, in denen eine derartige Nichtqualifikation für die mit dem Vermittlungsvertrag geordnete Vermarktung Konsequenzen haben kann, dringend geboten.

---

<sup>747</sup> Gesetzliche Anpassungsregeln sind nicht ersichtlich ([Rz. 295](#)).

<sup>748</sup> Zur Ergebnisoffenheit sportlicher Wettkämpfe HÜGI, *Quo Vadis Sportvermarktung*, S. 131.

<sup>749</sup> So hat beispielsweise Manchester United, bisher dreimaliger Sieger der UEFA Champions League (<<https://de.uefa.com/uefachampionsleague/history/winners/>>, besucht am 5. Januar 2023), zwanzigfacher englischer Meister (<<https://www.manutd.com/en/History/Trophy-Room>>, besucht am 5. Januar 2023) und einer der umsatzstärksten und populärsten europäischen Fußballclubs (Umsatz von 666 Millionen EUR und weit über 100 Millionen *Follower* auf *Social Media* im Jahr 2018) die Qualifikation für die Gruppenphase der UEFA Champions League der Saison 2022/2023 verpasst (<<https://independent.ng/man-utd-fail-to-qualify-for-2022-23-champions-league/>>, besucht am 5. Januar 2023). Die niederländische Fußballnationalmannschaft der Männer, im Jahr 2010 Zweiter und im Jahr 2014 Dritter der Fußball-Weltmeisterschaft, scheiterte in der Qualifikation für die Europameisterschaften 2016 und für die Weltmeisterschaften 2018 (<<https://www.spiegel.de/sport/fussball/wm-qualifikation-niederlande-verpassen-teilnahme-in-russland-a-1172322.html>>, besucht am 5. Januar 2023).

## VIII Alternative Berufung auf den Grundlagenirrtum

### 1 Ausgangslage

Bisher (Rz. 282 ff.) war die Rede von der Anpassung des Vermittlungsvertrages, weil sich die vermarktungsrelevanten Umstände, unter denen der Vertrag geschlossen worden ist, nachträglich ändern (oder gerade nicht ändern). Vorderhand offen ist, ob die Partei, zu deren Nachteil diese Entwicklung der rechtlichen und faktischen Rahmenbedingungen der Vermarktung nach Abschluss des Vermittlungsvertrages ausfällt, statt nach den Regeln der Vertragsanpassung vorzugehen, einen Irrtum geltend machen kann. Es geht dabei um die Thematik der sogenannten Willensmängel und deren Verhältnis zur Vertragsanpassung.<sup>750</sup> 318

### 2 Der Grundlagenirrtum im Allgemeinen

#### a Grundsatz

Gemäss Art. 23 OR ist ein Vertrag «für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat». Ein im vorgenannten Sinne wesentlicher Irrtum ist nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR insbesondere dann anzunehmen, wenn er sich auf einen bestimmten Sachverhalt bezieht, welcher seinerseits vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage betrachtet werden durfte. Hierbei handelt es sich um den sogenannten Grundlagenirrtum.<sup>751</sup> 319

Für das Vorliegen eines solchen Grundlagenirrtums ist im Einzelnen erforderlich, dass der irrigerweise vorgestellte Sachverhalt für den Irrenden selbst *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss war (sogenannte subjektive Wesentlichkeit).<sup>752</sup> Hätte der Irrende die wahre Sachlage gekannt, so hätte er den Vertrag überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mit dem konkreten Inhalt ge- 320

<sup>750</sup> Siehe zum Irrtum als Willensmangel GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 760, m.w.H.; HUGUENIN, Rz. 465; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 36.02.

<sup>751</sup> SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 37.23; HUGUENIN, Rz. 507; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 775 f.; BK-SCHMIDLIN, N 90 zu Art. 23, 24; ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 327; BSK OR I-FOUNTOLAKIS, N 16 zu Art. 24; BGE 109 II 205 E. 4 S. 108; BGE 127 V 301 E. 3c S. 307.

<sup>752</sup> CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N 40 zu Art. 23/24; ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 328; GUHL/KOLLER, § 16 Rz. 10; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 37.25; so bereits BGE 43 II 775 E. 2 S. 779; ebenso Urteil des BGer 4A\_461/2016 vom 10. Februar 2017 E. 4.2, m.w.H.

geschlossen.<sup>753</sup> Weiter muss dieser Sachverhalt auch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (das ist die objektive Wesentlichkeit).<sup>754</sup> Das heisst, ein durchschnittlicher (redlicher) Dritter hätte den fraglichen Vertrag in Kenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten ebenfalls überhaupt nicht oder zumindest nicht mit seinem jeweiligen Inhalt geschlossen.<sup>755</sup> Nach dem Bundesgericht und einem Teil der Lehre ist zuletzt überdies verlangt, dass die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhaltes für den Vertragspartner des Irrenden zumindest erkennbar gewesen ist.<sup>756</sup>

- 321 Die Rechtsfolge der erfolgreichen Geltendmachung eines Grundlagenirrtums ist gemäss Art. 23 OR die Unwirksamkeit des Vertrages mit Wirkung *ex tunc*.<sup>757</sup> Bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen sind die Wirkungen der Anfechtung wegen Grundlagenirrtums jedoch regelmässig auf die Zukunft beschränkt.<sup>758</sup> Beschlägt der Irrtum nur einen Teil des Vertrages, so soll in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR ausserdem eine Teilunwirksamkeit

---

<sup>753</sup> HUGUENIN, Rz. 511; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 37.25; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 779; BGE 43 II 775 E. 2 S. 779.

<sup>754</sup> SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 37.26; ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 330; GUHL/KOLLER, § 16 Rz. 10; so bereits BGE 43 II 775 E. 2 S. 779 f.; in dessen Folge etwa BGE 53 II 143 E. 2 S. 153; BGE 56 II 424 E. 2 S. 426 f.; BGE 127 V 301 E. 3c S. 308; Urteil des BGer 4A\_461/2016 vom 10. Februar 2017 E. 4.2; vgl. BK-SCHMIDLIN, N 94 und N 104 ff. zu Art. 23, 24; CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N 44 zu Art. 23/24.

<sup>755</sup> SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 37.26; BK-SCHMIDLIN, N 105 zu Art. 23, 24; GUHL/KOLLER, § 16 Rz. 10, m.w.H.; BGE 127 V 301 E. 3c S. 307.

<sup>756</sup> BGE 127 V 301 E. 3c S. 307; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 37.27; BK-SCHMIDLIN, N 94 und N 180 ff. zu Art. 23, 24; ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 332; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 23 zu Art. 24; nach GUHL/KOLLER, § 16 Rz. 11 soll das Merkmal der Erkennbarkeit in der objektiven Wesentlichkeit aufgehen; anderer Meinung etwa HUGUENIN, Rz. 511 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 781 und Rz. 786.

<sup>757</sup> CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N 21 zu Art. 31; HUGUENIN, Rz. 562; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 39.23; Urteil des BGer 4C.326/2002 vom 7 Februar 2003 E. 3.1. Das Bundesgericht vertritt dabei die sogenannte Ungültigkeitstheorie, geht also davon aus, dass der mit einem Willensmangel behaftete Vertrag von Anfang an ungültig ist (BGE 114 II 131 E. 3b S. 142 ff.). Die Mehrheit des Schrifttums folgt dagegen der sogenannten Anfechtungstheorie, wonach der Vertrag zwar grundsätzlich wirksam ist, mit erfolgreicher Geltendmachung des Willensmangels aber rückwirkend dahinfällt (so etwa GUHL/KOLLER, § 16 Rz. 21; BK-SCHMIDLIN, N 379 zu Art. 23, 24; HUGUENIN, Rz. 566 ff. und Rz. 576; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 39.07; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 10 zu Art. 23; anderer Meinung GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 890). Im Ergebnis stimmen die beiden Theorien darin überein, dass ein Vertrag mit der erfolgreichen Anfechtung wegen eines Willensmangels von Anfang an unwirksam ist (SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 39.23; vgl. BGE 114 II 131 E. 3b S. 143 f.).

<sup>758</sup> SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 39.25; BGE 129 III 320 E 7.1.3 S. 329, mit Gegen Ausnahme in E. 7.1.4 S. 329 f.; BGE 137 III 243 E. 4.4.4 S. 250.

Konsequenz der erfolgreichen Berufung auf den Willensmangel sein können, sofern nach dem hypothetischen Parteiwillen anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den unwirksamen Teil geschlossen worden wäre.<sup>759</sup> Diesfalls ist es nach der Lehre ferner möglich, den mangelbehafteten und deshalb unwirksamen Teil des Vertrages durch eine nach dem hypothetischen Parteiwillen gebildete Regelung zu ersetzen.<sup>760</sup>

## **b Zum Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt insbesondere**

### *i Ausgangslage*

Betreffend den Sachverhalt, auf den sich der Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bezieht, ist zu differenzieren: Dieser kann jedenfalls gegenwärtig oder bereits vergangen sein.<sup>761</sup> Nach der (allerdings nicht unumstrittenen) bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Grundlagenirrtum darüber hinaus aber auch bezüglich künftiger Sachverhalte denkbar.<sup>762</sup> Hierfür wird verlangt, dass eine Partei fälschlicherweise angenommen hat, dass ein künftiges Ereignis sicher sei und die Gegenpartei davon ebenso überzeugt war oder zumindest nach Treu und Glauben hätte erkennen müssen, dass das Feststehen des künftigen Ereignisses für die andere Partei eine Vertragsvoraussetzung darstellt.<sup>763</sup> Umgekehrt reichen blosser Hoffnungen, übertriebene

322

<sup>759</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 39.08; HUGUENIN, Rz. 586 f.; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 11 zu Art. 23; BGE 96 II 101 E. 3a S. 106 f.; je m.w.H.; vgl. BK-SCHMIDLIN, N 409 ff. zu Art. 18; BGE 130 III 49 E. 3.2 S. 56 f., m.w.H. Dies allerdings nur, sofern der Vertrag sowohl subjektiv als auch objektiv teilbar ist (BGE 130 III 49 E. 3.2 S. 56 f.; siehe dazu HUGUENIN, Rz. 587; BK-SCHMIDLIN, N 417 zu Art. 23, 24).

<sup>760</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 852; im Ergebnis BK-SCHMIDLIN, N 27 zu Art. 25 OR.

<sup>761</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 37.30; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 18 zu Art. 24; GUHL/KOLLER, § 16 Rz. 16.

<sup>762</sup> BGE 109 II 205 E. 4b/aa S. 109 ff., m.w.H.; in dessen Folge auch BGE 117 II 218 E. 4 S. 224; BGE 118 II 297 E. 2b S. 300 f.; Urteil des BGer 4C.34/2000 vom 24. April 2001 E. 3c/aa ff.; zustimmend etwa ENGEL PIERRE, Traité, S. 328 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 37.33; KRAMER, clausula, S. 279; WIEGAND, S. 452 f.; BK-KRAMER [1986], N 309 zu Art. 18; BK-SCHMIDLIN, N 313 zu Art. 23, 24; CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N 37 zu Art. 23/24; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 18 zu Art. 24; anderer Meinung beispielsweise HUGUENIN, Rz. 324; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 801; ZK-JÄGGI PETER/GAUCH/HARTMANN, N 702 zu Art. 18.

<sup>763</sup> BGE 117 II 218 E. 4 S. 224; grundlegend BGE 109 II 205 E. 4b/aa S. 110 f.; und in der Folge auch BGE 118 II 297 E. 2b S. 300; Urteil des BGer 4C.34\_2000 vom 24. April 2001 E. 3c/aa f.; ebenso BK-SCHMIDLIN, N 314 zu Art. 18.

Erwartungen oder Spekulationen für einen Grundlagenirrtum über künftige Sachverhalte selbst dann nicht aus, wenn die Möglichkeit eines solchen Irrtums nicht *a priori* ausgeschlossen wird.<sup>764</sup>

ii *Verhältnis der Anwendbarkeit von Grundlagenirrtum und Vertragsanpassung*

(1) Grundsatz

323 Sofern ein Grundlagenirrtum bezüglich künftiger Sachverhalte in Frage kommt (Rz. 322), gilt es, ein Weiteres zu berücksichtigen. Diesfalls handelt es sich beim «sachlichen Bezugspunkt»<sup>765</sup> des Irrtums nämlich um Ereignisse bzw. Entwicklungen nach Vertragsschluss (Rz. 322). Daran knüpft zugleich die Vertragsanpassung durch ein Gericht an (Rz. 296 ff.). Folgerichtig kann die Partei, die sich durch Entwicklung der Verhältnisse nach Vertragsschluss nachteilig betroffen sieht, statt die gerichtliche Anpassung des Vertrages zu begehren, allenfalls nach den Regeln über den Grundlagenirrtum vorgehen (dazu Rz. 324 f.).<sup>766</sup> Zu prüfen bleibt, ob das im Sinne einer vollkommenen Substituierbarkeit von gerichtlicher Vertragsanpassung und Grundlagenirrtum zu verstehen ist.

(2) Unterschiedliche ratio von Grundlagenirrtum und Vertragsanpassung durch das Gericht

324 Der Grundlagenirrtum (über künftige Sachverhalte) und die gerichtliche Vertragsanpassung betreffen ganz grundsätzlich unterschiedliche Problemkreise in Zusammenhang mit der Bindung an einen Vertrag.<sup>767</sup> Der Grundlagenirrtum lässt den Vertrag bei erfolgreicher Geltendmachung deshalb unwirksam werden (Rz. 321), weil eine Partei bei Vertragsschluss einer für ihre Willensbildung relevanten Fehlvorstellung unterlag. Er steht, als Willensmangel, im Ergebnis der gültigen vertraglichen Bindung entgegen.

---

<sup>764</sup> BGE 109 II 105 E. 4b/aa S. 111; BGE 118 II 297 E. 2b S. 300; siehe dazu auch BK-SCHMIDLIN, N 96 und N 246 zu Art. 23, 24.

<sup>765</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 37.29; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 17 zu Art. 24.

<sup>766</sup> BK-SCHMIDLIN, N 318 zu Art. 23, 24: für den Fall der nachträglichen Veränderung der Verhältnisse WIEGAND, S. 452 f.; anderer Meinung KRAMER, *clausula*, S. 279 ff.; sowie BK-KRAMER [1986], N 309 zu Art. 18.

<sup>767</sup> Siehe aber WIEGAND, S. 452, demzufolge in den Fällen, in denen das Bundesgericht im Kontext von nach Vertragsschluss veränderter Verhältnisse einen Grundlagenirrtum angenommen hat, immer auch die Voraussetzungen der gerichtlichen Vertragsanpassung gegeben gewesen wären.

Demgegenüber geht es bei der gerichtlichen Vertragsanpassung darum, eine Störung im Vertragsverhältnis zu beheben, die durch eine objektiv nicht vorhersehbare, nach Eingehen des Vertrages eingetretene Verhältnisänderung verursacht worden ist (Rz. 296 ff.). Nie aber wird dadurch die anfängliche Wirksamkeit des Vertrages in Frage gestellt.<sup>768</sup> Es rechtfertigt sich deshalb richtigerweise nicht, mit der Begründung, dass der Grundlagenirrtum eine gesetzliche Regelung der Frage sei, deren Beantwortung auch die Vertragsanpassung zum Gegenstand hat, von einem generellen Vorrang des Grundlagenirrtums auszugehen.<sup>769</sup>

### (3) Objektive oder subjektive Bezugnahme auf die künftige Entwicklung

Unterschiede zwischen Grundlagenirrtum und gerichtlicher Vertragsanpassung zeigen sich auch in den Voraussetzungen. Die gerichtliche Vertragsanpassung knüpft daran an, dass die nachmalige Veränderung der Rahmenbedingungen des Vertrages für die Partei, die die Anpassung begehrt, bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar war. Dabei ist auf die objektive Vorhersehbarkeit abzustellen (Rz. 298 f.). Demgegenüber wird für den Grundlagenirrtum über einen künftigen Sachverhalt verlangt, dass mindestens der Irrende ein bestimmtes Ereignis als sicher angenommen hat (Rz. 322). Entscheidend ist mit anderen Worten, dass sich die Partei, die den Irrtum geltend macht, «sicher gewesen sein [muss], dass sich die Dinge so entwickeln würden, wie sie bei Vertragsschluss angenommen hat».<sup>770</sup>

Für den Grundlagenirrtum ist demnach massgebend, dass die künftige Entwicklung (zumindest) vom Irrenden fälschlicherweise als sicher erachtet wird. Es geht also um eine subjektive Annahme, die ihrerseits nicht davon abhängt, ob die tatsächliche Entwicklung gleichzeitig als objektiv vorhersehbar zu beurteilen ist oder nicht.<sup>771</sup> Selbst derjenige, der sein Irren eigener Fahrlässigkeit

<sup>768</sup> Vgl. BK-SCHMIDLIN, N 312 ff. zu Art. 23, 24; WIEGAND, S. 452 f.

<sup>769</sup> So aber KRAMER, clausula, S. 280; BK-KRAMER [1986], N 309 zu Art. 18; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 631 zu Art. 18; wie hier BK-SCHMIDLIN, N 318 zu Art. 23, 24; WIEGAND, S. 452 f.

<sup>770</sup> BK-KRAMER [1986], N 306 zu Art. 18.

<sup>771</sup> BK-KRAMER [1986], N 306 zu Art. 18; KRAMER, clausula, S. 280. Dieser Irrende hat seinem Vertragspartner gemäss Art. 26 Abs 1 OR zwar den aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenden Schaden und nach Abs. 2 dieser Bestimmung allenfalls den weiteren Schaden zu ersetzen. Die Berufung auf den Irrtum ist ihm aber *e contrario* nicht verwehrt (BGE 34 II 523 E. 5 S. 530; in dessen Folge BK-BECKER, N 10 zu Art. 23; ebenso BK-SCHMIDLIN, N 268 zu Art. 23, 24 und N 2 zu Art. 26; Urteil des BGer 4A\_461/2016 vom 10. Februar 2017 E. 4.2, m.w.H.; vgl. HUGUENIN, Rz. 476; KRAMER, clausula, S. 280; ENGEL PIERRE, Traité, S. 345).

zuzuschreiben hat, kann sich nämlich auf diesen Irrtum berufen.<sup>772</sup> Für die Geltendmachung des Grundlagenirrtums ist dementsprechend unerheblich, ob der Irrtum mit der nötigen Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können.<sup>773</sup> Folgerichtig ist das Vorliegen eines Grundlagenirrtums selbst dann möglich, wenn der weitere Verlauf der Dinge objektiv vorhersehbar gewesen wäre, der Irrende aber mit Sicherheit von einer anderen Entwicklung ausging.<sup>774</sup> Die gerichtliche Anpassung des Vertrages scheidet diesfalls indes aus. Für sie ist das subjektive Element wie gesagt unerheblich.

#### (4) Genehmigung als Voraussetzung gerichtlicher Anpassung eines mangelbehafteten Vertrages

328 Im Kontext des Verhältnisses von Grundlagenirrtum und gerichtlicher Vertragsanpassung anzumerken bleibt, dass in einem konkreten Fall die Voraussetzungen beider Institute zugleich erfüllt sein können. Sofern nämlich eine Partei mit Sicherheit eine bestimmte Entwicklung nach Vertragsschluss erwartet hat (und für die Gegenpartei mindestens erkennbar war, dass diese Annahme für die andere Vertragsvoraussetzung darstellt), ist ein Grundlagenirrtum denkbar ([Rz. 320](#) und [Rz. 322](#)). Daneben kommt eine Vertragsanpassung in Frage, wenn zugleich die tatsächliche weitere Entwicklung der Sachlage nach Vertragsschluss objektiv nicht vorhersehbar war ([Rz. 298 ff.](#)).

329 Richtigerweise setzt nun aber die Vertragsanpassung die Genehmigung des jeweiligen Vertrages voraus, sollte selbiger auch an einem Willensmangel leiden.<sup>775</sup> Denn das Vorliegen eines Willensmangels macht den Vertrag grundsätzlich unwirksam ([Rz. 321](#)). Konsequenterweise bleibt an sich nichts an neue Verhältnisse anzupassen. Erst die Genehmigung führt zur Konvaleszenz des mit einem Willensmangel behafteten Vertrages.<sup>776</sup> Eine solche Genehmigung liegt ihrerseits vor, wenn der Irrende zum Ausdruck bringt, dass der Vertrag

---

<sup>772</sup> Urteil des BGer 4A\_461/2016 vom 10. Februar 2017 E. 4.2, m.w.H.

<sup>773</sup> BK-SCHMIDLIN, N 7 zu Art. 26; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 7 zu Art. 23, m.w.H.

<sup>774</sup> BK-KRAMER [1986], N 308 f. zu Art. 18; KRAMER, *clausula*, S. 280; im Ergebnis BK-SCHMIDLIN, N 268 zu Art. 23, 24.

<sup>775</sup> BK-SCHMIDLIN, N 318 zu Art. 23, 24; WIEGAND, S. 452.

<sup>776</sup> BK-BECKER, N 12 zu Art. 31; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 39.20; vgl. Urteil des BGer 4C.326/2002 vom 7. Februar 2002 E. 3.1.



trotz des Willensmangels bestehen bleiben soll.<sup>777</sup> Voraussetzung für deren Wirksamkeit ist, dass der Irrende sichere Kenntnis vom Willensmangel hat.<sup>778</sup> Die Genehmigung kann sodann ausdrücklich wie konkludent erfolgen.<sup>779</sup>

Wer also beabsichtigt, einen Vertrag bei unvorhergesehenen Entwicklungen nach Vertragsschluss gerichtlicher Anpassung zuzuführen, muss diesen zuerst genehmigen, wenn er zugleich über ebenjene Entwicklung geirrt hat, und jener Irrtum subjektiv und objektiv wesentlich für das Eingehen des Vertrages war. Und wer in Kenntnis seines Irrtums über den Gang der Dinge nach Vertragsschluss die Anpassung ebenjenes Vertrages verlangt, genehmigt selbigen zugleich (konkludent). Denn in der Sache begehrt er, den Vertrag den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen. Damit verleiht er zugleich seiner Intention Ausdruck, den Vertrag in seinem Bestand zu erhalten und nicht von Anfang an unwirksam sein zu lassen. Die nachmalige Berufung auf den Grundlagenirrtum ist in der Folge ausgeschlossen ([Rz. 328 f.](#)).

330

#### (5) Bei tatsächlich vorhergesehenem (Nicht)Eintritt einer Verhältnisänderung

Die Berufung auf den Grundlagenirrtum scheidet im Kontext von Entwicklungen nach Abschluss des Vertrages immer dann aus, wenn die Partei, die die Unwirksamkeit des Vertrages vorbringt, nicht mit Sicherheit davon ausging, dass nach Vertragsschluss eine Änderung der Verhältnisse ausbleiben oder eintreten wird ([Rz. 320](#) und [Rz. 322](#)). Wer eine abweichende Entwicklung für möglich gehalten hat, kann sich jedoch ebenso wenig auf die gerichtliche Vertragsanpassung berufen. Es mangelt dieser Entwicklung an der fehlenden Vorhersehbarkeit ([Rz. 298 f.](#)). Hier hätte im Vertrag selbst Vorsorge getroffen werden müssen. Ist dies unterblieben, ist der Vertrag zu erfüllen, wie er abgeschlossen worden ist ([Rz. 296](#)).

331

Im Umkehrschluss ist davon auszugehen, dass überall dort, wo die Parteien vertragliche Anpassungsregeln vereinbart haben ([Rz. 285 ff.](#) bzw. [Rz. 314 f.](#)), sie entsprechende Änderungen der Verhältnisse oder das Ausbleiben von solchen als Eventualität der künftigen Entwicklung bedacht haben. Unter diesen Um-

332

<sup>777</sup> ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 343; BGE 108 II 102 E. 2a S. 105; Urteil des BGer 4C.326/2002 vom 7. Februar 2002 E. 3.1 f.; vgl. BK-SCHMIDLIN, N 117 zu Art. 31.

<sup>778</sup> BK-BECKER, N 10 zu Art. 31; BGE 108 II 102 E. 2a S. 105.

<sup>779</sup> ENGEL PIERRE, *Traité*, S. 343; BK-SCHMIDLIN, N 116 zu Art. 31; CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N 34 zu Art. 31; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 39.21, m.w.H.; vgl. BK-BECKER, N 10 zu Art. 31. Anzumerken ist, dass bereits das Unterlassen, den Willensmangel fristgerecht geltend zu machen, Genehmigung bedeutet (Art. 31 Abs. 1 OR).

ständen ist nach hier vertretener Meinung nicht vorstellbar, dass eine Partei trotzdem mit Sicherheit davon ausging, dass sich die Verhältnisse nach Vertragsschluss nicht verändern werden, wenn nachträglich tatsächlich eine solche Veränderung der Umstände eintritt, für die eine vertragliche Anpassungsregel geschaffen wurde. Selbstverständlich rechtfertigt sich in diesem Sinne ebenso wenig, Sicherheit in der Annahme zu unterstellen, dass eine Verhältnisanänderung eintreten wird, sofern später tatsächlich eine Veränderung der Verhältnisse ausbleibt und hierfür eine Anpassungsregel im Vertrag vorliegt. Findet sich die tatsächlich eingetretene Entwicklung in einem vertraglichen Anpassungstatbestand ausgedrückt, wird die Berufung auf einen Grundlagennirrtum aus demselben Grund folglich typischerweise ausgeschlossen sein.

### **3 Grundlagenirrtum bezüglich der Rahmenbedingungen der Vermarktung**

#### **a Vorliegen eines Grundlagenirrtums**

333 Nach dem Gesagten ([Rz. 318 ff.](#)) gilt, dass Rechteinhaber oder Vermarktungsagentur einem Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR unterliegen können, wenn sich nach Abschluss des Vermittlungsvertrages vermarktungsrelevante Umstände ([Rz. 275 ff.](#)) ändern oder eine solche Änderung gerade nicht eintritt. Erforderlich hierfür ist, dass Rechteinhaber oder Vermarktungsagentur bei Vertragsschluss eine bestimmte künftige Entwicklung als sicher erachtet haben ([Rz. 322](#)). Hingegen reicht nicht aus, dass eine Partei bei Vertragsschluss bloss auf eine entsprechende künftige Entwicklung der vermarktungsrelevanten Umstände gehofft oder spekuliert hat. Zudem ist entweder verlangt, dass die jeweils andere (das heisst die selbst nicht irrende) Partei des Vermittlungsvertrages bei Vertragsschluss ebenso mit Sicherheit von einer entsprechenden künftigen Entwicklung der für die Vermarktung relevanten Umstände ausgegangen ist. Oder diese andere Partei musste zumindest nach Treu und Glauben erkennen, dass die jeweilige künftige Entwicklung für ihre Gegenpartei eine Vertragsvoraussetzung darstellt ([Rz. 322](#)).

334 Die irrigerweise als sicher angenommene künftige Entwicklung der für die Vermarktung relevanten Umstände ([Rz. 333](#)) muss sodann zum einen für die irrende Partei notwendige Grundlage für den Abschluss des Vermittlungsvertrages gewesen sein (subjektive Wesentlichkeit; [Rz. 320](#)). Zum anderen muss dieser Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage für den Abschluss des Vermittlungsvertrages darstellen. Nicht

bloss die betreffende Partei selbst, sondern auch ein durchschnittlicher Dritter hätte in der Position der irrenden Partei in Kenntnis der tatsächlichen künftigen Entwicklung (wenn er mit anderen Worten eine davon abweichende künftige Entwicklung nicht als sicher vorausgesetzt hätte) den betreffenden Vermittlungsvertrag überhaupt nicht oder zumindest nicht mit seinem gegenwärtigen Inhalt geschlossen (objektive Wesentlichkeit; [Rz. 320](#)). Ist die nachmalige Entwicklung der vermarktungsrelevanten Umstände in diesem Sinne sowohl subjektiv wie objektiv wesentlich für das Eingehen des Vermittlungsvertrages, liegt ein Grundlagenirrtum vor.

Diesbezüglich kann unabhängig vom Einzelfall zwar kaum eine gültige Aussage gemacht werden. Wohl muss aber gelten, dass die subjektive und objektive Wesentlichkeit eher zu bejahen sein wird, wenn die Vermarktbarkeit im konkreten Fall massgeblich von der angenommenen künftigen Entwicklung abhängt. Zu nennen ist das Beispiel des Veranstalters eines Sportereignisses, der bestimmte Sportler oder Teams für sein Sportereignis verpflichtet, wenn es sich beim betreffenden Sportler oder Team um den für die Vermarktbarkeit des sportlichen Ereignisses zentralen Teilnehmer handelt.<sup>780</sup> Geht es umgekehrt nur um einen von vielen möglichen sportlichen Wettbewerben oder einen von vielen Teilnehmern, von denen für sich genommen keiner die Vermarktbarkeit der Veranstaltung wesentlich prägt, wird es naheliegend sein, die irrumsrechtliche Wesentlichkeit zu verneinen. Gleiches muss gelten, wenn die «irrende» Partei lediglich gehofft oder darauf spekuliert hat, dass die Teilnahme erfolgt.

335

## **b Rechtsfolgen des Grundlagenirrtums**

Rechtsfolge der erfolgreichen Geltendmachung eines Grundlagenirrtums durch Rechteinhaber oder Vermarktungsagentur ist prinzipiell die Ungültigkeit des Vermittlungsvertrages mit Wirkung *ex tunc*. Handelt es sich beim Vermittlungsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis, wird die Rechtsfolge in der Regel aber eine Unwirksamkeit *ex nunc* sein, sofern dieser Vertrag bereits in Vollzug gesetzt worden ist ([Rz. 321](#)). Das betrifft konkret jene Fälle, in denen der Vermittlungsvertrag Agenturvertrag ist ([Rz. 190 f.](#)). Wurde mit seiner Erfüllung begonnen, wirkt die Unwirksamkeit als Konsequenz des Grundlagenirrtums mithin typischerweise *ex nunc*. Ansonsten, und damit insbesondere bei Qualifikation des Vermittlungsvertrages als Mäklervertrag ([Rz. 191](#)), trifft die Unwirksamkeit den Vermittlungsvertrag von Anfang an.

336

<sup>780</sup> Typisches Beispiel sind Organisatoren von Tennisturnieren, die Topspieler für die Teilnahme verpflichten, um so die Attraktivität des Turnieres für das Publikum zu erhöhen.

- 337 Es bleibt darauf hinzuweisen, dass der Vermittlungsvertrag bei erfolgreicher Berufung auf den Grundlagenirrtum unabhängig von seiner Qualifikation nicht gänzlich hinfällig zu sein braucht. Teilunwirksamkeit kommt an sich genauso in Betracht. Teilunwirksamkeit erlaubt es, den mit einem Willensmangel behafteten Teil des Vermittlungsvertrages entweder ersatzlos wegfallen zu lassen, während der Vermittlungsvertrag ansonsten fortbesteht. Oder der mangelbehaftete Teil des Vermittlungsvertrages wird durch eine Regelung ersetzt, die nach dem hypothetischen Parteiwillen gebildet wird. Damit kann das Vorgehen über den Grundlagenirrtum zur inhaltlichen Modifikation des Vermittlungsvertrages führen. Allerdings ist Teilungültigkeit nur angängig, wenn der Vermittlungsvertrag objektiv und subjektiv teilbar ist, er also nach «Abtrennung» des ungültigen Teils immer noch ein sinnvolles Ganzes darstellt. Ausserdem muss die Teilunwirksamkeit vom hypothetischen Parteiwillen getragen sein (zum Ganzen [Rz. 321](#)).

## **c Verhältnis von Grundlagenirrtum und Anpassung des Vermittlungsvertrages**

### *i Grundsatz*

- 338 Hervorzuheben gilt es zuletzt noch das Verhältnis der Anpassung des Vermittlungsvertrages zum eben dargestellten Grundlagenirrtum. Beide Institute knüpfen an die Entwicklung der Rahmenbedingungen der Vermarktung nach Abschluss des Vermittlungsvertrages an ([Rz. 285](#), [Rz. 304](#) und [Rz. 312](#) bzw. [Rz. 333](#)). Sofern die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, können Rechteinhaber bzw. Vermarktungsagentur wählen, nach welchen Regeln sie vorzugehen gedenken. Weder dem einen noch dem anderen Institut kommt im Hinblick auf die (Nicht)Änderung vermarktungsrelevanter Umstände nach Abschluss des Vermittlungsvertrages Vorrang zu ([Rz. 323](#) und [Rz. 324 f.](#)). Doch sind durchaus gewichtige Unterschiede zu beachten.

### *ii Vorhersehbarkeit der Entwicklung vermarktungsrelevanter Umstände nach Abschluss des Vermittlungsvertrages*

- 339 Für das Vorliegen eines Grundlagenirrtums ist verlangt, dass der Irrende mit Sicherheit von einer gewissen künftigen Entwicklung der vermarktungsrelevanten Umstände ausgegangen ist, die tatsächlichen Verhältnisse sich dann aber abweichend gestalten. Dagegen ist nicht erforderlich, dass die tatsächliche künftige Entwicklung bei Vertragsschluss objektiv unvorhersehbar war. Die Parteien des Vermittlungsvertrages können also selbst dann mit Sicherheit

von einer bestimmten künftigen Entwicklung der Rahmenbedingungen der Vermarktung ausgehen, wenn die davon abweichende tatsächliche Entwicklung objektiv vorhersehbar gewesen wäre (Rz. 327).

Das ist für den Fall der Nichtqualifikation für sportliche Wettkämpfe (Rz. 311) bedeutsam. So wurde bereits gesagt, dass es immer wieder vorkommt, dass vormalig erfolgreiche Sportler oder Teams die sportlichen Kriterien für die Teilnahme an einem Wettkampf nicht erfüllen. Deswegen ist eine solche Nichtqualifikation in der Regel objektiv vorhersehbar (Rz. 317). Nichtsdestotrotz können sich die Parteien des Vermittlungsvertrages subjektiv sicher sein, dass einem Sportler oder Team die Qualifikation gelingen wird.<sup>781</sup> Scheitert er entgegen dieser Erwartung, so ist die Vertragsanpassung durch das Gericht mangels fehlender objektiver Vorhersehbarkeit der Nichtqualifikation ausgeschlossen. Ein Grundlagenirrtum kann demgegenüber weiterhin vorliegen (Rz. 327).

340

### *iii Genehmigung des Vermittlungsvertrages bei Grundlagenirrtum und gerichtlicher Vertragsanpassung*

Im Kontext von gerichtlicher Vertragsanpassung und Willensmangel ist den Wechselwirkungen der beiden Institute Beachtung zu schenken. Zwar ist durchaus denkbar, dass in einem Fall die Voraussetzungen sowohl des Grundlagenirrtums als auch jene der gerichtlichen Vertragsanpassung erfüllt sind (Rz. 328). Doch erfordert die gerichtliche Vertragsanpassung die Genehmigung des mangelbehafteten Vermittlungsvertrages durch den Irrenden (Rz. 329). Denn Anpassung durch das Gericht bedingt, dass der Vertrag grundsätzlich Bestand hat, was bei erfolgreicher Geltendmachung des Willensmangels gerade nicht der Fall ist. Genehmigung ist dabei anzunehmen, wenn die irrende Partei des Vermittlungsvertrages in Kenntnis ihres Irrtums zum Ausdruck bringt, ebendiesen Vertrag trotz ihres Willensmangels gelten lassen zu wollen. Das heilt gleichsam den Willensmangel, an dem der Vermittlungsvertrag leidet. Letzterer ist sodann anpassbar.

341

<sup>781</sup> Zu denken ist an Sportarten mit geringer(er) Leistungsdichte, in denen der Qualifikationsmodus so ausgestaltet ist, dass die Teilnahme an bestimmten Sportereignissen für Top-Teams oder -Sportler nach sportlichen Kriterien sicher ist. Als Beispiel sei Neuseeland als Teilnehmer der Weltmeisterschaften im Rugby Union genannt. Der Qualifikationsmodus für jene Weltmeisterschaften schliesst faktisch aus, dass die Top-Nation Neuseeland scheitert (<[https://resources.world.rugby/worldrugby/document/2022/07/27/4865d9d1-5b5d-4689-90a4-805056165a77/RWC2023-Qualification-Poster\\_English.pdf](https://resources.world.rugby/worldrugby/document/2022/07/27/4865d9d1-5b5d-4689-90a4-805056165a77/RWC2023-Qualification-Poster_English.pdf)>, besucht am 5. Januar 2023). Im Einzelfall kann die Abgrenzung von der blossen Hoffnung auf die Qualifikation jedoch schwierig sein.

- 342 Umgekehrt fließt daraus, dass derjenige, der die Anpassung des Vermittlungsvertrages aufgrund der (Nicht)Veränderung vermarktungsrelevanter Umstände verlangt, während er Kenntnis seines Irrtums in Bezug auf die Entwicklung ebendieser Umstände nach Vertragsschluss hat, den Vermittlungsvertrag zugleich genehmigt. Er manifestiert auf diese Weise, dass der Vertrag im Grundsatz Bestand haben, aber der Anpassung zugeführt werden soll. Das steht der weiteren Unwirksamkeit des Vertrages entgegen. Die nachmalige Berufung auf den Willensmangel scheidet für die jeweilige Partei konsequenterweise aus (Rz. 330). Ebenso steht der Berufung auf Grundlagenirrtum entgegen, dass für die konkret eingetretene Entwicklung der vermarktungsrelevanten Umstände Anpassungsregeln im Vermittlungsvertrag enthalten sind. Denn in dieser Konstellation ist davon auszugehen, dass die Parteien mit der betreffenden Entwicklung gerechnet haben. Sie können diesfalls nicht zugleich vorbringen, mit Sicherheit von einem abweichenden Gang der Dinge ausgegangen zu sein (Rz. 332).

#### **4 Hinweis: Anfängliches (Nicht)Vorliegen von Rahmenbedingungen der Vermarktung**

- 343 Abschliessend sei zum Verhältnis von Vertragsanpassung und Grundlagenirrtum noch Folgendes hinzugefügt: Die Vertragsanpassung ist nach dem Vorstehenden dann einschlägig, wenn sich die Umstände, unter denen ein Vertrag geschlossen worden ist, nachträglich und in unvorhergesehener Weise ändern (oder ausnahmsweise nicht ändern; Rz. 282 ff.). In denjenigen Fällen, in denen sich die Umstände, unter denen der Vertrag geschlossen worden ist, nachträglich (nicht) geändert haben, sondern von Anfang an (nicht) vorlagen, scheidet die Regeln über die Anpassung eines Vertrages an veränderte Verhältnisse mithin aus.<sup>782</sup> Anwendbar können bloss noch die irrtumsrechtlichen Regelungen sein, indem zu prüfen bleibt, ob allenfalls ein Grundlagenirrtum gegeben ist.<sup>783</sup>
- 344 Liegen also Umstände, die Voraussetzung für die erfolgreiche Vermarktung dargestellt hätten, von Anfang an nicht vor, oder liegen umgekehrt bereits von Beginn an solche Umstände vor, deren Nichtvorliegen Voraussetzung für eine

---

<sup>782</sup> WIEGAND, S. 445 und S. 447 ff.; HUGUENIN, Rz. 324; KRAMER, clausula, S. 282; BSK OR I-WIEGAND, N 99 zu Art. 18.

<sup>783</sup> KRAMER, clausula, S. 282; WIEGAND, S. 445 und S. 447 ff.; vgl. HUGUENIN, Rz. 323 f.; BSK OR I-WIEGAND, N 99 zu Art. 18.

---

erfolgreiche Vermarktung gewesen wäre, so kommt die Vertragsanpassung von vornherein nicht in Frage. Die Parteien des Vermittlungsvertrages sind auf den Grundlagenirrtum verwiesen ([Rz. 343](#)).

## IX Zusammenfassung

Das Eingehen eines Vermittlungsvertrages erfolgt immer unter bestimmten Rahmenbedingungen ([Rz. 274](#)). Es handelt sich beispielsweise um die Involvierung des Rechteinhabers in den Sportbetrieb ([Rz. 275 ff.](#)), um die Spielklasse ([Rz. 278](#)), um die Modalitäten sportlicher Wettbewerbe ([Rz. 279](#)), um die mediale Abdeckung des Sportbetriebes ([Rz. 280](#)) oder um Vorschriften Dritter, die die Vermarktung der Sportrechte des Rechteinhabers betreffen ([Rz. 281](#)). Diesen Rahmenbedingungen gemein ist, dass sie das Vermarktungspotential der Sportrechte des Rechteinhabers determinieren. Sie sind dementsprechend vermarktungsrelevant. Ändern sich derlei Rahmenbedingungen, hat das Konsequenzen für die beabsichtigte und mit dem Vermittlungsvertrag geregelte Vermarktung. Nichtsdestotrotz ist der Vermittlungsvertrag grundsätzlich so zu erfüllen, wie er geschlossen wurde ([Rz. 284](#)). Deshalb bietet es sich an, den Fall der Änderung vermarktungsrelevanter Umstände nach Vertragsschluss einer vermittlungsvertraglichen Regelung zuzuführen. Dies geschieht mittels sogenannter vertraglicher Anpassungsregeln ([Rz. 288 ff.](#)). Möglich sind sowohl positive wie negative Anpassungsregeln: Positive Anpassungsregeln sehen eine Anpassung des Vertrages an die geänderten Verhältnisse vor ([Rz. 292](#)). Negativ ist eine Anpassungsregel dann, wenn die Parteien eine unveränderte Weitergeltung des Vermittlungsvertrages trotz Änderung der Rahmenbedingungen vereinbaren ([Rz. 291](#)). Auf diese Weise allozieren die Parteien gleichzeitig das Risiko einer derartigen Änderung. Es ist von jener Partei zu tragen, deren eigene Leistung infolge der Änderung der Rahmenbedingungen erschwert oder deren Gegenleistung entwertet wird; sei es, weil der Vertrag trotz Änderung unverändert weiter gilt, sei es, weil er deswegen zu ihren Lasten modifiziert wird ([Rz. 293](#)).

345

Nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist eine konkludente Vereinbarung solcher Anpassungsregeln durch Rechteinhaber und Vermarktungsagentur ([Rz. 294](#)). Ausserdem sind Anpassungsregeln bloss insofern wirksam, als sie den Rahmen des zur Parteidisposition Stehenden einhalten. Sie dürfen nicht gegen zwingendes Recht verstossen ([Rz. 289](#)).

346

- 347 Fehlt eine vertragliche Anpassungsregel, kommt (da weder für Mäkler- noch Agenturverträge spezifische Anpassungsregeln im Gesetz enthalten sind) bei einer Änderung der Rahmenbedingungen des Vermittlungsvertrages lediglich die gerichtliche Vertragsanpassung in Frage ([Rz. 304 ff.](#)). Sie setzt voraus, dass die Veränderung objektiv nicht vorhersehbar war ([Rz. 306](#)) und sich erheblich auf das Vertragsverhältnis auswirkt ([Rz. 305](#)). Anzumerken ist, dass die Regeln über die Vertragsanpassung auch Anwendung finden, wenn sich die Rahmenbedingungen der Vermarktung nachträglich gerade nicht ändern ([Rz. 311 ff.](#)). Da solche künftigen Entwicklungen aber kaum je objektiv unvorhersehbar sind, scheidet eine gerichtliche Vertragsanpassung diesfalls meistens aus ([Rz. 316 f.](#)). Deshalb ist umso wichtiger, solche Fälle zu antizipieren und vertraglich zu regeln ([314 f.](#))
- 348 Neben der Anpassung des Vertrages erfasst auch das Institut des Grundlagentirrtums nachträgliche (Nicht)Änderungen vermarktungsrelevanter Umstände ([Rz. 318 ff.](#)), sofern die Parteien des Vermittlungsvertrages (oder die eine in für die andere erkennbarer Weise) bei Vertragsschluss mit Sicherheit von einer Entwicklung der Verhältnisse ausgegangen sind, die von der tatsächlich eingetretenen abweicht ([Rz. 322](#)). Ausserdem ist ein Grundlagentirrtum nur zu bejahen, wenn diese Fehlvorstellung über den weiteren Gang der Dinge subjektiv und objektiv wesentlich für den Abschluss des Vermittlungsvertrages war ([Rz. 320](#)).
- 349 Ist die Berufung auf den Grundlagentirrtum erfolgreich, hat dies die vollständige oder teilweise Ungültigkeit des Vermittlungsvertrages zur Folge. Die Teilungültigkeit erlaubt mithin eine inhaltliche Modifikation des Vertrages: Der Vermittlungsvertrag kann ohne jenen Teil, der vom Willensmangel betroffen ist, weiter gelten, sofern dies dem hypothetischen Willen von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur entspricht ([Rz. 321](#)).
- 350 Vorteil des Grundlagentirrtums ist, dass die objektive Vorhersehbarkeit der künftigen Entwicklung vermarktungsrelevanter Umstände bei Vertragsschluss unerheblich ist. Entscheidend ist einzig, dass die Partei des Vermittlungsvertrages, die den Grundlagentirrtum geltend macht, mit Sicherheit von einer von den tatsächlichen Geschehnissen abweichenden Entwicklung der vermarktungsrelevanten Umstände ausging ([Rz. 339 f.](#)). Dem ist aber nicht so, wenn bereits im Vermittlungsvertrag für diese Situation Anpassungsregeln enthalten sind. Das schliesst mithin die Berufung auf den Grundlagentirrtum aus. Gleiches gilt, wenn eine Partei des Vermittlungsvertrages in Kenntnis ihres Irrtums die Anpassung des Vermittlungsvertrages durch das Gericht verlangt. Sie genehmigt den Vermittlungsvertrag damit nämlich ([Rz. 341 f.](#)). Geht es um



das anfängliche (Nicht)Vorliegen von Rahmenbedingungen, kommt nur der Grundlagenirrtum in Frage. Eine Vertragsanpassung scheidet in diesem Fall von vornherein aus ([Rz. 344](#)).

# G Vergütung der Vermarktungsagentur

## I Interessenlage

351 Der nächste Aspekt, auf den im Kontext ausgewählter Inhalte des Vermittlungsvertrages eingegangen werden soll, ist die Vergütung der Vermarktungsagentur ([Rz. 129 ff.](#)). Die Frage der Vergütung der Vermarktungsagentur ist für den Rechteinhaber ebenso wesentlich wie für die Vermarktungsagentur.<sup>784</sup> So verspricht sich der Rechteinhaber aus der Fremdvermarktung seiner Sportrechte höhere Verwertungserlöse, als wenn er die Vermarktung selbst vornehmen würde ([Rz. 69](#)). Dafür vergütet er die Vermarktungsagentur schlussendlich. Und das Geschäftsmodell der Vermarktungsagentur besteht gerade in der Erbringung von Leistungen in der Vermarktung von Sportrechten gegen ebene Vergütung ([Rz. 71](#)). Hierbei ist in Erinnerung zu rufen, dass es im Rahmen der vorliegenden Ausführungen um eine erfolgsabhängige Vergütung geht ([Rz. 141 f.](#)).

## II Entstehung des Vergütungsanspruches gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht

### 1 Im Allgemeinen

#### a Mäklervertragsrecht

352 Für den Mäklervertrag ist die Erfolgsbedingtheit des Vergütungsanspruches des Mäklers typenbildend ([Rz. 157](#)). Nach Art. 413 Abs. 1 OR hat der Mäkler dann Anspruch auf Vergütung, wenn der zu vermittelnde Vertrag infolge der mäklerischen Tätigkeit zustande gekommen ist. Für die Entstehung des Vergütungs-

---

<sup>784</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 44; für die Vergütung der Vermarktungsagentur GUROVITS KOHLI, S. 98; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102 und Rz. 105; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639; GEISSINGER, S. 108; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; KUPFER/NEUSS, S. 294; HONEGGER/EISELE, S. 77; KÖRBER, Rz. 2489; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; NASSE, S. 114; SCHERRER, Sportler-Management, S. 189; JENNY, S. 37; PFISTER, Managervertrag, S. 141 und S. 144; JENNY/SCHERRER, S. 179; und siehe für ein Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20.

anspruches des Mäklers ist vor diesem Hintergrund Mehreres verlangt: Erstens bedarf es des Zustandekommens des anvisierten Vertrages.<sup>785</sup> Dabei handelt es sich um den vom Gesetz vorgesehenen, eigentlichen Erfolg der mäklerischen Vermittlungstätigkeit.<sup>786</sup> Ohne Bedeutung ist, wann ein solches Zielgeschäft eingegangen wird.<sup>787</sup> Das kann ohne weiteres auch noch nach Beendigung des Mäklervertrages geschehen. Vorausgesetzt ist diesfalls lediglich, dass der Makler seine Tätigkeit während des Bestehens des Mäklervertrages entfaltet hat.<sup>788</sup>

Zweitens ist für die Entstehung dieses Vergütungsanspruches erforderlich, dass die mäklerische Tätigkeit zum Vertragsschluss geführt hat.<sup>789</sup> Gefordert ist mit anderen Worten ein Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Zustandekommen des Zielgeschäftes.<sup>790</sup> Der blosser Umstand, dass ein Zielgeschäft zustande gekommen ist, vermag also noch keinen Vergütungsanspruch zu begründen. Das muss vielmehr auf die mäklerische Tätigkeit zurückzuführen sein.<sup>791</sup> Und drittens hat die Tätigkeit, die vom Makler tatsächlich ausgeübt worden ist, mit der von ihm gemäss Mäklervertrag versprochenen übereinzustimmen.<sup>792</sup>

353

<sup>785</sup> BGE 27 II 469 E. 5 S. 472 f.; BGE 84 II 521 E. 2b S. 525; GUGGENBÜHL, S. 140; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4982; BURKHALTER, N 7 zu Art. 413; BK-GAUTSCHI [1964], N 3f zu Art. 412; VON BÜREN, S. 206; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 174; CHK-BRACHER, N 8 zu Art. 413 OR; TURRETTINI, S. 101; SCHWEIGER, S. 93 f.; MARQUIS, S. 343.

<sup>786</sup> BSK OR I-AMMANN, N 3 zu Art. 412; BK-GAUTSCHI [1964], N 3f zu Art. 412; BGE 106 II 224 E. 4 S. 225, m.w.H.; im Ergebnis GUGGENBÜHL, S. 38; BGE 97 II 355 E. 3 S. 357; Urteil des Appellationshofes BE in Sachen Schneider gegen Berger vom 16. November 1932, in: ZBJV 1934, S. 439.

<sup>787</sup> VON BÜREN, S. 215 f.; BSK OR I-AMMANN, N 8 zu Art. 413; CR CO I-RAYROUX, N 27 zu Art. 413, m.w.H.; in der Rechtsprechung BGE 84 II 542 E. 3. S. 546; BGE 97 II 355 E. 3 S. 357; und in deren Folge Urteil des BGer 4C.322/2003 vom 5. April 2004 E. 2.4.1; Urteil des BGer 4A\_96/2016 vom 4. April 2016 E. 2.1.

<sup>788</sup> CR CO I-RAYROUX, N 27 zu Art. 413; VON BÜREN, S. 216; BGE 57 II 187 E. 2 S. 192, m.w.H.; in dessen Folge auch BGE 97 II 355 E. 3 S. 357; vgl. GUGGENBÜHL, S. 275; im Ergebnis ebenso BGE 76 II 378 E. 5 S. 386.

<sup>789</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4989; CR CO I-RAYROUX, N 19 zu Art. 413; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 530; STREIFF MATTHIAS, S. 79; VON BÜREN, S. 209.

<sup>790</sup> CHK-BRACHER, N 7 zu Art. 413 OR; GUGGENBÜHL, S. 245; BURKHALTER, N 7 zu Art. 413; STREIFF MATTHIAS, S. 79; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 174; BGE 76 II 378 E. 2 S. 282; Urteil des BGer 4C.93/2006 vom 14. Juli 2006 E. 2.1; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1.

<sup>791</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4989; CR CO I-RAYROUX, N 19 zu Art. 413; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 530; vgl. HUGUENIN, Rz. 3353; GUGGENBÜHL, S. 140 und S. 245; ANTOGNAZZA, S. 17.

<sup>792</sup> BGE 90 II 92 E. 2 S. 96, m.w.H.; in dessen Folge etwa CHK-BRACHER, N 3 zu Art. 413 OR; ebenso HONSELL, S. 375; sowie bereits GUGGENBÜHL, S. 245; oder VON BÜREN, S. 209; siehe zur geforderten Übereinstimmung auch Urteil des BGer 4A\_517/2020 vom 27. April 2021

## **b** Agenturvertragsrecht

### *i* Vorbemerkung

354 In Bezug auf die Vergütung des Agenten ist vorab zu bemerken, dass das Agenturvertragsrecht verschiedene finanzielle Ansprüche vorsieht. So hat der Agent nach Art. 418c Abs. 3 OR einen besonderen Entgeltanspruch, wenn er seinem Auftraggeber für die Erfüllung der Zielgeschäfte durch die Kunden einsteht. Art. 418l Abs. 1 OR begründet einen Anspruch des Agenten auf Inkassoprovision, wenn der Agent auftragsgemäss Beträge von Vertragspartnern des Auftraggebers einzieht und abliefert.<sup>793</sup> Nach der gesetzlichen Konzeption des Agenturvertrages ist jedoch für den Agenten zentrale Vergütung diejenige, die ihm gemäss Art. 418g Abs. 1 OR für die Vermittlung von Geschäften für den Auftraggeber zusteht.<sup>794</sup> Denn sie stellt gleichsam das Entgelt für die betreffende Tätigkeit des Agenten dar.<sup>795</sup> Das Gesetz bezeichnet diese Vergütung des Agenten als Provision.<sup>796</sup>

### *ii* Grundsatz

355 Der Anspruch des Agenten auf Provision gemäss Art. 418g Abs. 1 OR ist *ex lege* erfolgsabhängig und damit suspensiv bedingt.<sup>797</sup> Der Agent hat unter dieser Bestimmung nämlich Anspruch auf Provision «für alle Geschäfte, die er während des Agenturverhältnisses vermittelt oder abgeschlossen hat». Dabei gelten GAUTSCHI zufolge für den Provisionsanspruch des Vermittlungsagenten dieselben Voraussetzungen wie für den Vergütungsanspruch des Mäklers (Art. 413 Abs. 1 OR; [Rz. 352 f.](#)).<sup>798</sup> Das ist nichts als konsequent, kommt doch das Mäklervertragsrecht *qua* Verweis von Art. 418b Abs. 1 OR ergänzend auch auf die Vermittlungsagentur zur Anwendung.<sup>799</sup>

---

E. 5; anderer Meinung im Ergebnis wohl SCHWEIGER, S. 70 ff.; oder BK-GAUTSCHI [1964], N 3c Vorb. zum Mäklervertrag.

<sup>793</sup> Siehe beispielsweise TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5145 ff.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 195; ZÜRCHER, S. 55 ff.; HUGUENIN, Rz. 3420.

<sup>794</sup> Vgl. TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5119; ZÜRCHER, S. 20; BURNAND, S. 52; Botschaft Agenturvertrag, S. 677.

<sup>795</sup> ZÜRCHER, S. 20; UMBRICH/GRETHNER, Rz. 127; BK-GAUTSCHI [1964], N 2a zu Art. 418g/h/i/k; BURNAND, S. 52.

<sup>796</sup> Siehe nur die Marginalie von Art. 418g OR.

<sup>797</sup> ZÜRCHER, S. 20 und S. 23; BK-GAUTSCHI [1971], N 87a zu Art. 395, m.w.H.; vgl. Botschaft Agenturvertrag, S. 677.

<sup>798</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2d zu Art. 418g/h/i/k.

<sup>799</sup> BGE 84 II 542 E. 3 S. 546; Urteil des BGer 4C.359/2005 vom 3. Februar 2006 E. 3.1.

Damit der Agent Anspruch auf Provision hat, ist das Zustandekommen eines vom Agenten zu vermittelnden Geschäftes erforderlich.<sup>800</sup> Das ergibt sich bereits aus Art. 418g Abs. 3 OR, demzufolge der Anspruch des Agenten auf Provision grundsätzlich mit rechtsgültigem Abschluss eines Zielgeschäftes entsteht.<sup>801</sup> Prinzipiell irrelevant für die Entstehung des Provisionsanspruches des Vermittlungsagenten ist dabei der Zeitpunkt des Zustandekommens besagten Zielgeschäftes.<sup>802</sup> Sofern bloss die massgebliche Vermittlungstätigkeit vom Agenten während der Dauer des Agenturvertrages entfaltet worden ist, wirkt folglich auch das Zustandekommen eines Zielgeschäftes nach Beendigung des Agenturvertrages vergütungs begründend.<sup>803</sup>

356

Sodann setzt die Entstehung des Provisionsanspruches des Agenten eine vertragsgemässe Tätigkeit desselben voraus ([Rz. 162](#)). Schliesslich muss zwischen ebendieser Tätigkeit und dem Zustandekommen des Zielgeschäftes ein Kausalzusammenhang bestehen.<sup>804</sup> Die Tätigkeit des Agenten muss sich mit anderen Worten als für das Zustandekommen des Zielgeschäftes ursächlich zeichnen.

357

<sup>800</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5126; ZÜRCHER, S. 23; MAIER, Schweiz, S. 354 f.; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 136; BURNAND, S. 53; MIRFAKHRAEI, Rz. 118; ZK-BÜHLER, N 14 zu Art. 418g; BK-GAUTSCHI [1964], N 2b zu Art. 418g/h/i/k; Urteil des BGer 4C.249/2005 vom 24. Mai 2006 E. 3.

<sup>801</sup> Vgl. BK-GAUTSCHI [1964], N 2h zu Art. 418g/h/i/k; ZÜRCHER, S. 37; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5126; ZK-BÜHLER, N 13 zu Art. 418g; BGE 121 III 414 E. 1a S. 416.

<sup>802</sup> BGE 84 II 542 E. 3 S. 546.

<sup>803</sup> ZÜRCHER, S. 29; BURNAND, S. 54; VON BÜREN, S. 221; BSK OR I-PÄRLI, N 2 zu Art. 418g; STRAUB, Rz. 23.3; CHK-MATHYS, N 2 zu Art. 418g OR; Botschaft Agenturvertrag, S. 683; in der Rechtsprechung grundlegend BGE 84 II 542 E. 3 S. 546; in der Folge ebenso BGE 121 III 414 E. 1a S. 416, m.w.H.; in der Lehre BK-GAUTSCHI [1964], N 2a f. zu Art. 418t; CR CO I-DREYER, N 8 zu Art. 418g; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5133; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 139; ZK-BÜHLER, N 17 zu Art. 418g; Urteil des BGer 4C.249/2005 vom 24. Mai 2006 E. 3.

<sup>804</sup> ZÜRCHER, S. 23 und S. 27; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5129; BURNAND, S. 54; ZK-BÜHLER, N 14 zu Art. 418g; Botschaft Agenturvertrag, S. 677; BGE 84 II 542 E. 5 S. 548 f.; in dessen Folge auch BK-GAUTSCHI [1964], N 2b zu Art. 418g/h/i/k; oder Urteil des BGer 4P.71/2002 vom 22. Oktober 2002 E. 3.3; ebenso Urteil des BGer 4C.359/2005 vom 3. Februar 2006 E. 3.1; Urteil des BGer 4C.249/2005 vom 24. Mai 2006 E. 3. Eine Ausnahme hiervon besteht von Gesetzes wegen für den Exklusivagenten, der nach Art. 418g Abs. 2 OR «Anspruch auf die vereinbarte, oder mangels Abrede, auf die übliche Provision für alle Geschäfte» hat, die in seinen Exklusivitätsbereich fallen (dazu Rz. 476 ff.).

## 2 Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur

- 358 Aus dem zur Entstehung des Vergütungsanspruches von Mäkler und Agent im Allgemeinen Ausgeführten ([Rz. 352 ff.](#)) ergibt sich, was grundsätzlich für die Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur gilt. Dieser ist von Gesetzes wegen suspensiv bedingt (Art. 413 Abs. 1 OR bzw. Art 418g Abs. 1 OR i.V.m. Art. 418b Abs. 1 OR und Art. 413 Abs. 1 OR). Vergütungs begründend wirkt dabei jeweils das Zustandekommen der herbeizuführenden Verträge, konkret also der Verwertungsverträge. Dieses Zustandekommen muss kausal auf die vertragsgemässe Tätigkeit der Vermarktungsagentur zurückzuführen sein. Schliesst der Rechteinhaber zwar Verwertungsverträge ab, hat die Vermarktungsagentur hierzu aber keinen Beitrag geleistet, so steht ihr mithin von Gesetzes wegen kein Vergütungsanspruch zu. Zugleich setzt die Entstehung des Vergütungsanspruches voraus, dass die Tätigkeit, welche die Vermarktungsagentur entfaltet hat, jener entspricht, die sie im Vermittlungsvertrag vorzunehmen versprochen hat ([Rz. 352 f.](#) und [Rz. 355 ff.](#)). Das macht die eindeutige vertragliche Regelung der von der Vermarktungsagentur konkret erwarteten Tätigkeit besonders wichtig. So lässt sich späteren Differenzen zwischen den Vertragsparteien vorbeugen.<sup>805</sup> Denn diesbezügliche Unklarheiten geben in der mäkler- und der agenturvertragsrechtlichen Praxis wiederholt Anlass zu gerichtlichen Streitigkeiten.<sup>806</sup>
- 359 Unerheblich ist dagegen *per se* der Zeitpunkt, in dem ein von der Vermarktungsagentur herbeizuführender Verwertungsvertrag vom Rechteinhaber und seinem Verwertungspartner eingegangen wird. Vergütungs begründend wirken sowohl Abschlüsse während Bestehens des Vermittlungsvertrages als auch solche, die erst nach dessen Beendigung erfolgen. Verlangt ist lediglich, dass die Vermarktungsagentur im Sinne des Vermittlungsvertrages tätig wird, während dieser Bestand hat ([Rz. 352 f.](#) und [Rz. 356](#)).

---

<sup>805</sup> Für den Mäklervertrag im Allgemeinen BURKHALTER, N 15 zu Art. 412.

<sup>806</sup> Siehe etwa BGE 90 II 92 E. 2 ff. S. 95 ff.; Urteil des BGer 4A\_673/2010 vom 3. März 2011 E. 3; Urteil des BGer 4A\_517/2020 vom 27. April 2021 E. 5; Urteil des Handelsgerichtes ZH HG170168-O U/ei vom 26. Juni 2019 E. 2.2.

### 3 Zusammenfassung

Die Vermarktungsagentur hat sowohl als Mäklerin wie auch als Agentin gemäss einschlägigem Gesetzesrecht Anspruch auf ihre erfolgsabhängige Vergütung, wenn der Rechteinhaber zufolge ihrer Tätigkeit einen gemäss Vermittlungsvertrag von ihr herbeizuführenden Verwertungsvertrag schliesst (Rz. 358 f.). Die Aktivitäten der Vermarktungsagentur haben dabei für das Zustandekommen des Verwertungsvertrages zum einen kausal zu sein, zum anderen müssen sie dem entsprechen, was vertraglich vorgesehen ist (also insofern vertragsgemäss ausfallen; Rz. 358 f.). Stets ausreichend ist schliesslich, dass die Vermarktungsagentur während Bestehens des Verwertungsvertrages tätig war. Zustandekommen kann der Verwertungsvertrag hingegen auch noch, wenn der Vermittlungsvertrag bereits beendet ist, ohne dass das die Entstehung des Vergütungsanspruches hindern würde (Rz. 359).

360

## III Parteiautonome Regelung der Entstehung des Vergütungsanspruches

### 1 Problemstellung

Dem Vorstehenden (Rz. 352 ff.) nach statuiert das Gesetz für den Mäklervertrag wie für den Agenturvertrag, unter welchen Voraussetzungen dem Mäkler respektive Agent bei erfolgreicher Vermittlung ein Anspruch auf Vergütung zusteht. Das gilt im Grundsatz auch für die Vermarktungsagentur als Mäklerin bzw. Agentin. Fraglich ist, inwiefern den Parteien des Vermittlungsvertrages eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Regelung der Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur möglich ist.

361

## 2 Grundsatz der Dispositivität der gesetzlichen Ordnung

### a Im Allgemeinen

#### i Mäklervertragsrecht

362 Hervorzuheben ist an erster Stelle, dass Art. 413 Abs. 1 OR die Voraussetzungen für die Entstehung des Vergütungsanspruches des Mäklers nicht in zwingender Weise festlegt.<sup>807</sup> Das gesetzliche Mäklervertragsrecht steht einer privat-autonomen Ausgestaltung der Entstehung des Anspruches des Mäklers auf Vergütung somit nicht entgegen.

#### ii Agenturvertragsrecht

363 Komplexer als im Mäklervertragsrecht zeigt sich der Gehalt der Dispositivität der gesetzlichen Ordnung im Agenturvertragsrecht. So ist Art. 418g Abs. 1 OR, soweit er den agenturvertraglichen Provisionsanspruch aufgrund der Vermittlung eines Geschäftes normiert, zwar lediglich insofern zwingend, als der Vergütungsanspruch des Agenten nicht gänzlich wegbedungen werden kann.<sup>808</sup> Im Übrigen soll die Bestimmung konsequenterweise dispositiv sein.<sup>809</sup> Was das aber im Einzelnen heisst, bedarf der Erläuterung.

364 Es wurde bereits erklärt ([Rz. 170](#)), dass die Vergütung des Agenten kein Typenmerkmal des Agenturvertrages darstellt. Die Vergütung des Agenten ist vom Gesetzgeber bewusst nicht in die Legaldefinition von Art. 418a Abs. 1 OR aufgenommen worden. Denn die Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes soll von den Parteien nicht über den Verzicht der Parteien auf Stipulierung einer Vergütung oder mittels Vereinbarung einer bestimmten Vergütungsart ge-

---

<sup>807</sup> CR CO I-RAYROUX, N 2 zu Art. 413; CHK-BRACHER, N 2 zu Art. 413; STREIFF MATTHIAS, S 59; BURKHALTER, N 8 zu Art. 413; SCHWEIGER, S. 29 und S. 123; GUGGENBÜHL, S. 286; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 174; TURRETTINI, S. 152; ebenso BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275; Urteil des BGer 4C.278/2004 vom 29. Dezember 2004 E. 2.3; Urteil des BGer 4A\_449/2019 vom 16. April 2020 E. 5.2; je m. w. H.

<sup>808</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 4a zu Art. 418g/h/i/k; ebenso TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5119; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 56; je unter Hinweis auf BGE 122 III 414 E. 2c S. 419 f.; anderer Meinung ZÜRCHER, S 20 f.

<sup>809</sup> CHK-MATHYS, N 7 zu Art. 418g OR; im Ergebnis TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5130. Sie fehlt entsprechend dort, wo die zwingenden Bestimmungen des Agenturvertragsrechtes aufgelistet werden (etwa bei BURNAND, S. 23; CR CO I-DREYER, N 6 zu Art. 418a; ZÜRCHER, S. 14; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5025).



steuert werden können. Abreden über die Vergütung kann demnach von vornherein keine Bedeutung für die Qualifikation als Agenturvertrag zukommen. Und damit liegt – bei gegebenen Typenmerkmalen – selbst dann ein Agenturvertrag vor, wenn die Vergütung gemäss übereinstimmendem Parteiwillen nicht erfolgsabhängig, sondern allein mittels fester Bezüge erfolgen soll.<sup>810</sup> Dispositivität der agenturvertragsrechtlichen Vergütungsordnung von Art. 418g Abs. 1 OR meint demnach zum einen, dass es den Parteien des Agenturvertrages unbenommen ist, über die Art der Vergütung des Agenten zu befinden, ohne dass das Konsequenzen für die Rechtsnatur des Vertrages hätte.

Zum anderen ist unter Dispositivität von Art. 418g Abs. 1 OR auch zu verstehen, dass es den Parteien des Agenturvertrages freisteht, die von dieser Bestimmung aufgestellten Provisionsvoraussetzungen im Rahmen eines grundsätzlich suspensiv bedingten (und somit erfolgsabhängigen) Anspruches auf Vergütung durch Abrede zu modifizieren.<sup>811</sup> Insofern erweist sich das Recht des Agenturvertrages als kongruent zur (ergänzend anwendbaren; [Rz. 358](#)) mäklervertragsrechtlichen Regelung ([Rz. 362](#)). Das Agenturvertragsrecht erlaubt somit insgesamt die parteiautonome Regelung des Anspruches des Agenten auf Vergütung. 365

## **b Vermittlungsvertragliche Regelung der Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur**

Das zur gesetzlichen Ordnung der Entstehung des Vergütungsanspruches von Makler und Agent Ausgeführte ([Rz. 362 ff.](#)) macht deutlich, dass die von Makler- und Agenturvertragsrecht in Art. 413 Abs. 1 OR bzw. Art. 418g Abs. 1 OR aufgestellten Vergütungsbedingungen dispositiver Natur sind. Im Vermittlungsvertrag können mit anderen Worten unabhängig von seiner Qualifikation im Einzelfall wirksam von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen über die Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur getroffen werden. Die Entstehung dieses Vergütungsanspruches richtet sich primär nach dem im Vermittlungsvertrag Festgehaltenen. 366

In der hier besprochenen Gestaltung der Auslagerung der Vermarktung soll die Vermarktungsagentur jeweils erfolgsabhängig vergütet werden ([Rz. 141 f.](#)). Ihr Vergütungsanspruch muss mit anderen Worten suspensiv bedingt sein und 367

<sup>810</sup> BURNAND, S. 52; in dessen Folge Urteil des BGer 4C.218/2005 vom 3. April 2006 E. 3.2; ebenso ZÜRCHER, S. 21; CR CO I-DREYER, N 1 zu Art. 418g; im Ergebnis MAIER, Schweiz, S. 354; kritisch BSK OR I-PÄRLI, N 7 zu Art. 418g.

<sup>811</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5125.

bleiben. Für die Qualifikation des Vermittlungsvertrages als Mäklervertrag ist diese Erfolgsabhängigkeit der Vergütung konstitutiv. Vereinbaren die Parteien des Vermittlungsvertrages eine Vergütung, die unabhängig vom Erfolg der Tätigkeit der Vermarktungsagentur und mithin in jedem Fall auszurichten sein soll, scheidet die Qualifikation als Mäklervertrag aus ([Rz. 174](#)).

- 368 Demgegenüber ist die Erfolgsabhängigkeit für den Agenturvertrag nicht typenwesentlich, sodass ihr Fehlen keine Folgen für die entsprechende Qualifikation hat ([Rz. 364](#)). Wo der Vermittlungsvertrag also die Typenmerkmale des Agenturvertrages (Vermittlung, Selbständigkeit der Vermarktungsagentur im Verhältnis zum Rechteinhaber, Dauerhaftigkeit) aufweist, hat die von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur getroffene Vergütungsregelung keinen Einfluss auf seine Qualifikation. Er ist jeweils Agenturvertrag ([Rz. 195](#)). Mit der Qualifikation als Agenturvertrag geht zwingend ein Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur als Agentin einher. Als Agenturvertrag ist der Vermittlungsvertrag notwendigerweise entgeltlich ([Rz. 170](#) und Fn. 486).

### **3 Dispositivität bezüglich des Zustandekommens eines Zielgeschäftes**

#### **a Gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen**

##### *i Mäklervertragsrecht*

##### **(1) Grundsatz**

- 369 Die Dispositivität des Gesetzesrechtes in Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Entstehung des Vergütungsanspruches des Mäklers ([Rz. 362](#)) bringt mit sich, dass es den Parteien des Mäklervertrages unbenommen ist, ein beliebiges künftiges und ungewisses Ereignis zum vergütungsbegründenden Erfolg zu erklären.<sup>812</sup> Massgeblich ist also nicht zwingend das Zustandekommen des Zielgeschäftes, wie in Art. 413 Abs. 1 OR vorgesehen ([Rz. 352](#)). Zulasten des Mäklers lässt sich vereinbaren, dass erst die Erfüllung des zu vermittelnden Vertrages den Anspruch auf Vergütung zur Entstehung bringt.<sup>813</sup> Umge-

---

<sup>812</sup> STREIFF MATTHIAS, S. 72; FINK, S. 274.

<sup>813</sup> STREIFF MATTHIAS, S. 75; TURRETTINI, S. 131; BK-GAUTSCHI [1964], N 3g zu Art. 412, m.w.H.; GUGGENBÜHL, S. 188 und S. 208; MARQUIS, S. 375; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 174 f.; siehe dazu auch BGE 52 II 80 E. 1 S. 83 ff.; BGE 27 II 469 E. 5 S. 472 f.

kehrt kann zugunsten des Mäklers auf ein dem Zustandekommen des anvisierten Vertrages vorangehendes Ereignis abgestellt werden. Zu nennen ist beispielsweise das Zusammenführen des Auftraggebers mit zum Abschluss bereiten Dritten oder das Vorliegen unterschriftsreifer Vertragsentwürfe.<sup>814</sup> Um die suspensive Bedingtheit des Vergütungsanspruches zu erhalten, ist einzig erforderlich, dass nur dann ein Anspruch auf Vergütung besteht, wenn die Vermittlung vom parteiautonom spezifizierten Erfolg gekrönt ist, dessen Eintritt seinerseits vorgängig nicht sicher feststeht.<sup>815</sup>

## (2) Relevanz von Ausführungsabreden insbesondere

Dass die Voraussetzungen der Entstehung des Vergütungsanspruches des Mäklers der Parteiabrede zugänglich sind (Rz. 362), führt zu einem Zusammenspiel mit der Möglichkeit, Ausführungsabreden in den Mäklervertrag aufzunehmen (Rz. 233 ff.). Dem Gesagten nach (Rz. 352) besteht der gemäss Gesetz vergütungsauslösende Erfolg nämlich im Zustandekommen gerade desjenigen Vertrages, den der Mäkler zu vermitteln betraut ist (und nicht irgendeines Vertrages).<sup>816</sup> Nun kann der zu vermittelnde Vertrag über Ausführungsabreden im Mäklervertrag in inhaltlicher Hinsicht oder in Bezug auf die möglichen Vertragspartner konkretisiert werden (Rz. 234).<sup>817</sup> Diesfalls muss ein zustande gekommener Vertrag die über Ausführungsabreden aufgestellten Anforderungen erfüllen, um vertragsgemäss zu sein. Sonst stimmt der tatsächlich geschlossene Vertrag mit dem zu vermittelnden nicht überein. Und das wiederum hat zur Folge, dass die Bedingung für die Entstehung des Anspruches auf Vergütung nicht verwirklicht ist.<sup>818</sup>

Besondere Relevanz besitzt diesbezüglich die Vereinbarung von Preislimiten: Die mäklervertragliche Festlegung von Erlösen, die es mit den Zielgeschäften mindestens zu erzielen gilt.<sup>819</sup> Werden derartige Preislimiten verfehlt, soll der Mäkler keinen Anspruch auf Vergütung haben. Insofern sind Preislimiten klar

<sup>814</sup> SCHWEIGER, S. 138, m.w.H.; sowie im Ergebnis GUGGENBÜHL, S. 188; STREIFF MATTHIAS, S. 72.

<sup>815</sup> FINK, S. 273 f.

<sup>816</sup> GUGGENBÜHL, S. 140 und S. 224; VON BÜREN, S. 206; SCHWEIGER, S. 96; CR CO I-RAYROUX, N 17 f. zu Art. 413; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 175.

<sup>817</sup> Für die inhaltliche Konkretisierung FINK, S. 274, m.w.H.; und für die Konkretisierung bezüglich der möglichen Vertragspartner GUGGENBÜHL, S. 241 f.; MARQUIS, S. 416 f.; Urteil des BGer M. gegen B. und G. vom 29. Januar 1951, in: JdT 1951, S. 254 f.; sowie im Ergebnis VON BÜREN, S. 206.

<sup>818</sup> FINK, S. 275; GUGGENBÜHL, S. 224; in dessen Folge auch Urteil des Obergerichtes ZH vom 8. März 1957, in: ZR 1958, S. 142.

<sup>819</sup> VON BÜREN, S. 207; MARQUIS, S. 412 f.; BGE 76 II 147 E. 1 S. 149 f.

von der Angabe von Richtpreisen im Mäklervertrag abzugrenzen. Richtpreise sind jene Werte, die dem vom Auftraggeber mit dem Zielgeschäft anvisierten Ergebnis Ausdruck verleihen, ohne dieses Ergebnis unmittelbar mit der Entstehung des mäklerischen Anspruches auf Vergütung zu verknüpfen. Im Gegensatz zu den Preislimiten ist die Einhaltung solcher Richtwerte keine *conditio sine qua non* für die Vergütung überhaupt. Vielmehr ist das Verfehlen von Richtpreisen nach Lehre und Rechtsprechung mangels anderweitiger Regelung bei der Vergütungshöhe zu berücksichtigen: Sie ist in diesem Fall bloss anteilig auszurichten.<sup>820</sup> Kurz: Von Richtpreisen kann ein vermittelter Vertrag abweichen, ohne dass dies automatisch einen gänzlichen Ausschluss der Vergütung zur Folge hätte, nicht aber von Preislimiten.

## ii Agenturvertragsrecht

### (1) Grundsatz

- 372 Nach Art. 418g Abs. 3 OR entsteht der Provisionsanspruch des Agenten mit dem Zustandekommen der einzelnen Zielgeschäfte. Die gleiche Bestimmung behält aber abweichende schriftliche Abreden vor.<sup>821</sup> Demnach können die Parteien des Agenturvertrages schriftlich vereinbaren, dass ein anderes Ereignis als das in Art. 418g Abs. 3 OR Vorgesehene (sprich das Zustandekommen eines Zielgeschäftes) vergütungsbegründend wirkt.<sup>822</sup> So kann vertraglich etwa auf die Erfüllung der Zielgeschäfte abgestellt werden.<sup>823</sup> Dem Agenten wird das Verdienen der Vergütung erschwert.<sup>824</sup> Zu Gunsten des Agenten lässt sich die Entstehung seines Provisionsanspruches freilich auch an ein dem Zustande-

---

<sup>820</sup> Vgl. VON BÜREN, S. 207; MARQUIS, S. 412 f.; TURRETTINI, S. 112 ff.; BSK OR I-AMMANN, N 5 zu Art. 413; je m.w.H.; BGE 76 II 147 E. 1 S. 149.

<sup>821</sup> Art. 418g Abs. 3 OR ist demnach dispositiv (BURNAND, S. 54; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 153; Urteil des Handelsgerichtes ZH HG150188-O U/jo vom 5. Oktober 2018 E. 1.2.2).

<sup>822</sup> Vgl. ZÜRCHER, S. 38; BK-GAUTSCHI [1964], N 2i und N 7a zu Art. 418g/h/i/k; MAIER, Schweiz, S. 355 f.; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 153; Botschaft Agenturvertrag, S. 678; im Ergebnis auch MIRFAKHRAEI, Rz. 118.

<sup>823</sup> ZÜRCHER, S. 38; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 137; Botschaft Agenturvertrag, S. 679; Urteil des Obergerichtes ZH in Sachen G.E.G. gegen V. S.A. in Liquidation vom 22. Dezember 1966, in: ZR 1968, S. 144; vgl. BK-GAUTSCHI [1964], N 2i und N 7a zu Art. 418g/h/i/k, der vom Zahlungseingang spricht.

<sup>824</sup> So auch ZÜRCHER, S. 21.

kommen des Vertrages vorangehendes Ereignis knüpfen.<sup>825</sup> ZÜRCHER nennt hierfür beispielhaft den Abschluss der Vermittlungstätigkeit.<sup>826</sup> Für die Entstehung des Anspruches des Agenten auf Provision ist dann ausreichend, dass dem Auftraggeber der Abschluss eines Zielgeschäftes aufgrund der Tätigkeit des Agenten möglich ist. Ob das Geschäft tatsächlich zustande kommt, ist nicht mehr von Belang. Im Ergebnis gilt für den Vergütungsanspruch des Agenten somit nichts anderes als für den Vergütungsanspruch des Mäklers ([Rz. 369](#)).<sup>827</sup>

## (2) Relevanz von Ausführungsabreden insbesondere

Wo die Entstehung des Vergütungsanspruches des Agenten in irgendeiner Form an ein Zielgeschäft anknüpft, ist die Relevanz von Ausführungsabreden ([Rz. 233 ff.](#)) zu beachten. Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass agenturvertragsrechtliche Provisionsvoraussetzung von Gesetzes wegen das Zustandekommen nicht irgendeines, sondern gerade eines gemäss Agenturvertrag zu vermittelnden Geschäftes ist ([Rz. 356](#)). Das bedeutet richtigerweise, genau wie für den Mäklervertrag ([Rz. 370](#)), dass nicht jeglicher Vertragsschluss provisiionsbegründend wirkt. Vielmehr ist die nämliche Provisionsvoraussetzung nur erfüllt, wenn das Geschäft den zuvor im Agenturvertrag festgelegten Anforderungen entspricht.<sup>828</sup> Derartige Anforderungen an die Zielgeschäfte ergeben sich wiederum insbesondere aus Ausführungsabreden, die Zielgeschäfte in inhaltlicher Hinsicht (wie es namentlich bei Preisgrenzen der Fall ist) oder bezüglich der Vertragspartner konkretisieren ([Rz. 234](#)). Und sie schlagen auf den Provisionsanspruch des Agenten durch: Weist ein zustande gekommenes Ge-

373

<sup>825</sup> ZÜRCHER, S. 39; im Ergebnis auch MIRFAKHRAEI, Rz. 118. Missverständlich äussert sich diesbezüglich das Bundesgericht, wenn es ausführt, dass «[e]s nicht ersichtlich ist, welche weitergehenden Voraussetzungen als die Vermittlung des konkreten Geschäftes für den Provisionsanspruch des Vermittlungsagenten sollten verlangt werden können» (BGE 121 III 414 E. 2c S. 420). Art. 418g Abs. 3 OR erlaubt ausdrücklich, vom Zustandekommen des Zielgeschäftes abzuweichen. Art. 418g Abs. 1 OR ist ausserdem lediglich insofern zwingend, als der Vergütungsanspruch des Agenten nicht in Gänze abbedungen werden kann ([Rz. 363](#)). Richtet sich die Entstehung des Provisionsanspruches des Vermittlungsagenten sodann subsidiär nach Art. 413 Abs. 1 OR ([Rz. 355](#)), muss das dort zur Dispositivität Gesagte konsequenterweise auch für den Agenturvertrag gelten.

<sup>826</sup> ZÜRCHER, S. 39.

<sup>827</sup> Vgl. auch ZH HG150188-O U/jo vom 5. Oktober 2018 E. 1.2.2, m.w.H.

<sup>828</sup> ZÜRCHER, S. 40; im Ergebnis ebenso BURNAND, S 53.

schäft die betreffenden Merkmale nicht auf, verdient der Agent dafür keine Provision.<sup>829</sup> Die Einhaltung agenturvertraglicher Ausführungsabreden ist konsequenterweise nicht bloss Emanation der Sorgfaltspflicht des Agenten.<sup>830</sup>

## **b Regelung zum Zustandekommen eines Zielgeschäftes als Vergütungsvoraussetzung im Vermittlungsvertrag**

### *i Grundsatz*

- 374 Da das Gesetzesrecht mit Bezug auf die Entstehung des Vergütungsanspruchs von Mäkler und Agent dispositiv ist, können Rechteinhaber und Vermarktungsagentur im Vermittlungsvertrag insbesondere das Ereignis festlegen, das den für die Entstehung des Vergütungsanspruches massgebenden Erfolg darstellt ([Rz. 369](#) und [Rz. 372](#)). Solange dieses Ereignis künftig und ungewiss ist, bleibt der Anspruch der Vermarktungsagentur auf Vergütung suspensiv bedingt ([Rz. 133](#)).
- 375 Es steht Rechteinhaber und Vermarktungsagentur selbstverständlich frei, in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung zu Mäkler- und Agenturvertrag hierfür an das Zustandekommen der herbeizuführenden Verwertungsverträge anzuknüpfen. Das vergütungsbegründende Ereignis ist diesfalls der Vermarktungserfolg (dazu [Rz. 62](#)).
- 376 Zulasten der Vermarktungsagentur kann ausserdem auf die Erfüllung solcher Verträge abgestellt werden. Vergütungsbegründend wirkt damit ein Vorgang, der dem Vermarktungserfolg nachgeht ([Rz. 369](#) bzw. [Rz. 372](#)). Konkret ist das etwa der Eingang oder die Fälligkeit von Zahlungen von Verwertungspartnern.<sup>831</sup> Umgekehrt lässt sich der Vergütungsanspruch (zu Gunsten der Vermarktungsagentur) von einem Ereignis abhängig machen, das dem Vermarktungserfolg vorangeht ([Rz. 369](#) bzw. [Rz. 372](#)). In jedem Fall ist jedoch zu empfehlen, im Vermittlungsvertrag klar zu regeln, mit welchem Ereignis der Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur entstehen soll.

---

<sup>829</sup> BURNAND, S. 53; ZÜRCHER, S. 40.

<sup>830</sup> In diesem Sinne BK-GAUTSCHI [1964], N 6c zu Art. 418c.

<sup>831</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105.

ii *Relevanz von vermittlungsvertraglichen  
Ausführungsabreden insbesondere*

Im Kontext der Regelung des vergütungsbegründenden Ereignisses im Vermittlungsvertrag ([Rz. 374 ff.](#)) ist immer (auch) an die Auswirkungen von Ausführungsabreden zu denken ([Rz. 236 ff.](#)). Hier stellt sich nämlich die Frage, ob Abweichungen in den herbeigeführten Verwertungsverträgen von Ausführungsabreden vergütungshindernd wirken oder nicht. Auszugehen ist dabei von der Feststellung, dass ein von der Vermarktungsagentur vermitteltler Verwertungsvertrag nur dann vergütungsrelevant ist, wenn er den vermittlungsvertraglichen Vorgaben entspricht. Nach hier vertretener Auffassung muss deshalb konsequenterweise gelten, dass die Nichteinhaltung von Ausführungsabreden grundsätzlich dazu führt, dass ein erfolgsabhängiger Vergütungsanspruch gar nicht erst zur Entstehung gelangt ([Rz. 370 f.](#) bzw. [Rz. 373](#)). Der tatsächlich herbeigeführte Verwertungsvertrag ist dann eben nicht vertragsgemäss.

377

Werden die Verwertungsverträge als Zielgeschäfte der Tätigkeit der Vermarktungsagentur über die Formulierung von Ausführungsabreden konkretisiert ([Rz. 240 ff.](#)), betrifft dies zugleich den Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur. Denn damit legen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zugleich die Merkmale fest, die tatsächlich vermittelte Verwertungsverträge aufzuweisen haben, um vergütungsrelevant zu sein ([Rz. 370](#) bzw. [Rz. 373](#)). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang jedoch darauf, dass die Angabe von Zielwerten hinsichtlich der zu erzielenden Verwertungserlöse im Zweifel bloss Richtwerte sind, wenn der Vermittlungsvertrag Mäklervertrag ist. Ihr Verpassen verhindert das Entstehen des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur nicht. Folge ist nur, aber immerhin, dass die Vergütung verhältnismässig herabgesetzt wird ([Rz. 371](#)).

378

Vor diesem Hintergrund ([Rz. 377 f.](#)) ist ratsam, im Vermittlungsvertrag unmissverständlich festzulegen, welche Bedeutung Vorgaben zu den herbeizuführenden Verwertungsverträgen zukommt. Sie können bloss Richtwerte sein, von denen im Zuge der Vermarktung (in gewissem Umfang) abgewichen werden darf. Oder sie werden zu eigentlichen Vergütungsvoraussetzungen erklärt. Schliesslich ist – im Sinne einer vermittelnden Lösung – denkbar, der Vermarktungsagentur Bandbreiten vorzugeben, innerhalb derer sich die von ihr herbeigeführten Verwertungsverträge zu bewegen haben. Erst wenn diese unterschritten werden, sind vermittelte Verwertungsverträge nicht mehr vergütungsrelevant. So lässt sich die strikte Verknüpfung von Ausführungsabreden

379

und Entstehung des Vergütungsanspruches mindern, ohne zugleich allzu sehr vom Zweck der Ausführungsabreden – dem Schutz der Interessen des Rechteinhabers (Rz. 236) – abzuweichen.

## 4 Dispositivität bezüglich der Kausalität

### a Gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen

#### i Mäklervertragsrecht

380 Die Dispositivität der gesetzlichen Regelung der Vergütungsvoraussetzungen im Mäklervertragsrecht (Rz. 362) erfasst nach herrschender Lehre und Rechtsprechung fürderhin das Erfordernis der Kausalität der Tätigkeit des Mäklers für des vergütungs begründende Ereignis (Rz. 353).<sup>832</sup> Im Mäklervertragsrecht wird bei abredeweisem Verzicht auf dieses Kausalitätserfordernis als Vergütungsvoraussetzung von einer reinen Erfolgsprovision gesprochen.<sup>833</sup> Dies, weil dann neben der mäklerischen Tätigkeit an sich der Erfolg (*i.e.* das Zustandekommen eines Zielgeschäftes; Rz. 352) allein ausreicht, um den Vergütungsanspruch des Mäklers zur Entstehung zu bringen.<sup>834</sup>

#### ii Agenturvertragsrecht

381 Da die gesetzlichen Provisionsvoraussetzungen des Agenturvertragsrechtes (Art. 418g Abs. 1 OR) dispositiv sind (Rz. 365), kann für die Entstehung des Provisionsanspruches des Vermittlungsagenten auf die Voraussetzung des kausalen Beitrages seiner Tätigkeit zum Zustandekommen eines Zielgeschäftes verzichtet werden.<sup>835</sup> Zu keinem anderen Ergebnis führt die ergänzende

---

<sup>832</sup> VON BÜREN, S. 216; GUGGENBÜHL, S. 287 und S. 289; MARQUIS, S. 464; BGE 46 II 651 E. 3 S. 654 f.; BGE 97 II 355 E. 3 S. 357; sowie BGE 100 II 361 E. 3d S. 365; und unter Hinweis auf letztgenannten Entscheid beispielsweise Urteil des BGer 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 3; oder Urteil des BGer 4A\_449/2019 vom 16. April 2020 E. 5.2; CR CO I–RAYROUX, N 39 zu Art. 412 und N 20 zu Art. 413; BSK OR I–AMMANN, N 13 zu Art. 413; ebenso Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1.

<sup>833</sup> GUGGENBÜHL, S. 289; MARQUIS, S. 464; PFENNINGER CONRAD, Mäklervertrag und Provisionsgarantie, SJZ 1950, S. 337 ff., S. 337; SCHMID WIELAND, Provisionsgarantie und Aufwendersatz im Mäklervertrag nach Obligationenrecht, SJZ 1950, S. 171 ff., S. 171.

<sup>834</sup> BGE 46 II 651 E. 3 S. 654 f.

<sup>835</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5130, m.w.H.; im Ergebnis ebenso ZÜRCHER, S. 27 und S. 28, letzterenorts m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_92/2013 vom 25. September 2013 E. 3.2.



Anwendung des Mäklervertragsrechtes ([Rz. 355](#)). Konkret zieht das Bundesgericht nämlich den mäklervertragsrechtlichen Art. 413 Abs. 1 OR und die zugehörige Rechtsprechung heran, wenn es um die Kausalität als Vergütungsoraussetzung im Agenturvertragsrecht geht.<sup>836</sup> Diese Bestimmung ist nach dem soeben Ausgeführten ([Rz. 380](#)) dispositiv, was den Parteien des Mäklervertrages die Vereinbarung einer sogenannten reinen Erfolgsprovision erlaubt. Das muss konsequenterweise genauso für das Agenturvertragsrecht gelten.<sup>837</sup>

### iii *Praktische Auswirkungen der reinen Erfolgsprovision*

Die reine Erfolgsprovision ([Rz. 380 f.](#)) hat praktisch eine gewichtige Konsequenzen, die über die Entstehung der Vergütung hinausgeht. Als erfolgsabhängige Vergütung, die auch Zielgeschäfte erfasst, die ohne kausalen Beitrag des Mäklers oder Agenten zustande gekommen sind, belastet sie im Ergebnis jedes Zustandekommen von Zielgeschäften. Das kann den Auftraggeber davon abhalten, selbst tätig zu werden oder parallel Dritte mit derselben Aufgabe zu betrauen wie den erstgenannten Mäkler respektive Agenten. Denn aufgrund der reinen Erfolgsprovision müsste der Auftraggeber den erstgenannten Mäkler bzw. Agenten bei Zustandekommen eines Zielgeschäftes vergüten, selbst wenn dieser dazu überhaupt nichts beigetragen hat. Die reine Erfolgsprovision wirkt damit faktisch ähnlich wie eine Exklusivitätsverpflichtung (dazu [Rz. 465 ff.](#)).

382

### iv *Vergütungsrelevante Abschlüsse von Zielgeschäften bei reiner Erfolgsprovision gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen*

#### (1) *Mäklervertragsrecht*

Die Rechtsprechung und mit ihr ein Teil der Lehre schränken die Möglichkeit zur Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision für den Mäklervertrag insofern ein, als diese – in Abweichung vom zuvor dargestellten Grundsatz ([Rz. 352](#)) – nur greifen soll, wenn die Zielgeschäfte während des Bestehens des Mäkler-

383

---

<sup>836</sup> BGE 84 II 542 E. 3 S. 546 und E. 5 S. 548 f.; Urteil des BGer 4C.359/2005 vom 3. Februar 2006 E. 3.1.

<sup>837</sup> Siehe zum agenturvertragsrechtlichen Erfordernis der Kausalität Botschaft Agenturvertrag, S. 677.

vertrages zustande kommen.<sup>838</sup> «Geht der Auftraggeber durch den Ausschluß des Kausalitätsnachweises eine ziemlich schwerwiegende Bindung ein, so kann er diese aber leicht wieder loswerden; denn dieselbe gilt nur solange, als der Mäklervertrag in seiner Gesamtheit in Kraft steht».<sup>839</sup> Mit Beendigung des Mäklervertrages entfällt dieser Ansicht zufolge auch die Verpflichtung des Auftraggebers, den Mäkler für jedes später noch zustande kommende Zielgeschäft mittels reiner Erfolgsprovision zu vergüten.<sup>840</sup> Nach dieser Auffassung sind nachvertragliche Abschlüsse von Zielgeschäften selbst bei Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision mithin nur vergütungsrelevant, wenn sie sich auf die Tätigkeit des Mäklers zurückführen lassen.<sup>841</sup>

384 Anderes mag allenfalls gelten, wenn die Anwendbarkeit der reinen Erfolgsprovision mit VON BÜREN sowie HOFSTETTER auf bestimmte nachvertragliche Abschlüsse ausgedehnt wird. Diese Autoren wollen die reine Erfolgsprovision bei nachvertraglichem Zustandekommen von Zielgeschäften nämlich insoweit anwendbar wissen, als die Kontakte zwischen Auftraggeber und Drittem, mit dem das Zielgeschäft später geschlossen wird, bei Beendigung des Mäklervertrages bereits bestanden haben.<sup>842</sup>

385 Wird der Auffassung VON BÜRENS und HOFSTETTERS ([Rz. 384](#)) gefolgt, so ist die Möglichkeit der Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision für das nachvertragliche Zustandekommen von Zielgeschäften nicht *a priori* ausgeschlossen. Vielmehr wird durch das Erfordernis eines Mindestbezuges zur Zeit des Bestehens des Mäklervertrages sichergestellt, dass unabhängig vom Zeitpunkt des Zustandekommens des Zielgeschäftes eine reine Erfolgsprovision geschuldet wird, wenn das Zielgeschäft auf Kontakte zwischen Auftraggeber und Drittkontrahent während der Dauer des Mäklervertrages zurückgeht.<sup>843</sup> Fehlt dieser Bezug, so ist das nachvertragliche Zustandekommen eines Zielgeschäf-

---

<sup>838</sup> Urteil des Obergerichtes ZH vom 24. September 1941, in: ZR 42, S. 165 f.; Urteil des BGer Stoffel contre Bersier vom 16. November 1971, in: SJ 1973, S. 302 f.; MARQUIS, S. 466; in dessen Folge auch DE HALLER, S. 269; ebenso GUGGENBÜHL, S. 292; anderer Meinung VON BÜREN, S. 217; SCHWEIGER, S. 135; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 176.

<sup>839</sup> GUGGENBÜHL, S. 292.

<sup>840</sup> Urteil des Obergerichtes ZH vom 24. September 1941, in: ZR 42, S. 166; Urteil des BGer Stoffel contre Bersier vom 16. November 1971, in: SJ 1973, S. 303; GUGGENBÜHL, S. 292; im Ergebnis MARQUIS, S. 466.

<sup>841</sup> Urteil des Obergerichtes ZH vom 24. September 1941, in: ZR 42, S. 166; ebenso MARQUIS, S. 466; und in dessen Folge sodann DE HALLER, S. 269; anderer Meinung hingegen VON BÜREN, S. 217; SCHWEIGER, S. 135.

<sup>842</sup> VON BÜREN, S. 217; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 176, m.w.H.

<sup>843</sup> Letzterenfalls soll der Mäkler auch Anspruch auf Vergütung haben (Urteil des Obergerichtes ZH vom 24. September 1941, in: ZR 42, S. 166).

tes VON BÜREN zufolge von der reinen Erfolgsprovision nicht erfasst. Dies selbst dann, wenn die reine Erfolgsprovision gemäss Vereinbarung der Parteien jedwede Abschlüsse von Zielgeschäften nach Beendigung des Mäklervertrages erfassen soll.<sup>844</sup> Nach hier vertretener Meinung ist VON BÜREN und HOFSTETTER zuzustimmen: Die beschränkte Ausdehnung der reinen Erfolgsprovision auf nachvertragliches Zustandekommen von Zielgeschäften muss zulässig sein. So lässt sich verhindern, dass der Auftraggeber schlicht das Ende des Mäklervertrages abwartet, bis er Zielgeschäfte eingeht, nur um einem Greifen der reinen Erfolgsprovision zu entgehen. Nicht wirksam möglich sind demgegenüber Abreden, nach denen generell jedes nachvertragliche Zustandekommen von Zielgeschäften von der reinen Erfolgsprovision erfasst sein soll.<sup>845</sup>

## (2) Agenturvertragsrecht

Das gesetzliche Agenturvertragsrecht regelt die Frage nachvertraglicher Abschlüsse von Zielgeschäften bei reiner Erfolgsprovision im Rahmen der Provisionsvoraussetzungen (Art. 418g Abs. 1 OR) nicht. Folglich wäre gemäss Art. 418b Abs. 1 OR ergänzend Mäklervertragsrecht zur Anwendung zu bringen ([Rz. 383 ff.](#)). Damit würden nachvertragliche Abschlüsse von Zielgeschäften an sich keinen Provisionsanspruch des Agenten entstehen lassen, wenn diese nicht Folge der Tätigkeit des Agenten sind. Die reine Erfolgsprovision wäre prinzipiell auf das Zustandekommen von Zielgeschäften während Bestehens des Agenturvertrages beschränkt.

386

Diese Lösung entspricht den agenturvertragsrechtlichen Wertungen. So regelt das Agenturvertragsrecht in Abs. 2 von Art. 418g OR einen Fall der Vergütung aufgrund des Zustandekommens von Zielgeschäften, ohne dass die Tätigkeit des Agenten hierfür kausal zu sein hat. Konkret geht es um den Vergütungsanspruch des Exklusivagenten (dazu [Rz. 476 ff.](#)): Dieser erstreckt sich, über den Vergütungsanspruch nach Art. 418g Abs. 1 OR hinaus,<sup>846</sup> auf alle Zielgeschäfte, die in den Bereich der Exklusivität fallen, ob sie vom Auftraggeber nun mit oder ohne kausalen Beitrag des Agenten getätigt werden. Verlangt ist lediglich, dass diese Geschäfte während der Dauer des Agenturvertrages zustande kom-

387

<sup>844</sup> VON BÜREN, S. 217.

<sup>845</sup> So auch GUGGENBÜHL, S. 292; in dessen Folge MARQUIS, S. 465 f.; ebenso Urteil des BGer Stoffel contre Bersier vom 16. November 1971, in: SJ 1973, S. 302, m.w.H.

<sup>846</sup> ZÜRCHER, S. 36 f.; BGE 84 II 542 E. 4 S. 546 ff; unter Hinweis auf vorgenannten Entscheid auch ZK-BÜHLER, N 21 f. zu Art. 418g; oder CR CO I-DREYER, N 15 zu Art. 418g.

men.<sup>847</sup> Konsequenz des Entfallens des Kausalitätserfordernisses als Vergütungsvoraussetzung ist in diesem Fall mithin die Beschränkung des Vergütungsanspruches auf Zielgeschäfte, die vom Auftraggeber während Bestehens des Agenturvertrages eingegangen werden.<sup>848</sup> Nicht an die Dauer des Agenturvertrages gebunden ist die Entstehung des Vergütungsanspruches aber auch für einen Exklusivagenten wiederum dann, wenn sich der spätere Abschluss eines Zielgeschäftes auf die Tätigkeit des Agenten zurückführen lässt.<sup>849</sup> Das Agenturvertragsrecht selbst behandelt reine Erfolgsprovisionen demnach zumindest in den Grundsätzen nicht anders als das Mäklervertragsrecht ([Rz. 383 ff.](#)).

388 Vor diesem Hintergrund ([Rz. 386 f.](#)) rechtfertigt es sich für das Agentur- genauso wie für das Mäklervertragsrecht vom Grundsatz auszugehen, dass die reine Erfolgsprovision nur das Zustandekommen von Zielgeschäften während der Dauer des Mäkler- respektive Agenturvertrages erfasst. Allerdings folgt aus der Anwendbarkeit der mäklervertragsrechtlichen Grundsätze ([Rz. 384](#)) auf den Agenturvertrag ([Rz. 386](#)) nach hier vertretener Meinung, dass es im Agenturvertrag ebenso möglich sein muss, die reine Erfolgsprovision mittels Abrede in beschränktem Umfang auf nachvertragliche Abschlüsse auszudehnen. So lassen sich nur (aber immerhin) jene nachvertraglich zustande gekommenen Zielgeschäfte der reinen Erfolgsprovision unterstellen, die der Auftraggeber mit Dritten tätigt, mit denen er bereits während Bestehens des Agenturvertrages im Hinblick auf einen solchen Abschluss in Kontakt stand.

## **b Regelungen zur Kausalität als Vergütungsvoraussetzung im Vermittlungsvertrag**

389 Von Gesetzes wegen hat die Vermarktungsagentur dem Gesagten ([Rz. 353](#) bzw. [Rz. 357](#)) nach weder als Mäklerin noch als Agentin Anspruch auf ihre erfolgsabhängige Vergütung, wenn sie keinen kausalen Beitrag zum jeweiligen Zustandekommen eines Verwertungsvertrages geleistet hat. Mittels entsprechender Vereinbarung können Rechteinhaber und Vermarktungsagentur das

---

<sup>847</sup> ZÜRCHER, S. 34 ff.; BURNAND, S. 60; MAIER, Schweiz, S. 355; Botschaft Agenturvertrag, S. 678; BGE 76 II 45 E. 3 S. 50, m.w.H.; BGE 84 II 542 E. 4 S. 546 ff.; und unter Hinweis auf letztgenannten Entscheid auch BGE 121 III 414 E. 1a S. 416 f.; oder BK-GAUTSCHI [1964], N 4b zu Art. 418g/h/i/k; für den Entfall des Kausalitätserfordernisses im Anwendungsbereich von Art. 418g Abs. 2 OR auch HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 195.

<sup>848</sup> BURNAND, S. 60; ebenso BGE 84 II 542 E. 4 S. 548; und in dessen Folge BK-GAUTSCHI [1964], N 4b zu Art. 418g/h/i/k.

<sup>849</sup> ZÜRCHER, S. 36 f.; ebenso BGE 84 II 542 E. 4 S. 548; sowie in dessen Folge etwa BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418g; ZK-BÜHLER, N 22 zu Art. 418g; oder UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 145.

---

Erfordernis der Kausalität als Vergütungsvoraussetzung jedoch wegbedingen. Diesfalls knüpft die Vergütung der Vermarktungsagentur allein an den Eintritt des vergütungsbegründenden Ereignisses an (von Gesetzes wegen das Zustandekommen von Verwertungsverträgen; [Rz. 380](#) bzw. [Rz. 381](#)). Ob sich dieses Ereignis seinerseits auf die Tätigkeit der Vermarktungsagentur zurückführen lässt, ist nicht relevant. Im Sinne der Lehre zum Mäklervertragsrecht kann die Vergütung der Vermarktungsagentur in dieser Konstellation als reine Erfolgsprovision bezeichnet werden ([Rz. 380](#)).

Folge der entsprechenden vertraglichen Gestaltung ist, dass sich die eigene Akquisitionstätigkeit oder der Beizug einer weiteren Vermarktungsagentur hinsichtlich derselben Sportrechte für den Rechteinhaber finanziell nicht mehr lohnt. Denn er läuft stets Gefahr, im Erfolgsfalle auch jener Vermarktungsagentur eine Vergütung ausrichten zu müssen, die sich eine reine Erfolgsprovision ausbedungen hat. Die reine Erfolgsprovision entfaltet somit faktisch eine Ausschliesslichkeitswirkung zugunsten der Vermarktungsagentur ([Rz. 382](#)).

390

Ist im Vermittlungsvertrag eine reine Erfolgsprovision vereinbart, erfasst diese prinzipiell lediglich Vermarktungserfolge während Bestehens des Vermittlungsvertrages ([Rz. 383 ff.](#) bzw. [Rz. 386 ff.](#)). Insbesondere nachvertragliche Abschlüsse von Verwertungsverträgen sind auch bei Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision grundsätzlich nur dann vergütungsrelevant, wenn sie auf die Tätigkeit der Vermarktungsagentur zurückzuführen sind. Jene Tätigkeit muss ausserdem während der Dauer des Vermittlungsvertrages entfaltet worden sein. Ganz im Sinne der Dispositivität der gesetzlichen Ordnung der Vergütungsvoraussetzungen im Mäkler- und Agenturvertragsrecht lässt sich vertraglich jedoch Gegenteiliges vorsehen. Doch kann die reine Erfolgsprovision niemals wirksam auf sämtliche Abschlüsse von Verwertungsverträgen nach Beendigung des Vermittlungsvertrages ausgedehnt werden. Verlangt ist vielmehr stets, dass der Rechteinhaber mit dem betreffenden Verwertungspartner bereits während des Bestehens des Vermittlungsvertrages im Hinblick auf das Eingehen eines Verwertungsvertrages Kontakt hatte ([Rz. 385](#) bzw. [Rz. 388](#)).

391

Auf jeden Fall ist bei Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision im Vermittlungsvertrag anzuraten, die Vergütungsrelevanz des Zustandekommens von Verwertungsverträgen nach Beendigung des Vermittlungsvertrages unmissverständlich zu adressieren. Dabei gilt es zu klären, ob der Verzicht auf das Erfordernis der Kausalität auch für nachvertragliche Vermarktungserfolge gelten soll; dabei ist jeweils die begrenzte Reichweite der reinen Erfolgsprovision für nachvertragliche Konstellationen zu beachten ([Rz. 391](#)).

392

## 5 Dispositivität bezüglich des Zeitpunktes des Zustandekommens eines Zielgeschäftes

### a Gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen

#### i Mäklervertragsrecht

393 Die Dispositivität der mäklervertragsrechtlichen Vergütungsvoraussetzungen (Art. 413 Abs. 1 OR) erstreckt sich auch auf den Zeitpunkt des Zustandekommens eines Zielgeschäftes. So gilt im Mäklervertragsrecht zwar prinzipiell, dass das Zustandekommen eines Zielgeschäftes selbst dann noch vergütungsbegründend wirkt, wenn der Mäklervertrag bereits beendet worden ist ([Rz. 352](#)). Allerdings können Mäkler und Auftraggeber von besagtem Grundsatz mittels Abrede abweichen.<sup>850</sup> Im Mäklervertrag lässt sich der Vergütungsrelevanz des Zustandekommens eines Zielgeschäftes mithin ein zeitlicher Rahmen setzen. Das ist der Fall, wenn die Parteien vorsehen, dass der Mäkler das Zielgeschäft bis zu einem bestimmten Zeitpunkt respektive innert Frist herbeiführen soll.<sup>851</sup> Gelingt ihm dies nicht, hat er aufgrund einer solchen Abrede keinen Anspruch auf Vergütung.<sup>852</sup> Dies selbst dann, wenn das betreffende Zielgeschäft später allenfalls doch noch zustande kommt und dies seinerseits auf die Tätigkeit des Mäklers zurückzuführen ist.<sup>853</sup>

#### ii Agenturvertragsrecht

394 Fraglich ist, ob die Parteien des Agenturvertrages die Vergütungsrelevanz des Zustandekommens von Zielgeschäften in gleicher Weise zeitlich einschränken wie die Parteien des Mäklervertrages ([Rz. 393](#)). Da Art. 418g Abs. 1 OR in Bezug auf die Provisionsvoraussetzungen dispositiv ist ([Rz. 365](#)), müssen vom Gesetz abweichende Parteiabreden bezüglich der Vergütungsrelevanz des Zeitpunktes des Zustandekommens von Zielgeschäften richtigerweise möglich sein.<sup>854</sup>

---

<sup>850</sup> MARQUIS, S. 395.

<sup>851</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412; CHK-BRACHER, N 2 zu Art. 413 OR; BSK OR I-AMMANN, N 7 zu Art. 413; GUGGENBÜHL, S. 122 und S. 206; MARQUIS, S. 395; BGE 57 II 187 E. 2 S. 192 f.

<sup>852</sup> BSK OR I-AMMANN, N 7 zu Art. 413; so bereits BGE 26 II 345 E. 1 S. 349; und unter Hinweis auf vorgenannten Entscheid BGE 57 II 187 E. 2 S. 192; BK-GAUTSCHI [1964], N 8b zu Art. 412, m.w.H.; GUGGENBÜHL, S. 122 f., m.w.H. und S. 206; TURRETTINI, S. 104, m.w.H.

<sup>853</sup> Grundlegend BGE 26 II 345 E. 1 S. 349; und in dessen Folge auch BGE 57 II 187 E. 2 S. 192; TURRETTINI, S. 104; GUGGENBÜHL, S. 122 f.; MARQUIS, S. 396.

<sup>854</sup> Im Ergebnis TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5133; STRAUB, Rz. 23.10.

Gestützt wird diese Ansicht durch das subsidiär anwendbare Mäklervertragsrecht ([Rz. 355](#)), das derartige zeitliche Begrenzungen der Vergütungsrelevanz ebenso erlaubt ([Rz. 393](#)). Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, für das Agenturvertragsrecht Gegenteiliges anzunehmen.

Die Parteien des Agenturvertrages können folglich wirksam vorsehen, dass das Zustandekommen von Zielgeschäften zufolge der Vermittlung des Agenten nur vergütungsrelevant ist, wenn dies bis zu einem vereinbarten Zeitpunkt bzw. innert der konkret gesetzten Frist geschieht.

395

## **b Regelungen zum Zeitpunkt des Zustandekommens eines Zielgeschäftes als Vergütungsvoraussetzung im Vermittlungsvertrag**

Das zur Dispositivität des Zeitpunktes des Zustandekommens von Zielgeschäften als Vergütungsvoraussetzung Erörterte ([Rz. 393](#) bzw. [Rz. 394 f.](#)) bedeutet, dass sich der Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur unabhängig von der Qualifikation des Vermittlungsvertrages im Einzelfall wirksam auf solche von der Vermarktungsagentur herbeigeführten Abschlüsse von Verwertungsverträgen begrenzen lässt, die innert einer bestimmten Frist oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen. Insbesondere können die Parteien des Vermittlungsvertrages auf diese Weise die vergütungsbegründende Wirkung des Zustandekommens von Verwertungsverträgen nach Beendigung des Vermittlungsvertrages ausschliessen. Vergütungsrelevant sind dann bloss noch Vermarktungserfolge während Bestehens des Vermittlungsvertrages. Späteres Zustandekommen von Verwertungsverträgen vermag zufolge einer solchen Abrede selbst dann keinen Vergütungsanspruch mehr zu begründen, wenn es auf die vormalige Tätigkeit der Vermarktungsagentur zurückzuführen ist.<sup>855</sup>

396

## **6 Zusammenfassung**

Zur parteiautONOMEN Regelung der Vergütung der Vermarktungsagentur lässt sich konstatieren, dass weitgehende Abweichungen von der gesetzlichen Ordnung vereinbart werden können ([Rz. 361 ff.](#)). Damit die Vermarktungsagentur

397

---

<sup>855</sup> Siehe zur praktischen Notwendigkeit, die Vergütungsrelevanz nachvertraglicher Abschlüsse von Verwertungsverträgen im Vermittlungsvertrag zu klären BALLASCH/KLIESCH, S. 368; vgl. VON APPEN/LANIG, S. 236; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 45; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639.

nur dann Anspruch auf Vergütung hat, wenn ihre Tätigkeit zum beabsichtigten Erfolg führt, ist lediglich die suspensive Bedingtheit des Vergütungsanspruches zu wahren ([Rz. 374](#)).

- 398 Die vermittlungsvertragliche Regelung der Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur kann sich vorab auf das vergütungsbe gründende Ereignis beziehen. Anstelle des Vermarktungserfolges selbst wird beispielsweise die Erfüllung von Verwertungsverträgen oder das Vorliegen abschlussreifer Vertragsentwürfe für massgeblich erklärt ([Rz. 374 ff.](#)). Auch vermittlungsvertragliche Ausführungsabreden sind in diesem Zusammenhang relevant ([Rz. 377 ff.](#)): Da sie vorgeben, welchen Anforderungen ein Zielgeschäft zu genügen hat, um vertragsgemäss zu sein, entsteht grundsätzlich kein Vergütungsanspruch, wenn ein Verwertungsvertrag von Ausführungsabreden abweicht. Eine Ausnahme besteht lediglich für Abweichungen von vermittlungsvertraglichen Richtpreisen (das heisst zu erzielenden Verwertungserlösen), wenn der Vermittlungsvertrag Mäklervertrag ist ([Rz. 378](#)).
- 399 Das Erfordernis der Kausalität der Tätigkeit der Vermarktungsagentur für das vergütungsbegründende Ereignis lässt sich vertraglich ebenso wegbedingen ([Rz. 389 ff.](#)). Diesfalls liegt eine reine Erfolgsprovision vor. Damit wird jeder Abschluss eines Verwertungsvertrages über die jeweils vom *Outsourcing* erfassten Sportrechte unabhängig von einem relevanten Beitrag der Vermarktungsagentur mit einem Vergütungsanspruch belastet ([Rz. 389](#)). Eine solche reine Erfolgsprovision wirkt im Ergebnis ähnlich wie eine Exklusivitätsverpflichtung zulasten des Rechteinhabers: Eigene Aktivitäten und der Beizug weiterer Personen zur Ermöglichung des Abschlusses von Verwertungsverträgen lohnen sich für den Rechteinhaber nicht ([Rz. 390](#)). Ohne gegenteilige Abrede erstreckt sich eine reine Erfolgsprovision allerdings lediglich auf Vermarktungserfolge während Bestehens des Vermittlungsvertrages. Die Ausdehnung der reinen Erfolgsprovision auf das nachvertragliche Zustandekommen von Verwertungsverträgen ist möglich, allerdings bloss in begrenztem Ausmass: Die Zielgeschäfte müssen mit Verwertungspartnern geschlossen werden, mit denen der Rechteinhaber bereits während der Dauer des Vermittlungsvertrages im Hinblick auf ein Zielgeschäft in Kontakt stand ([Rz. 391](#)).
- 400 Zuletzt erlaubt Dispositivität der gesetzlichen Vergütungsordnung, die Vergütungsrelevanz von Vermarktungserfolgen zeitlich einzugrenzen. Vereinbarungsgemäss haben dann nur jene Verwertungsverträge, die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes oder bis zu einem gewissen Zeitpunkt zustande kommen, einen Vergütungsanspruch zur Folge. So kann namentlich verhindert werden, dass nachvertragliche Abschlüsse von Verwertungsverträgen eine



Vergütungspflicht des Rechteinhabers auslösen, selbst wenn sie auf die Tätigkeit der Vermarktungsagentur während Bestehens des Vermittlungsvertrages zurückzuführen sind ([Rz. 396](#)).

## **IV Die Vergütungsrelevanz weiterer Geschäfte zwischen Rechteinhaber und Vermarktungspartnern**

### **1 Problemstellung**

Im Kontext erfolgsabhängiger Vergütungen der Vermarktungsagentur wird im sportrechtlichen Schrifttum ein besonderes Augenmerk auf den Fall gelegt, da zwischen einem Rechteinhaber und einem von einer Vermarktungsagentur beigebrachten Verwertungspartner weitere Geschäfte abgeschlossen werden, an deren Anbahnung und Abschluss die Vermarktungsagentur ihrerseits nicht mehr beteiligt ist.<sup>856</sup> Der Rechteinhaber nutzt mit anderen Worten den einmal von der Vermarktungsagentur hergestellten Kontakt zum Abschluss von Verträgen, nur diesmal ohne jegliche Mitwirkung der Vermarktungsagentur. Wo die Vergütung der Vermarktungsagentur erfolgsabhängig ist, bleibt zu klären, ob derlei Vertragsschlüsse unter dem Vermittlungsvertrag nichtsdestotrotz vergütungsrelevant sind.

401

### **2 Vergütungsrelevanz von weiteren Geschäften gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen**

#### **a Mäklervertragsrecht**

Der Makler hat grundsätzlich Anspruch auf Vergütung bei Zustandekommen derjenigen Verträge, welche Gegenstand seines Mäklerauftrages sind, sofern dieses Zustandekommen auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist ([Rz. 352 f.](#)). Fraglich ist an dieser Stelle die Vergütungsrelevanz von weiteren Geschäften, die der Auftraggeber mit Dritten schliesst, die ihm zwar aufgrund der Tätigkeit

402

---

<sup>856</sup> Vgl. BALLASCH/KLIESCH, S. 368; SCHULZE, S. 162; siehe zur vermittlungsvertraglichen Regelung potentiell problematischer Konstellationen betreffend Vergütung auch VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 45; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639.

des Mäklers bekannt sind, auf deren Vermittlung sich der konkrete Mäklervertrag aber nicht bezog und an deren Herbeiführung der Mäkler nach der Herstellung des Kontaktes zwischen Auftraggeber und Drittem auch nicht mehr beteiligt war (Rz. 401). Derartige Geschäfte werden als Folgegeschäfte bezeichnet.<sup>857</sup> Sie sind nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung nicht vergütungsrelevant.<sup>858</sup> Der Mäkler soll seinem Auftraggeber spezifisch jene Verträge vermitteln, die sein Auftrag umfasst, nicht Kundschaft im Allgemeinen.<sup>859</sup> Anderes gilt bloss, wenn die weiteren Vertragsschlüsse «mit dem ersten eine wirtschaftliche Einheit, Teile eines mit dem ersten Auftrag in Aussicht genommenen größeren Geschäftes bilden».<sup>860</sup> Freilich bleibt es Mäkler und Auftraggeber unbenommen, zugunsten des Mäklers einen Vergütungsanspruch für Folgegeschäfte zu vereinbaren.<sup>861</sup>

## b Agenturvertragsrecht

- 403 Für den Agenten sieht Art. 418g Abs. 1 OR einen Anspruch auf Vergütung für Geschäfte vor, welche der Auftraggeber ohne Mitwirkung des Agenten mit Dritten tätigt, sofern der Agent die betreffenden Dritten als Kunden für den Auftraggeber geworben hat.<sup>862</sup> Die gemäss Art. 418g Abs. 1 OR provisionspflichtigen weiteren Geschäfte werden in der Lehre auch direkte Geschäfte genannt.<sup>863</sup> Dies, weil sie der Auftraggeber selbst und ohne Mitwirkung des

---

<sup>857</sup> VON BÜREN, S. 218; BURKHALTER, N 32 zu Art. 413; BSK OR I-AMMANN, N 11 zu Art. 413; STREIFF MATTHIAS, S. 82; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 176; SCHWEIGER, S. 92; HUGUENIN, Rz. 3362.

<sup>858</sup> So bereits Urteil des Handelsgerichtes ZH vom 9. November 1917, in: ZR 17, S. 66 f.; ebenso ZK-OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 24 zu Art. 413; in deren Folge BGE 75 II 53 E. 1c S. 56, m.w.H.; und unter Hinweis auf diesen Entscheid BSK OR I-AMMANN, N 11 zu Art. 413; BURKHALTER, N 32 zu Art. 413; HUGUENIN, Rz. 3362; VON BÜREN, S. 218; GUGGENBÜHL, S. 277; CR CO I-RAYROUX, N 24 zu Art. 413; STREIFF MATTHIAS, S. 83; SCHWEIGER, S. 92; BK-GAUTSCHI [1964], N 3f zu Art. 412.

<sup>859</sup> STREIFF MATTHIAS, S. 83; VON BÜREN, S. 218.

<sup>860</sup> ZK-OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 24 zu Art. 413, m.w.H.

<sup>861</sup> BGE 75 II 53 E. 1a S. 54; in dessen Folge HUGUENIN, Rz. 3362; SCHWEIGER, S. 92; GUGGENBÜHL, S. 277; MARQUIS, S. 453; ebenso STREIFF MATTHIAS, S. 83.

<sup>862</sup> CR CO I-DREYER, N 11 zu Art. 418g; BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418g; UMBRICHT/GREYER, Rz. 140; BURNAND, S. 59; MIRFAKHRAEI, Rz. 141; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 548; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 57; Botschaft Agenturvertrag, S. 678; Urteil des BGer 4C.249/2005 vom 24. Mai 2006 E. 3.

<sup>863</sup> ZÜRCHER, S. 29; BURNAND, S. 59; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 548; Botschaft Agenturvertrag, S. 678.

Agenten «direkt» mit den jeweiligen Dritten schliesst.<sup>864</sup> Dabei kann es sich beispielsweise um Nachbestellungen handeln.<sup>865</sup>

Direkte Geschäfte sind nach Art. 418g Abs. 1 OR jeweils vergütungsrelevant, wenn sie in ihrer Art jenen Verträgen entsprechen, die gemäss Agenturvertrag vom Agenten für den Auftraggeber herbeizuführen sind.<sup>866</sup> Ausserdem muss der Agent gemäss Art. 418g Abs. 1 OR die Dritten, mit denen der Auftraggeber «direkt» kontrahiert, angeworben haben. Erforderlich ist, dass der Agent in irgendeiner Form eine Beziehung zwischen Auftraggeber und jenen Dritten hergestellt hat, ohne dass sich diese Tätigkeit bereits auf das Eingehen des nun getätigten Geschäftes bezog.<sup>867</sup> *«Cette provision est en fait destinée à rétribuer l'agent pur l'ensemble de son activité et pour la clientèle qu'il a acquise durablement pour le compte de son mandant».*<sup>868</sup> Immerhin bleibt der Agent damit im weiteren Sinne in den Vertragsschluss involviert.<sup>869</sup> Das soll zugleich genügen, um die nach überwiegender Meinung auch für die Entstehung dieses Vergütungsanspruches des Agenten erforderliche Kausalität (Rz. 357) – hier zwischen den Aktivitäten des Agenten und dem Zustandekommen eines direkten Geschäftes – bejahen zu können.<sup>870</sup>

Eingeschränkt ist der Vergütungsanspruch des Agenten für direkte Geschäfte des Auftraggebers durch Art. 418g Abs. 1 OR in zeitlicher Hinsicht: Nach dieser Bestimmung folgt aus direkten Geschäften lediglich dann ein Vergütungsanspruch des Agenten, wenn sie vom Auftraggeber während Bestehens des Agenturvertrages geschlossen werden.<sup>871</sup> Einzig für Nachbestellungen reicht

<sup>864</sup> ZÜRCHER, S. 29. Ob das Geschäft «direkt» ist oder nicht, beurteilt sich mit anderen Worten aus der Perspektive des Auftraggebers.

<sup>865</sup> Ausdrücklich BK-GAUSCHI [1964], N 2e zu Art. 418g/h/i/k, m.w.H.

<sup>866</sup> ZÜRCHER, S. 30; Urteil des BGer 4C.249/2005 vom 24. Mai 2006 E. 3.

<sup>867</sup> Treffend ZÜRCHER, S. 30; BURNAND, S. 59; vgl. BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418g; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 140.

<sup>868</sup> BURNAND, S. 59 [Hervorhebung hinzugefügt].

<sup>869</sup> ZÜRCHER, S. 30; vgl. BK-GAUSCHI [1964], N 2g zu Art. 418g/h/i/k; im Ergebnis auch CR CO I-DREYER, N 11 zu Art. 418g; BURNAND, S. 59; BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418g; Botschaft Agenturvertrag, S. 678.

<sup>870</sup> STRAUB, Rz. 23.4; Botschaft Agenturvertrag, S. 677 f.; im Ergebnis BK-GAUSCHI [1964], N 2d zu Art. 418g/h/i/k; und in dessen Folge UMBRICHT/GRETHER, Rz. 140, m.w.H.; BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418g; MIRFAKHRAEI, Rz. 119 und Rz. 140; anderer Meinung ZÜRCHER, S. 31; BURNAND, S. 59; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 195.

<sup>871</sup> UMBRICHT/GRETHER, Rz. 141; MAIER, Schweiz, S. 355; ZÜRCHER, S. 29; BURNAND, S. 59; HUGUENIN, Rz. 3416; BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418g; Botschaft Agenturvertrag, S. 678; BGE 84 II 542 E. 3 S. 545; und in dessen Folge BGE 121 III 414 E. 1a S. 416 f.; Urteil des BGer 4C.249/2005 vom 24. Mai 2006 E. 3.

nach Art. 418t Abs. 1 OR bereits der Eingang der Bestellung beim Auftraggeber während der Dauer des Agenturvertrages aus.<sup>872</sup>

- 406 Zwingend ist die Vergütungsrelevanz von direkten Geschäften, insbesondere von Nachbestellungen, unter dem Agenturvertrag nicht. Sie lässt sich gemäss Art. 418g Abs. 1 OR vertraglich wegbedingen.<sup>873</sup> Hierfür ist, wie Art. 418g Abs. 1 OR klarstellt, Schriftlichkeit verlangt.<sup>874</sup> Der Agent kann also *qua* entsprechender schriftlicher Vereinbarung lediglich für solche Geschäfte provisionsberechtigter sein, zu deren Zustandekommen er über seine vertragsgemässe Vermittlungstätigkeit kausal beigetragen hat.

### 3 Anspruch der Vermarktungsagentur auf Vergütung aufgrund weiterer Geschäfte

- 407 Die mäkler- und agenturvertragsrechtlichen Grundsätze zu den Folgegeschäften (Rz. 402) respektive den direkten Geschäften (Rz. 403 ff.) sind für die Beantwortung der Frage nach der Vergütungsrelevanz weiterer Geschäfte massgeblich, die der Rechteinhaber ohne Mitwirkung der Vermarktungsagentur mit jenen Verwertungspartnern schliesst, die ihrerseits ursprünglich von der Vermarktungsagentur beigebracht worden sind (Rz. 401).
- 408 Mäklervertragsrechtlich sind diese weiteren Geschäfte des Rechteinhabers den sogenannten «Folgegeschäften» (Rz. 402) zuzuordnen. Sie sind gemäss der Lehre und Rechtsprechung zum Mäklervertrag an sich nicht vergütungsrelevant (Rz. 402). Eine Ausnahme greift lediglich dann, wenn solche weiteren Geschäfte Teile eines wirtschaftlich einheitlichen Geschäfts darstellen, das vom vermittlungsvertraglichen Auftrag der Vermarktungsagentur erfasst ist.

---

<sup>872</sup> ENGEL PIERRE, Contrats, S. 555; MAIER, Schweiz, S. 355; ZÜRCHER, S. 31; BURNAND, S. 59 f.; MIRFAKHRAEI, Rz. 141 f.; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5131; BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418t; CR CO I-DREYER, N 2 zu Art. 418t; Botschaft Agenturvertrag, S. 684; BGE 84 II 542 E. 3 S. 545; und in dessen Folge Urteil des BGer 4C.249/2005 vom 24. Mai 2006 E. 3; anders BK-GAUTSCHI [1964], N 2a zu Art. 418t (siehe jedoch die gegenteiligen Ausführungen in N 2e zu Art. 418g/h/i/k).

<sup>873</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2g zu Art. 418g/h/i/k und N 2c zu Art. 418t; CR CO I-DREYER, N 18 zu Art. 418g; MAIER, Schweiz, S. 355; MIRFAKHRAEI, Rz. 141; ZK-BÜHLER, N 26 zu Art. 418g und N 5 zu Art. 418t; BURNAND, S. 59; Botschaft Agenturvertrag, S. 678; BGE 121 III 414 E. 2c S. 419.

<sup>874</sup> So bereits der Wortlaut von Art. 418g Abs. 1 OR; ebenso MAIER, Schweiz, S. 355; ZÜRCHER, S. 30; UMBRICH/GRETHER, Rz. 141; BK-GAUTSCHI [1964], N 2g zu Art. 418g/h/i/k; CR CO I-DREYER, N 18 zu Art. 418g; ZK-BÜHLER, N 26 zu Art. 418g; STRAUB, Rz. 23.11; offen gelassen bei BSK OR I-PÄRLI, N 3 zu Art. 418g.

---

Denn dann fügen sich die einzelnen Abschlüsse zur Gesamtheit einer von Anfang an in Aussicht genommenen, vertragsgegenständlichen Transaktion zusammen ([Rz. 402](#)).

Unter dem Agenturvertragsrecht sind die weiteren Geschäfte des Rechteinhabers sogenannte «direkte Geschäfte». Als solche haben sie unter den Voraussetzungen von Art. 418g Abs. 1 OR von Gesetzes wegen einen Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur zur Folge: Die direkten Geschäften müssen Geschäfte jener Art sein, die von der Vermarktungsagentur unter dem Vermittlungsvertrag für den Rechteinhaber herbeizuführen sind ([Rz. 404](#)). Zudem muss der Abschluss dieser direkten Geschäfte während Bestehens des Vermittlungsvertrages erfolgen. Nur dann, wenn die direkten Geschäfte eigentliche Nachbestellungen der Verwertungspartner sind, genügt ausnahmsweise bereits der Eingang ebendieser Bestellungen beim Rechteinhaber während des Bestehens des Vermittlungsvertrages (Art. 418t Abs. 1 OR; [Rz. 405](#)).

409

Mäkler- und agenturvertragsrechtliche Ordnung der Vergütungsrelevanz weiterer Geschäfte des Rechteinhabers divergieren demnach ([Rz. 408 f.](#)). Zwingend ist indes keine der beiden ([Rz. 402](#) bzw. [Rz. 406](#)). Rechteinhaber und Vermarktungsagentur können mithin unabhängig von der Qualifikation des Vermittlungsvertrages im Einzelfall regeln, ob die Vermarktungsagentur einen Anspruch auf Vergütung haben soll, wenn der Rechteinhaber weitere Geschäfte mit Verwertungspartnern schliesst, die er aufgrund der Tätigkeit der Vermarktungsagentur kennt. Und wo der Vermittlungsvertrag eine entsprechende Regelung enthält, richtet sich die Frage der Vergütungsrelevanz solcher Geschäfte in erster Linie nach dem von den Parteien Vereinbarten. Um Unsicherheiten und Unwägbarkeiten in Zusammenhang mit einer Qualifikation des Vertrages im Konfliktfall vorzubeugen, ist eine ausdrückliche Regelung dieser Frage im Vermittlungsvertrag nach hier vertretener Meinung stets geboten.

410

Anzumerken ist, dass nach Art. 418g Abs. 1 OR für die vertragliche Wegbedingung des Vergütungsanspruches, welcher der Vermarktungsagentur als Agentin aufgrund von direkten Geschäften zukommt, immerhin Schriftlichkeit verlangt ist ([Rz. 406](#)). Und schliesslich genügt nach der Lehre zum Agenturvertrag das ursprüngliche Zusammenbringen von Rechteinhaber und Verwertungspartner durch die Vermarktungsagentur aus, um auch hinsichtlich des Zustandekommens von weiteren Geschäften zwischen den beiden erstgenannten ohne unmittelbare Mitwirkung der Vermarktungsagentur die Kausalität als Vergütungsvoraussetzung zu bejahen ([Rz. 404](#)).

411

## 4 Zusammenfassung

- 412 Im Mäklervertragsrecht sind Geschäfte, welche der Rechteinhaber mit Verwertungspartnern eingeht, die er ursprünglich durch die Vermarktungsagentur gewonnen hat, ohne dass die Vermarktungsagentur in die Herbeiführung des späteren Geschäftes noch einmal involviert wäre, als Folgegeschäfte zu qualifizieren ([Rz. 408](#)). Agenturvertragsrechtlich ist von direkten Geschäften auszugehen ([Rz. 409](#)).
- 413 Ist der Vermittlungsvertrag Mäklervertrag, so sind diese Folgegeschäfte mangels anderweitiger Vereinbarung nicht vergütungsrelevant ([Rz. 408](#)). Bei Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes auf den Vermittlungsvertrag lösen die direkten Geschäfte von Gesetzes wegen hingegen einen Anspruch der Vermarktungsagentur auf Vergütung aus, sofern es sich bei den direkten Geschäften um Geschäfte jener Art handelt, die von der Vermarktungsagentur gemäss Vermittlungsvertrag herbeizuführen sind (Art. 418g Abs. 1 OR). Mit Ausnahme von Nachbestellungen, für die der Bestellungseingang ausreicht, müssen die direkten Geschäfte immerhin während Bestehens des Vermittlungsvertrages zustande kommen ([409](#)).
- 414 Da weder die mäkler- noch die agenturvertragsrechtliche Ordnung zwingend ist, können Rechteinhaber und Vermarktungsagentur die Frage der Vergütungsrelevanz jener weiteren Geschäfte des Rechteinhabers im Ergebnis nach ihrem Belieben regeln. Die Wegbedingung des Vergütungsanspruches aufgrund von direkten Geschäften, welcher der Vermarktungsagentur als Agentin zukommt, muss allerdings schriftlich erfolgen ([Rz. 410](#)). Nicht zu verwechseln sind vermittlungsvertragliche Abreden zur Vergütungsrelevanz weiterer Geschäfte des Rechteinhabers ausserdem mit dem Verzicht auf die Kausalität als Vergütungsvoraussetzung. Und wenn der Rechteinhaber weitere Geschäfte mit Verwertungspartnern schliesst, die ihm ursprünglich von der Vermarktungsagentur beigebracht wurden, wird die Kausalität der Tätigkeit der Vermarktungsagentur hierfür vermutet ([Rz. 404](#)).

## V Höhe der Vergütung

### 1 Gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen

#### a Grundsatz

Für die Vergütung der Vermarktungsagentur ist neben den Voraussetzungen ihrer Entstehung ([Rz. 352 ff.](#)) ebenso relevant, wie hoch sie ausfallen soll. Art. 414 OR regelt die Festsetzung der Vergütung des Mäklers. Danach ist primär die Parteivereinbarung massgeblich.<sup>875</sup> Subsidiär ist auf allfällig bestehende Taxen und ansonsten auf die Übung abzustellen.<sup>876</sup> Dabei stellen von Privaten erlassene Tarife keine Taxen im vorgenannten Sinne dar. Sie können höchstens Ausdruck einer Übung sein. Taxen im Sinne von Art. 414 OR, die der Übung vorgehen, sind richtigerweise nur behördlich erlassene Tarife.<sup>877</sup> 415

Gemäss Art. 418g Abs. 1 OR richtet sich auch die Höhe der Vergütung des Agenten in erster Linie nach dem von den Parteien Vereinbarten.<sup>878</sup> An zweiter Stelle ist die übliche Vergütung geschuldet.<sup>879</sup> Versagen die vorgenannten Kriterien zur Bestimmung der Vergütungshöhe ([Rz. 415 f.](#)), so ist die Vergütung im Mäkler- wie im Agenturvertragsrecht durch den Richter festzusetzen.<sup>880</sup> 416

<sup>875</sup> TURRETTINI, S. 78; GUGGENBÜHL, S. 144; BSK OR I-AMMANN, N 1 zu Art. 414; BURKHALTER, N 1 zu Art. 414; STREIFF MATTHIAS, S. 86; HUGUENIN, Rz. 3360; CR CO I-RAYROUX, N 2 zu Art. 414; BK-GAUTSCHI [1964], N 2a zu Art. 413; CHK-BRACHER, N 1 zu Art. 414 OR; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 22.

<sup>876</sup> CR CO I-RAYROUX, N 2 zu Art. 414; CHK-BRACHER, N 1 zu Art. 414; BSK OR I-AMMANN, N 1 zu Art. 414; GUGGENBÜHL, S. 144 f.; TURRETTINI, S. 78; MARQUIS, S. 259.

<sup>877</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 177; MARQUIS, S. 266 ff., m.w.H.; SCHWEIGER, S. 200 ff., m.w.H.; vgl. BGE 117 II 286 E. 5b S. 290, m.w.H.; im Ergebnis Urteil des Cour de Justice GE vom 18. November 1983, in: SJ 1984, S. 366, m.w.H.

<sup>878</sup> ZÜRCHER, S. 42; MAIER, Schweiz, S. 536; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 159; BSK OR I-PÄRLI, N 6 zu Art. 418g; BURNAND, S. 52; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5120; Botschaft Agenturvertrag, S. 680.

<sup>879</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 6 zu Art. 418g; ZÜRCHER, S. 42; ZK-BÜHLER, N 7 zu Art. 418g; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 159; MAIER, Schweiz, S. 356 f.; BURNAND, S. 52 f.; Botschaft Agenturvertrag, S. 680.

<sup>880</sup> Für den Mäklervertrag BSK OR I-AMMANN, N 1 zu Art. 414; GUGGENBÜHL, S. 144 f.; TURRETTINI, S. 78; MARQUIS, S. 259; CR CO I-RAYROUX, N 2 zu Art. 414; Urteil des Cour de Justice GE vom 18. November 1983, in: SJ 1984, S. 366, m.w.H.; und für den Agenturvertrag ZÜRCHER, S. 42; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 159; BK-GAUTSCHI [1964], N 12d zu Art. 418g/h/i/k; BURNAND, S. 52 f.; CR CO I-DREYER, N 2 zu Art. 418g; vgl. ZK-BÜHLER, N 10 zu Art. 418g. Die Festsetzung der Vergütung durch den Richter wird teilweise als Vorgehen nach Art. 1

## **b Vereinbarung durch die Parteien**

417 Für die Höhe der Vergütung ist nach dem einleitend Gesagten ([Rz. 415 f.](#)) sowohl unter dem Mäkler- wie unter dem Agenturvertrag in erster Linie die Parteivereinbarung ausschlaggebend (Art. 414 OR bzw. Art. 418g Abs. 1 OR). Dabei gilt es, mehrere Bemessungsformen zu unterscheiden. Möglich ist erstens die Ausgestaltung als Prozentvergütung.<sup>881</sup> Prozentvergütungen werden in der Regel als «Provision» bezeichnet.<sup>882</sup> Prozentvergütung ist die Provision deshalb, weil ihre Höhe nach einem Prozentsatz des Interessenwertes eines anderen Geschäftes bemessen wird.<sup>883</sup> Ebendieser Interessenwert lässt sich dabei anhand unterschiedlicher Bezugspunkte bestimmen. Zu nennen sind etwa Brutto- oder Nettowert des Geschäftes.<sup>884</sup> Weitere mögliche Form zur Bemessung der Vergütung ist jene nach dem Aufwand, der für die Leistungserbringung anfällt.<sup>885</sup> Von Bedeutung ist diesbezüglich insbesondere der Zeitbedarf.<sup>886</sup> Drittens kommt auch die Vergütung mittels Pauschalbeträgen in Frage.<sup>887</sup> Die Vergütung bemisst sich dann nach einer im Voraus abschliessend bestimmten Geldsumme.<sup>888</sup> Als Pauschalbetrag ist die Vergütung in ihrer Höhe vom Volumen allfälliger Zielgeschäfte ebenso unabhängig wie vom Aufwand,

---

Abs. 2 ZGB angesehen (ZK-BÜHLER, N 10 zu Art. 418g; BK-GAUTSCHI [1964], N 5b zu Art. 414 und N 12d zu Art. 418g/h/i/k; GUGGENBÜHL, S. 152), teilweise der Lückenfüllung zugeordnet (MARQUIS, S. 271; SCHWEIGER, S. 206 f.; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 161; CR CO I-RAYROUX, N 2 und N 7 zu Art. 414).

<sup>881</sup> Siehe zur prozentualen Bemessung einer Vergütung etwa BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 413 und N 11c zu Art. 418g/h/i/k; TURRETTINI, S. 79; GUGGENBÜHL, S. 141 und S. 146; CR CO I-RAYROUX, N 5 zu Art. 413; STREIFF MATTHIAS, S. 86; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 549; ZÜRCHER, S. 42; und zum Begriff der Prozentvergütung BGE 101 II 109 E. 2 S. 111, m.w.H.

<sup>882</sup> Für die Provision als Prozentvergütung GUGGENBÜHL, S. 141; BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 413; in der Folge auch BURKHALTER, N 5 zu Art. 413; BSK OR I-AMMANN, N 1 zu Art. 313.

<sup>883</sup> In diesem Sinne etwa ANTOGNAZZA, S. 1; GUGGENBÜHL, S. 141 und S. 146; STREIFF MATTHIAS, S. 87; ZÜRCHER, S. 42; CR CO I-RAYROUX, N 5 zu Art. 413; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 549; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 162; BGE 101 II 109 E. 2 S. 111, m.w.H.

<sup>884</sup> Vgl. STRAUB, Rz. 22.4; siehe zu dieser Thematik auch ZÜRCHER, S. 43; BK-GAUTSCHI [1964], N 11c zu Art. 418g/h/i/k; CHK-MATHYS, N 5 zu Art. 418g-418k OR; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 162; Botschaft Agenturvertrag, S. 20.

<sup>885</sup> Siehe zur Bemessung einer Vergütung nach dem Aufwand im Recht des einfachen Auftrages BK-GAUTSCHI [1971], N 76c zu Art. 394; BK-FELLMANN, N 430 zu Art. 394, m.w.H.

<sup>886</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4597; BK-GAUTSCHI [1971], N 76c zu Art. 394; BK-FELLMANN, N 430 zu Art. 394, m.w.H.; CR CO I-WERRO, N 45 zu Art. 394.

<sup>887</sup> Siehe zur pauschalen Bemessung von Vergütungen CR CO I-RAYROUX, N 5 zu Art. 413; TURRETTINI, S. 79; GUGGENBÜHL, S. 146; STRAUB, Rz. 22.4; BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 413; STREIFF MATTHIAS, S. 86.

<sup>888</sup> BK-GAUTSCHI [1971], N 76b zu Art. 394; BK-FELLMANN, N 430 zu Art. 394; CR CO I-WERRO, N 48 zu Art. 394; vgl. STREIFF MATTHIAS, S. 87; TURRETTINI, S. 79; GUGGENBÜHL, S. 146; STRAUB, Rz. 22.4; siehe für das Beispiel einer Pauschalvergütung den Sachverhalt von BGE 57 II 187.



den die Leistungserbringung verursacht.<sup>889</sup> Hinzuweisen bleibt darauf, dass selbstverständlich beliebige Kombinationen der vorgenannten Bemessungsformen denkbar sind.<sup>890</sup>

### c Festlegung nach der Übung oder durch den Richter

Fehlt im konkreten Mäkler- bzw. Agenturvertrag eine Vereinbarung der Parteien zur Bemessung der Vergütung, und sind auch keine behördlichen Tarife einschlägig, so ist gemäss Art. 414 bzw. Art. 418g Abs. 1 OR für die Vergütungshöhe als Nächstes auf die Übung abzustellen ([Rz. 415](#)). Entscheidend ist dabei immer die Übung «im räumlichen und sachlichen Tätigkeitsgebiet» des jeweiligen Agenten oder Mäklers.<sup>891</sup> 418

Lässt sich im Einzelfall keine einschlägige Übung ermitteln, bleibt die Festsetzung der Vergütungshöhe dem Richter überlassen ([Rz. 415](#)). Zu orientieren hat sich jener dabei nicht an den Bemühungen des Mäklers bzw. des Agenten, sondern vielmehr am angestrebten Erfolg. Das rückt den Wert des Zielgeschäftes oder der Zielgeschäfte für den Auftraggeber in den Fokus und gilt im Mäklergenauso wie im Agenturvertragsrecht.<sup>892</sup> Deshalb wird die gerichtlich bemessene Vergütung meist Provision ([Rz. 417](#)) sein.<sup>893</sup> 419

## 2 Mass der Vergütung der Vermarktungsagentur

### a Ausgangslage

Rechteinhaber und Vermarktungsagentur sind unter beiden für den Vermittlungsvertrag potentiell einschlägigen Vertragstypenrechten *per se* frei darin, die Bemessung der Vergütung der Vermarktungsagentur zu regeln. Die Höhe 420

<sup>889</sup> BK-GAUTSCHI [1971], N 76b zu Art. 394; und für die Unabhängigkeit einer Pauschalvergütung vom effektiv angefallenen Aufwand auch CR CO I-WERRO, N 48 zu Art. 394.

<sup>890</sup> GUGGENBÜHL, S. 147; BK-GAUTSCHI [1964], N 2d zu Art. 413; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 79; BK-GAUTSCHI [1971], N 76e zu Art. 394; BK-FELLMANN, N 458 zu Art. 394.

<sup>891</sup> ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418g, für den Agenturvertrag; ebenso STRAUB, Rz. 22.7; und für den Mäklervertrag TURRETTINI, S. 85; GUGGENBÜHL, S. 149.

<sup>892</sup> Für den Mäklervertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 5b zu Art. 414.; TURRETTINI, S. 86, m.w.H.; GUGGENBÜHL, S. 152; und für den Agenturvertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 12d zu Art. 418g/h/i/k. Die agenturvertragliche Regelung der Höhe der Vergütung folgt in ihrer Konzeption dem Mäklervertragsrecht (Botschaft Agenturvertrag, S. 680).

<sup>893</sup> CR CO I-DREYER, N 2 zu Art. 418g, m.w.H.; siehe für ein Beispiel Urteil des BGer 4A\_404/2018 vom 12. Februar 2019 E. 3.4.3.

dieser Vergütung richtet sich mithin in erster Linie nach dem vermittlungsvertraglich vorgesehenen. In Frage kommt namentlich eine Prozentvergütung, eine Vergütung nach dem Aufwand oder eine pauschale Vergütung ([Rz. 415 ff.](#)).

## **b** Regelung im Vermittlungsvertrag

### *i* Prozentvergütung

#### (1) Grundsatz

421 In der Praxis häufigste Art der Vergütung der Vermarktungsagentur für die Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell ist die Provision.<sup>894</sup> Darunter ist nichts anderes als eine Prozentvergütung im oben dargelegten Sinne ([Rz. 417](#)) zu verstehen: Die Vergütung der Vermarktungsagentur soll ein Geldbetrag sein, dessen Höhe nach einem Bruchteil des Werts der zu vermittelnden Verwertungsverträge bemessen wird.<sup>895</sup> Zu klären ist sodann, auf welchen Wert dafür im Einzelnen abgestellt wird.

#### (2) Bezugsgrösse für den Wert der Verwertungsverträge

422 Wo die Vergütung der Vermarktungsagentur Provision ist, lässt sich der für die Provisionsbemessung ausschlaggebende Wert der Zielgeschäfte seinerseits anhand verschiedener Bezugsgrössen festlegen ([Rz. 417](#)). Zum einen können die Leistungen ausschlaggebend sein, die der Rechteinhaber zufolge der Verwertungsverträge von seinen Verwertungspartnern erhalten soll.<sup>896</sup> Der für die Bemessung der Prozentvergütung entscheidende Wert ergibt sich hier also aus den verwertungsvertraglichen Leistungsverpflichtungen der Verwer-

---

<sup>894</sup> So etwa HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; BALLASCH/KLIESCH, S. 360; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 2 und Rz. 44; DERSELBE, Verwertungsverträge, S. 316; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639; GEISSINGER, S. 108; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; KÖRBER, Rz. 2489; DUVINAGE, S. 570; Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20; vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102 und Rz. 105; im Ergebnis auch KUPFER/NEUSS, S. 294; differenzierend SCHULZE, S. 162 f.

<sup>895</sup> HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; vgl. DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; GUROVITS KOHLI, S. 98; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 44; HOLZHÄUSER/BAGGER, S. 224; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639; KUPFER/NEUSS, S. 294; KÖRBER, Rz. 2489; Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20.

<sup>896</sup> Vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105, m.w.H.; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 44 f.; HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; NASSE, S. 114.

tungspartner.<sup>897</sup> Zum anderen lässt sich aber auch darauf abstellen, was der Rechteinhaber effektiv von den jeweiligen Verwertungspartnern erhält.<sup>898</sup> Zu denken ist namentlich an die Verwertungserlöse (Rz. 63), also diejenigen (Geld)Leistungen, die von Verwertungspartnern in Erfüllung ihrer Pflichten aus Verwertungsverträgen mit dem Rechteinhaber erbracht werden.<sup>899</sup> Zur Bemessung der Prozentvergütung der Vermarktungsagentur wird dann auf vom Rechteinhaber tatsächlich vereinnahmte Gelder (bzw. geldwerte Leistungen) abgestellt.<sup>900</sup>

In jedem Fall sollte aus dem Vermittlungsvertrag eindeutig hervorgehen, wie sich die Grundlage der Provisionsberechnung zusammensetzt. Es muss klar sein, was den massgeblichen Interessenwert der zu vermittelnden Verwertungsverträge ausmacht.<sup>901</sup> Das ist namentlich dort von besonderer Relevanz, wo die Verwertungsverträge neben oder anstelle von Geldleistungen der Verwertungspartner auch Leistungen anderer Art in nicht unerheblichem Ausmass vorsehen.<sup>902</sup> Zu denken ist an Ausrüster, die dem Rechteinhaber zur Unterstützung seiner sportlichen Aktivität Sachleistungen erbringen (Rz. 26). Zuletzt gehört zur vertraglichen Regelung der Bezugsgrösse für die Bemessung der Provision der Vermarktungsagentur auch die Beantwortung der Frage, ob hierbei von Netto- oder Bruttobeträgen auszugehen ist.<sup>903</sup>

423

<sup>897</sup> So etwa Sachverhalt von Urteil des BGer 4A\_216/2021 vom 2. November 2021; Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PT11.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021.

<sup>898</sup> HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; GUROVITS KOHLI, S. 98; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105, m.w.H.; KUPFER/NEUSS, S. 294 und S. 298; Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PT11.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021; vgl. KÖRBER, Rz. 2489; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 45; und siehe für Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20.

<sup>899</sup> Anzuführen sind etwa effektiv erzielte Lizenzeinnahmen (Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PT11.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021).

<sup>900</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105, m.w.H.; KÖRBER, Rz. 2489; KUPFER/NEUSS, S. 294 und S. 298.

<sup>901</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 368; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639.

<sup>902</sup> So namentlich Sachleistungen (SCHLINDWEIN, S. 639; vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 44).

<sup>903</sup> CIOCCA, S. 96; NASSE, S. 114; vgl. HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; BALLASCH/KLIESCH, S. 368; siehe für ein Beispiel der Berechnung der Provision der Vermarktungsagentur aufgrund von Nettoerlösen Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20; und zur Brutto- oder Nettogrundlage für die Berechnung der Provision Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PT11.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021; JENNY/SCHERRER, S. 179.

(3) Provisionsatz

- 424 Eine vermittlungsvertragliche Regelung zur Bemessung einer Provision der Vermarktungsagentur ist erst vollständig, wenn ein Provisionsatz enthalten ist.<sup>904</sup> In der Literatur und der Rechtsprechung finden sich Beispiele von Provisionsätzen zwischen 10% und 40%.<sup>905</sup> Dabei bieten sich durchaus differenzierte Regelungen an. Um dem Einzelfall gerecht zu werden, kann sich der Provisionsatz beispielsweise erhöhen, wenn der für die Provisionsberechnung einschlägige Wert des vermittelten Geschäftes gewisse Schwellenwerte erreicht.<sup>906</sup> Ebenso kommt es durchaus vor, dass die Dauer des Vermittlungsvertrages Einfluss auf die Höhe des Prozentsatzes hat. Je länger diese Dauer ausfällt, desto niedriger die Prozentsätze zur Bemessung der Provision.<sup>907</sup> Die Dauer des Vermittlungsvertrages dient insofern dem Ausgleich tieferer Verprovisionierung einzelner Vermittlungserfolge und *vice versa*.
- 425 Soll eine Vermarktungsagentur unter einem Vermittlungsvertrag mehrere Verwertungsverträge herbeiführen, so können die Prozentsätze für die Herbeiführung der einzelnen Verwertungsverträge unterschiedlich hoch sein.<sup>908</sup> Denkbar ist, dass für die Herbeiführung eines Verwertungsvertrages über das *Naming Right* (Rz. 49) an der Sportstätte des Rechteinhabers eine andere Provision vereinbart wird als für einen Ausrüstervertrag (Rz. 26). Das erlaubt es, die Provision jeweils den Besonderheiten der Vermarktung der einzelnen Sportrechte anzupassen.<sup>909</sup>

---

<sup>904</sup> SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 98; DERSELBE, Vermarktung, S. 639; für ein Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20.

<sup>905</sup> SCHULZE, S. 162; HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; DUVINAGE, S. 570; Sachverhalt von Urteil des BGer 4A\_216/2021 vom 2. November 2021; Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20.

<sup>906</sup> Allgemein STRAUB, Rz. 22.4; BK-GAUTSCHI [1971], N 76e zu Art. 394; siehe für ein Beispiel differenzierter Provisionsätze in einem Vermittlungsvertrag Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 20.

<sup>907</sup> Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PT11.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021.

<sup>908</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 44; siehe allgemein zur Möglichkeit der Abstufung der Provisionshöhe je nach vermitteltem Geschäft BK-GAUTSCHI [1964], N 11b und N 11e zu Art. 418g-418k.

<sup>909</sup> Beispiel bei VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 44.

## ii Vergütung nach dem Aufwand

Wie einleitend ([Rz. 420](#)) bemerkt, braucht die Vergütung der Vermarktungsagentur nicht zwingend Provision zu sein. Genauso gut ist möglich, zur Festlegung der Vergütungshöhe auf den Aufwand abzustellen, welcher der Vermarktungsagentur zur Erfüllung ihrer Aufgaben unter dem Vermittlungsvertrag erwächst. Exemplarisch hierfür ist die Berechnung der Vergütung anhand eines bestimmten Betrages, der mit der von der Vermarktungsagentur für die Leistungserbringung aufgewendeten Zeit multipliziert wird ([Rz. 417](#)).

426

## iii Pauschalvergütung

Schliesslich kann die Vergütung der Vermarktungsagentur mittels Pauschalbeträgen erfolgen. Das ist immer dann der Fall, wenn die Vergütung der Vermarktungsagentur in ihrer Höhe im Vermittlungsvertrag vorbestimmt ist.<sup>910</sup> Diesfalls ist die Vergütung der Vermarktungsagentur in ihrer Höhe vom Volumen der zu vermittelnden Verwertungsverträge genauso unabhängig wie vom Aufwand, der der Vermarktungsagentur in diesem Zusammenhang erwächst ([Rz. 417](#)).

427

## iv Kombination mehrerer Bemessungsformen

Da keine der obengenannten ([Rz. 421 ff.](#)) Möglichkeiten zur Bemessung der Vergütung im Mäkler- oder Agenturvertragsrecht von Gesetzes wegen zwingend vorgegeben ist, ist – wie bereits ausgeführt ([Rz. 417](#)) – stets möglich, in einem Vermittlungsvertrag unterschiedliche Formen zur Bemessung der Vergütung zu kombinieren. So können nebeneinander beispielsweise eine Prozent- sowie eine Pauschalvergütung vereinbart werden. Das bietet sich an, wenn die Vermarktungsagentur gemäss Vermittlungsvertrag für die Herbeiführung gewisser Verwertungsverträge eine Prozentvergütung, für die Herbeiführung anderer Verwertungsverträge hingegen einen fixen Betrag erhalten soll. Aber auch die Vergütung für die Vermittlung ein und desselben Verwertungsvertrages lässt sich anhand einer Kombination von Pauschalbetrag und Prozentvergütung bemessen: Vermarktungserfolge werden mittels Pauschalen abgegolten, wobei ab einer gewissen Schwelle zusätzlich Prozentvergütungen auszurichten sind. Freilich steht es den Parteien des Vermitt-

428

<sup>910</sup> SCHERRER, Sportler-Management, S. 190.

lungsvertrages am Ende frei, die ihren Vorstellungen entsprechende Vergütungsregelung zu wählen und dabei irgendwelche Kombinationen von Bemessungsformen vorzunehmen oder auf solche zu verzichten.

### **c Bemessung der Vergütung nach der Übung oder durch den Richter**

- 429 Haben Rechteinhaber und Vermarktungsagentur die Bemessung der Vergütung im Vermittlungsvertrag nicht geregelt, ist subsidiär auf eine allfällige Übung abzustellen ([Rz. 415](#)).<sup>911</sup> Zu prüfen ist mit anderen Worten, welche Vergütung für die Vermittlung, wie sie im konkreten Vermittlungsvertrag vorgesehen ist, im räumlichen Tätigkeitsbereich der Vermarktungsagentur üblicherweise ausgerichtet wird. Gängig ist im Bereich der Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell sicherlich die Vergütung mittels Provision ([Rz. 421](#)). Fraglich ist, ob sich im Einzelfall überhaupt eine Übung zur Provisionshöhe nachweisen lässt. So ist bereits die Bandbreite von in der Praxis vorkommenden Provisionssätzen mit 10% bis 40% erheblich ([Rz. 424](#)). Und auch die Bezugsgrösse für den Wert der vermittelten Verwertungsverträge wird durchaus unterschiedlich festgelegt ([Rz. 422](#)). Hinzu kommt, dass die Vermarktung von Sportrechten durch Vermarktungsagenturen kein Massengeschäft ist, wie etwa die Vermittlung von Liegenschaftskäufen oder von Versicherungen. Das sind die typischen Beispiele, die im Anwendungsbereich von Mäkler- und Agenturvertrag für die Festlegung der Höhe der Vergütung nach der Üblichkeit genannt werden.<sup>912</sup> Die abstrakte Ermittlung einer Übung zur Bemessung der Vergütung der Vermarktungsagentur erweist sich mithin als schwierig.
- 430 In letzter Instanz bleibt die Festlegung der Höhe der Vergütung der Vermarktungsagentur durch den Richter ([Rz. 415](#)). Leiten lassen wird sich der Richter von ähnlichen Überlegungen, wie sie bereits für die Feststellung einer Üblichkeit der Vergütung gemacht wurden ([Rz. 429](#)). Die Vergütung wird meist Provision sein. Auf diese Weise ist zugleich sichergestellt, dass sich die Vergütung am Erfolg der Tätigkeit der Vermarktungsagentur bemisst ([Rz. 419](#)).

---

<sup>911</sup> Behördliche Tarife, wie sie gemäss Art. 414 OR für den Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag einschlägig sein könnten, sind in Bezug auf die Vermarktung von Sport nicht ersichtlich.

<sup>912</sup> Für den Mäklervertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 4b zu Art. 414; VON BÜREN, S. 214; BSK OR I-AMMANN, N 4 zu Art. 414; Urteil des BGer 4A\_404/2018 vom 12. Februar 2019 E. 3.4.3; und für den Agenturvertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 12c zu Art. 418g/h/i/k; vgl. BURNAND, S. 53.

### 3 Zusammenfassung

Nach dem Gesagten ([Rz. 420 ff.](#)) ist es den Parteien des Vermittlungsvertrages überlassen, wie sie die Bemessung der Vergütung der Vermarktungsagentur regeln ([Rz. 420](#)). Die Vergütung kann sich als Prozentvergütung am Wert der zu vermittelnden Verwertungsverträge bemessen ([Rz. 421](#)). Diesfalls gehört zur vollständigen Regelung der Vergütungshöhe erstens die Angabe, welcher Wert der Verwertungsverträge der Berechnung der Vergütung zu Grunde liegt ([Rz. 422](#)). Zweitens muss der Provisionsatz vermittlungsvertraglich vorgegeben sein ([Rz. 424 f.](#)). In der Praxis kommen Provisionsätze zwischen 10% und 40% vor ([Rz. 424](#)). Ebenso möglich ist, die Vergütungshöhe durch Pauschalbeträge ([Rz. 427](#)) oder nach dem Aufwand der Vermarktungsagentur ([Rz. 426](#)) festzulegen. Und schliesslich lassen sich die unterschiedlichen Formen zur Bemessung der Vergütung von den Parteien nach deren Belieben kombinieren ([Rz. 428](#)). 431

Wo eine vermittlungsvertragliche Festlegung der Höhe der Vergütung der Vermarktungsagentur fehlt, ist subsidiär auf eine etwaige Übung abzustellen: Die Vergütung der Vermarktungsagentur bemisst sich danach, was in vergleichbaren Vermittlungsaufträgen in der Regel als Vergütung vorgesehen ist ([Rz. 429](#)). Lässt sich eine Übung im Einzelfall nicht ermitteln, ist die Höhe der Vergütung gerichtlich zu bestimmen ([Rz. 430](#)). Die übliche genauso wie die gerichtlich festgesetzte Vergütung wird dabei in der Regel Provision sein ([Rz. 429 f.](#)). 432

## VI Relevanz von Störungen in den Verwertungsverträgen für die Vergütung

### 1 Interessenlage

Die zuvor besprochenen Aspekte der Vergütung – die Entstehung ([Rz. 351 ff.](#)) und das Mass ([Rz. 420 ff.](#)) – geben Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen die Vermarktungsagentur Anspruch auf eine Vergütung in welcher Höhe hat. Zentral ist dabei die Feststellung, dass der Anspruch auf Vergütung mangels anderweitiger Regelung besteht, sobald ein Verwertungsvertrag zufolge der Tätigkeit der Vermarktungsagentur zustande kommt ([Rz. 358 f.](#)). Nun ist durchaus denkbar, dass von der Vermarktungsagentur herbeigeführte Ver- 433

wertungsverträge nach ihrem Abschluss nicht (vollständig) erfüllt werden.<sup>913</sup> Das ist etwa der Fall, wenn Zahlungen eines Verwertungspartners ganz oder teilweise ausbleiben.<sup>914</sup> Die möglichen Ursachen hierfür sind mannigfaltig. Sie können in der Sphäre des Verwertungspartners liegen (wie zum Beispiel Liquiditätsprobleme)<sup>915</sup> oder vom Rechteinhaber zu vertreten sein (wie Verletzungen des Verwertungsvertrages durch den Rechteinhaber, die dem Verwertungspartner das Recht geben, seine Leistungen zu mindern).<sup>916</sup> Schliesslich führt auch die vorzeitige Beendigung von Verwertungsverträgen dazu, dass jene nicht wie ursprünglich vorgesehen erfüllt werden; gemäss Verwertungsvertrag eigentlich noch zu erbringende Leistungen bleiben dann aus.<sup>917</sup>

- 434 Offen ist vorderhand, ob derartige Störungen auf Ebene der Verwertungsverträge Auswirkungen auf die Vergütung der Vermarktungsagentur zu zeitigen geeignet sind, nachdem ein Anspruch auf Vergütung bereits entstanden ist.

## **2 Auswirkungen von Störungen in den Zielgeschäften auf den Vergütungsanspruch von Mäklern und Agent im Allgemeinen**

### **a Mäklervertragsrecht**

- 435 Der Vergütungsanspruch des Mäklers, einmal entstanden, bleibt gemäss Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich von einer späteren Nicht- oder nicht richtigen Erfüllung des Zielgeschäftes unberührt.<sup>918</sup> Der Mäkler trägt mit anderen

---

<sup>913</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 45; BALLASCH/KLIESCH, S. 368.

<sup>914</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105; BALLASCH/KLIESCH, S. 368; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639; vgl. VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 45.

<sup>915</sup> Vgl. BALLASCH/KLIESCH, S. 368.

<sup>916</sup> Vgl. PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Fn. 481; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 45.

<sup>917</sup> Vgl. SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639.

<sup>918</sup> In der Lehre etwa TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4985; CR CO I-RAYROUX, N 14 zu Art. 413; BSK OR I-AMMANN, N 6 zu Art. 413; CHK-BRACHER, N 6 zu Art. 413 OR; BUCHER, BT, S. 236 f.; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 21; BK-GAUTSCHI [1964], N 3g zu Art. 412; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 174 f.; SCHWEIGER, S. 113; MARQUIS, S. 374; je m.w.H.; in der Rechtsprechung etwa BGE 71 II 268 E. 2c S. 269; für die Auswirkungen der Nichterfüllung auf den einmal entstandenen Vergütungsanspruch des Mäklers auch BGE 106 II 224 E. 4 f. S. 225 f., m.w.H.; und für jene des Verzichtes auf die Ausführung des Zielgeschäftes durch dessen Parteien BGE 27 II 469 E. 5 S. 473; BGE 29 II 104 E. 6 S. 112.



Worten das Risiko der Erfüllung der Zielgeschäfte nicht.<sup>919</sup> Freilich regelt das gesetzliche Mäklervertragsrecht die Vergütungsvoraussetzungen ([Rz. 352 f.](#)) nicht in zwingender Art und Weise ([Rz. 362](#)). Das hat zur Folge, dass die Entstehung des Vergütungsanspruches des Mäklers von der Erfüllung des Zielgeschäftes abhängig gemacht werden kann, womit vor Erfüllung überhaupt kein Anspruch auf Vergütung besteht ([Rz. 369](#)). Richtigerweise muss es jedoch genauso möglich sein vorzusehen, dass ein schon entstandener Vergütungsanspruch bei späterer Nicht- oder Schlechterfüllung des Zielgeschäftes wieder hinfällig wird. Das Ergebnis ist nämlich jeweils dasselbe: Der Makler verdient keine Vergütung, soweit Störungen in der Ausführung der Zielgeschäfte auftreten.

Nun ist bei Abschluss des Mäklervertrages offen, ob allfällige Zielgeschäfte, sollten sie überhaupt zustande kommen, dann auch richtig erfüllt werden. Dementsprechend handelt es sich bei der Nicht- oder Schlechterfüllung auf der Ebene des Zielgeschäftes aus Sicht von Makler und Auftraggeber um ein künftiges, ungewisses Ereignis. Verwirklicht sich selbiges Ereignis, entfällt der bereits entstandene Vergütungsanspruch wieder. Damit liegt in der Sache eine resolutive Bedingung vor ([Rz. 131 f.](#)).

436

## **b Agenturvertragsrecht**

Anders als der Makler ([Rz. 435](#)) hat der Agent von Gesetzes wegen (Art. 418h OR) in gewissen Fällen für die Erfüllung der von ihm vermittelten Geschäfte einzustehen.<sup>920</sup> «Grundsätzlich soll dem Agenten die Provision nur dann zukommen, wenn das abgeschlossene Geschäft auch zur Ausführung gelangt».<sup>921</sup> Der Anspruch des Agenten auf Vergütung ist dementsprechend *qua* Art. 418h Abs. 1 und 2 OR resolutiv bedingt.<sup>922</sup> Zu unterscheiden sind zwei Konstellationen:

437

Wird ein Zielgeschäft nach dessen Abschluss vom Auftraggeber ganz oder teilweise nicht erfüllt, so hat das nach Art. 418h Abs. 1 OR den nachträglichen (gänzlichen oder zumindest anteiligen) Wegfall der Provision des Agenten für

438

<sup>919</sup> GUGGENBÜHL, S. 207; STREIFF MATTHIAS, S. 73; BGE 106 II 224 E. 4 S. 225; im Ergebnis BGE 139 III 217 E. 2.3 S. 224; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 175.

<sup>920</sup> Für den Unterschied zum Mäklervertrag BUCHER, BT, S. 243; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 58; BK-GAUTSCHI [1964], N 5b zu Art. 418a–418b.

<sup>921</sup> ZÜRCHER, S. 43.

<sup>922</sup> ZÜRCHER, S. 43; in dessen Folge auch BK-GAUTSCHI [1964], N 13a zu Art. 418g/h/i/k; und betreffend Art. 418h Abs. 1 OR CHK-MATHYS, N 9 zu Art. 418g–418k OR; BURNAND, S. 55; ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418h, m.w.H.

dieses Geschäft zur Folge,<sup>923</sup> sofern der Auftraggeber die unterbliebene Ausführung des Zielgeschäftes nicht vertreten muss.<sup>924</sup> Nach Abs. 2 desselben Artikels verliert der Agent seinen einmal entstandenen Provisionsanspruch ausserdem in Gänze, wenn der Auftraggeber bereits Leistungen aus dem Zielgeschäft erbrachte, die Gegenleistung jedoch insgesamt «oder zu einem so grossen Teil unterbleibt, dass dem Auftraggeber die Bezahlung einer Provision nicht zugemutet werden kann».<sup>925</sup> Das Dahinfallen des Vergütungsanspruches des Agenten setzt auch hier voraus, dass die Nichtausführung des Zielgeschäftes nicht vom Auftraggeber zu verantworten ist.<sup>926</sup>

- 439 Eine Gemeinsamkeit mit dem Mäklervertragsrecht ([Rz. 435](#)) weist das Agenturvertragsrecht im vorliegenden Kontext dennoch auf: Die Folgen von Störungen auf der Ebene der Zielgeschäfte für die Vergütung des Agenten sind gesetzlich nicht zwingend geregelt.<sup>927</sup> Die Parteien können mithin jeweils wirksam von den eben dargestellten Grundsätzen ([Rz. 437 f.](#)) abweichen.<sup>928</sup> So lässt sich vereinbaren, dass die gänzliche oder partielle Nichtausführung der vom Agenten herbeigeführten Geschäfte einen einmal entstandenen Provisionsanspruch nicht tangiert.<sup>929</sup> Den resolutiven Bedingungen, die Art. 418h Abs. 1 und 2 OR setzen, wird mittels Parteivereinbarung die Anwendbarkeit versagt.

### 3 Auswirkungen von Störungen in den Verwertungsverträgen auf den Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur

- 440 Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten ([Rz. 435 ff.](#)) lässt sich die Frage beantworten, was für die Vergütung der Vermarktungsagentur gilt, wenn von der Vermarktungsagentur vermittelte Verwertungsverträge aus irgendwel-

---

<sup>923</sup> CHK-MATHYS, N 8 zu Art. 418g–418k OR; MAIER, Schweiz, S. 357; ZÜRCHER, S. 44 ff., m.w.H.; ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418h, m.w.H.; BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418h; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 58.

<sup>924</sup> ZÜRCHER, S. 45; BK-GAUTSCHI [1964], N 13c zu Art. 418g/h/i/k; Urteil des Obergerichtes ZH in Sachen G.E.G. gegen V. S.A. in Liquidation vom 22. Dezember 1966, in: ZR 1968, S. 144; vgl. MAIER, Schweiz, S. 358; UMBRICHT/GRETHE, Rz. 170.

<sup>925</sup> ZÜRCHER, S. 47 ff., m.w.H.; MAIER, Schweiz, S. 357 f.; BSK OR I-PÄRLI, N 2 zu Art. 418h; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 58.

<sup>926</sup> ZÜRCHER, S. 47 f.; in dessen Folge auch ZK-BÜHLER, N 15 zu Art. 418h; oder Urteil des Appellationshofes BE in Sachen Z. gegen S. vom 12. August 1960, in: ZBJV 1961, S. 108.

<sup>927</sup> MAIER, Schweiz, S. 359; im Ergebnis BK-GAUTSCHI [1964], N 5b zu Art. 418a–418b.

<sup>928</sup> Im Ergebnis STRAUB, Rz. 24.5; ZÜRCHER, S. 49; MAIER, Schweiz, S. 359.

<sup>929</sup> ZÜRCHER, S. 49.

chen Gründen überhaupt nicht oder zumindest nicht vollständig erfüllt werden. Derartige Störungen auf Ebene der Verwertungsverträge können – müssen aber nicht zwingend – Folgen für einen bereits entstandenen Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur haben.

Als Mäklerin trifft die Vermarktungsagentur das Risiko der Erfüllung der von ihr vermittelten Verwertungsverträge grundsätzlich nicht (Rz. 435). Ihr Vergütungsanspruch ist, einmal entstanden, von Problemen in der Ausführung der Verwertungsverträge unabhängig. Wo gemäss dem Vermittlungsvertrag also eine der Erfüllung von Verwertungsverträgen vorangehende Stufe im Vermarktungsprozess vergütungsbegründendes Ereignis ist (Rz. 376) oder (mangels vermittlungsvertraglicher Regelung mit dem Gesetz) auf das Zustandekommen von Verwertungsverträgen abzustellen bleibt (Rz. 358), haben darauffolgende Störungen im Verhältnis von Rechteinhaber und Verwertungspartner keinen Einfluss auf den Bestand des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur. Wollen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur die Vergütung letzterer hingegen in Abhängigkeit zur Erfüllung der Verwertungsverträge sehen, ist es ihnen unbenommen, diese Erfüllung im Vermittlungsvertrag zum vergütungsbegründenden Ereignis zu erklären. Vor erfolgter Erfüllung des Verwertungsvertrages entsteht diesfalls überhaupt kein Vergütungsanspruch (Rz. 376). Zum nämlichen Resultat führt sodann, die Nicht- oder nicht richtige Erfüllung der Verwertungsverträge im Vermittlungsvertrag zur resolutiven Bedingung für den Anspruch auf Vergütung zu machen (Rz. 435 f.). Der Vergütungsanspruch entsteht dann zwar bereits mit Zustandekommen der herbeizuführenden Verwertungsverträge (oder mit einem anderen, für massgeblich erklärten früheren Ereignis im Vermarktungsprozess). Relevante Störungen auf Ebene ebenjener Verwertungsverträge lassen ihn nachträglich jedoch wieder entfallen (Rz. 436).

441

Ist der Vermittlungsvertrag hingegen Agenturvertrag, gilt das Umgekehrte: Gemäss Art. 418h Abs. 1 und 2 OR lässt die mangelhafte Erfüllung von Verwertungsverträgen den bereits entstandenen Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur wieder entfallen; das immer vorausgesetzt, die Nicht- oder nicht richtige Erfüllung der betreffenden Verwertungsverträge ist nicht dem Rechteinhaber selbst zuzuschreiben. Der Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur als Agentin ist insofern von Gesetzes wegen resolutiv bedingt (Rz. 437 f.). Mittels Parteivereinbarung kann davon jedoch abgewichen werden (Rz. 439). So lässt sich einerseits die Erfüllung der jeweiligen Verwertungsverträge als vergütungsbegründendes Moment festlegen (Rz. 376). Andererseits kann die resolutive Bedingtheit des Vergütungsanspruches vertraglich wegbedungen werden (Rz. 439). Dann gilt nichts anderes als im Grundsatz unter dem

442

Mäklervertragsrecht (Rz. 441): Einmal entstanden ist der Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur von späteren Störungen auf Ebene der Verwertungsverträge unabhängig.

- 443 Um den je nach Ergebnis der Vertragsqualifikation unterschiedlichen Rechtsfolgen von Störungen auf Ebene der Verwertungsverträge für die Vergütung der Vermarktungsagentur (Rz. 441 f.) vorzubeugen, ist es an Rechteinhaber und Vermarktungsagentur, sich dieser Frage bereits im Vermittlungsvertrag anzunehmen.<sup>930</sup> Leitend sollte dabei jeweils sein, wer die Gefahr derartiger Störungen nach Meinung der Parteien tragen muss. Soll die Vermarktungsagentur die volle Vergütung in jedem Fall erhalten? Oder soll diese Vergütung von der richtigen Erfüllung der Verwertungsverträge abhängen? Je nach gewählter Lösung treffen Störungen auf Ebene der Verwertungsverträge den Rechteinhaber oder aber die Vermarktungsagentur. Im Kern geht es folglich um eine Risikozuweisung.<sup>931</sup>

## 4 Zusammenfassung

- 444 Für die Beantwortung der Frage, ob sich Störungen in der Erfüllung der Verwertungsverträge auf die Vergütung der Vermarktungsagentur auswirken, ist nach der Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages zu unterscheiden (Rz. 440 ff.). Ist er Mäklervertrag, haben solche Störungen für einen bereits entstandenen Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur grundsätzlich keine Konsequenzen. Rechteinhaber und Vermarktungsagentur können jedoch Gegenteiliges vorsehen, also den Entfall des Anspruches auf Vergütung in solchen Fällen. Sie bedingen den Vergütungsanspruch damit resolutiv (Rz. 441). Im Agenturvertragsrecht gilt diese Lösung von Gesetzes wegen (Art. 418h Abs. 1 und 2 OR), wenn die Störung nicht vom Rechteinhaber zu verantworten ist. Der Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur als Agentin ist bereits von Gesetzes wegen resolutiv bedingt. Allerdings lässt sich davon abedeweise abweichen. Rechteinhaber und Vermarktungsagentur können mit anderen Worten vereinbaren, dass Störungen im Verwertungsvertragsverhältnis keinen Einfluss auf die Vergütung der Vermarktungsagentur haben (Rz. 442).
- 445 Der Rechteinhaber trägt das Risiko der Nicht- oder nicht richtigen Erfüllung der Verwertungsverträge, wenn derartige Störungen vereinbarungsgemäss oder nach dem anwendbaren Gesetzesrecht keine Folgen für den Anspruch

---

<sup>930</sup> BALLASCH/KLIESCH, S. 368; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639; vgl. DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 98; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 45.

<sup>931</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 105 und Fn. 481.

auf Vergütung zeitigen. Andernfalls fällt das Risiko in die Sphäre der Vermarktungsagentur. Da von Gesetzes wegen je nach Qualifikation des Vermittlungsvertrages das exakte Gegenteil gilt, ist es ratsam, die Frage der Vergütungsrelevanz von Störungen in den vermittelten Verwertungsverträgen im Vermittlungsvertrag eindeutig zu beantworten ([Rz. 443](#)).

## VII Sicherung der Vergütung

### 1 Interessenlage

Ist die Vergütung der Vermarktungsagentur erfolgsabhängig, hat letztere nur dann Anspruch auf Vergütung, wenn die Vermarktung tatsächlich von Erfolg gekrönt ist ([Rz. 133](#)). Nun übernimmt die Vermarktungsagentur als professionelle Anbieterin von Vermarktungsleistungen die Vermarktung von Sportrechten eines Rechteinhabers gerade um der Vergütung Willen ([Rz. 208 f.](#)). Denn ihr Geschäftsmodell ist darauf ausgelegt, über diese Vermarktung für Dritte eigene Erträge zu generieren ([Rz. 351](#)). Vor diesem Hintergrund hat die Vermarktungsagentur ein offensichtliches Interesse daran, ihre Beziehung zum Rechteinhaber so zu gestalten, dass dem Verdienen der Vergütung möglichst wenig im Wege steht. Im sportrechtlichen Schrifttum werden hierfür namentlich die zwei folgenden zweckdienlichen Instrumente diskutiert: Die Abschlusspflicht zulasten des Rechteinhabers sowie die Exklusivität.<sup>932</sup> Sie sollen im Anschluss als Mittel zur Sicherung der Vergütung bezeichnet werden.

446

### 2 Abschlusspflicht

#### a Ausgangslage

An erster Stelle ist auf die Abschlusspflicht als Mittel zur Sicherung der Vergütung einzugehen ([Rz. 446](#)). Vorab sei diesbezüglich in Erinnerung gerufen, dass Abschlussfreiheit die Regel darstellt: Der Rechteinhaber bleibt unter dem Vermittlungsvertrag *per se* frei in seiner Entscheidung, ob er die Verwertungsverträge, für deren Abschluss die Vermarktungsagentur die Grundlage geschaffen

447

<sup>932</sup> Für die Abschlussverpflichtung VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 42; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 79; DERSELBE, Vermarktung, S. 639; ELTER, S. 310; und für die Exklusivität KUPFER/NEUSS, S. 297; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 39; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102; und siehe für ein Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 19.

hat, eingeht oder nicht. Das gilt sowohl unter dem Mäkler- als auch unter dem Agenturvertrag (Rz. 258). Gleichzeitig ist die erfolgsabhängig vergütete Vermarktungsagentur grundsätzlich davon abhängig, dass der Rechteinhaber solche Abschlussmöglichkeiten wahrnimmt; sie erhält prinzipiell nur dann ein Vergütung, wenn es zu solchen Vertragsschlüssen kommt (Rz. 375 f.).<sup>933</sup> Die Vermarktungsagentur hat vor diesem Hintergrund ein gewichtiges Interesse daran, bereits im Vermittlungsvertrag festzulegen, unter welchen Umständen der Rechteinhaber zum Abschluss von Verwertungsverträgen, die sie vermittelt hat, verpflichtet ist.<sup>934</sup>

## **b Abschlusspflicht gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen**

### *i Mäklervertragsrecht*

#### (1) Abschlusspflicht im Rechtssinne

448 Im Mäklervertrag ist eine vertragliche Einschränkung der Abschlussfreiheit des Auftraggebers an sich angängig.<sup>935</sup> Somit lässt sich wirksam festlegen, dass der Auftraggeber Gelegenheiten zum Abschluss eines Zielgeschäftes, die sich ihm aufgrund der mäklerischen Tätigkeit bieten, wahrnehmen muss.<sup>936</sup> In der Sache bedeutet das nichts anderes als die Vereinbarung einer Kontrahierungspflicht.<sup>937</sup> Sie aktualisiert sich jeweils, wenn die vom Mäkler effektiv vermittelten Verträge diejenigen Merkmale aufweisen, die gemäss Mäklervertrag die Zielgeschäfte definieren.<sup>938</sup>

---

<sup>933</sup> Das immerhin, sofern die Parteien des Vermittlungsvertrages die Entstehung des Vergütungsanspruches nicht ein früheres Ereignis des Vermarktungsprozesses knüpfen (Rz. 376).

<sup>934</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 42; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 79; DERSELBE, Vermarktung, S. 639; ELTER, S. 310.

<sup>935</sup> SCHWEIGER, S. 137; im Ergebnis auch MARQUIS, S. 175 und S. 344.

<sup>936</sup> SCHWEIGER, S. 137.

<sup>937</sup> Im Ergebnis SCHWEIGER, S. 137; und allgemein zur Kontrahierungspflicht als Pflicht zum Abschluss eines bestimmten Vertrages GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1102, m.w.H.; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 390 zu Art. 1.

<sup>938</sup> BURKHALTER, N 12 zu Art. 413; vgl. MARQUIS, S. 469; TURRETTINI, S. 151. Der Mäkler hat eben nicht irgendwelche Verträge zu vermitteln, sondern solche, die seinem Auftrag entsprechen (Rz. 370 f.).

Diese Kontrahierungspflicht wirkt sich freilich nicht auf das Element der Erfolgsbedingtheit des betreffenden Vertrages aus ([Rz. 157](#)). Damit sie überhaupt greift, muss es dem Mäkler nämlich gelingen, einen Dritten beizubringen, der bereit ist, ein Zielgeschäft zu schliessen. Das steht *ex ante* keineswegs fest. Entsprechend ist im Voraus ebenso wenig klar, ob der Auftraggeber seiner Kontrahierungspflicht tatsächlich Folge zu leisten haben wird. Zugleich entsteht der Anspruch des Mäklers auf Vergütung nach gesetzlicher Konzeption (Art. 413 Abs. 1 OR) erst aufgrund des Abschlusses dieses Zielgeschäftes ([Rz. 352 f.](#)). Die Vereinbarung einer Kontrahierungspflicht zu Lasten des Rechteinhabers ändert folglich nichts daran, dass der Mäkler in Abhängigkeit von einem künftigen und ungewissen Ereignis vergütet wird.<sup>939</sup>

449

## (2) Provisionsgarantie als Alternative

SCHWEIGER wirft in Zusammenhang mit der Abschlusspflicht des Rechteinhabers im Kontext des Mäklervertrages die berechtigte Frage auf, ob es tatsächlich erforderlich ist, zur Sicherung der Vergütung des Mäklers eine durchsetzbare Pflicht des Auftraggebers zum Abschluss der Zielgeschäfte zu begründen. Primärer Zweck einer solchen Vereinbarung ist es SCHWEIGER zufolge eigentlich, dem Mäkler seinen erfolgsabhängigen Vergütungsanspruch zu sichern, wenn der Auftraggeber vom Vertragsschluss aus irgendwelchen Gründen absieht.<sup>940</sup>

450

Der Zweck der Vergütungssicherung lässt sich ebenso verwirklichen, wenn eine Vergütungsfolge an den Verzicht des Auftraggebers auf das Eingehen eines Zielgeschäftes geknüpft wird.<sup>941</sup> Zwar liegt dann keine Abschlusspflicht im Rechtssinne ([Rz. 448](#)) vor. Nichtsdestotrotz entäussert sich der Auftraggeber indirekt seiner Entscheidungsfreiheit in Bezug auf den Abschluss jenes Zielgeschäftes.<sup>942</sup> Sein eventueller Entscheid gegen den Vertragsschluss ist mit der Konsequenz der Vergütung belastet und somit nicht mehr unbeschwert.<sup>943</sup> Diese Gestaltung wird auch als Provisionsgarantie bezeichnet.<sup>944</sup> Eine solche

451

<sup>939</sup> In diesem Sinne BURKHALTER, N 9 zu Art. 413; für die Bedingtheit der Vergütung, da vom Ausfindigmachen eines abschlusswilligen Dritten abhängig, auch HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181; BK-GAUTSCHI [1964], N 11b zu Art. 412; HUGUENIN, Rz. 3354; vgl. VON BÜREN, S. 205.

<sup>940</sup> SCHWEIGER, S. 137.

<sup>941</sup> Vgl. SCHWEIGER, S. 137.

<sup>942</sup> TURRETTINI, S. 150 f.; MARQUIS, S. 469.

<sup>943</sup> Vgl. TURRETTINI, S. 151.

<sup>944</sup> BSK OR I-AMMANN, N 13 zu Art. 413; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181; Urteil des BGer 4A\_562/2017 vom 7. Mai 2018 E. 3.1, m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1.

in den Mäklervertrag aufzunehmen, ist nach Rechtsprechung und Lehre zulässig.<sup>945</sup> Verlangt ist immerhin, dass der Makler überhaupt tätig geworden ist, will er gestützt auf eine Provisionsgarantie eine Vergütung erhältlich machen.<sup>946</sup> Zudem ist zu beachten, dass über die Vereinbarung einer Provisionsgarantie nicht auch die Erfolgsbedingtheit der Vergütung insgesamt abbedungen wird.<sup>947</sup> Das wäre zwar durchaus möglich ([Rz. 369](#)). Doch liegt dann kein Mäklervertrag mehr vor ([Rz. 157](#)).<sup>948</sup>

452 Mit ihrem hier besprochenen Gehalt ([Rz. 450](#)) ändert die Provisionsgarantie an der Erfolgsbedingtheit der Vergütung jedoch nichts. Das erklärt sich wie folgt: Sie knüpft (nicht anders als die Abschlusspflicht im Rechtssinne) daran an, dass es dem Makler überhaupt gelingt, dem Auftraggeber einen Dritten beizubringen, der bereit ist, das betreffende Zielgeschäft zu schliessen.<sup>949</sup> Und wie bereits zur Abschlusspflicht im Rechtssinne ausgeführt ([Rz. 448 f.](#)), hängt der Anspruch diesfalls weiterhin von einem künftigen und ungewissen Ereignis ab.

453 Tatsächlich wird bei Vereinbarung einer solchen Provisionsgarantie ([Rz. 451](#)) bloss das für die Entstehung des Vergütungsanspruches massgebliche Ereignis zugunsten des Mäklers in von Art. 413 Abs. 1 OR abweichender Weise umschrieben. Der Anspruch des Mäklers auf Vergütung entsteht mit Ablehnung eines Vertragsschlusses durch den Auftraggeber.<sup>950</sup> Die Provisionsgarantie wirkt damit im Ergebnis genau gleich wie die aufgrund der Dispositivität von Art. 413 Abs. 1 OR ohne weiteres zulässige Anbindung der Entstehung des Vergütungsanspruches des Mäklers an die erfolgte Vermittlung an sich (als dem Zustandekommen des Zielgeschäftes vorangehendes Ereignis; [Rz. 369](#)).<sup>951</sup>

---

<sup>945</sup> Urteil des BGer vom 19. September 1990, in: CEDIDAC Bulletin d'information, Nr. 14, S. 10; in dessen Folge auch BURKHALTER, N 12 zu Art. 413; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 533; MARQUIS, S. 469; ebenso BSK OR I-AMMANN, N 13 zu Art. 413; ZK-OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 18 zu Art. 413; TURRETTINI, S. 150 f.; BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275; Urteil des BGer 4A\_562/2017 vom 7. Mai 2018 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1; vgl. SCHWEIGER, S. 139.

<sup>946</sup> TURRETTINI, S. 151; CR CO I-RAYROUX, N 38 zu Art. 412; BSK OR I-AMMANN, N 13 zu Art. 413; ZK-OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 18 zu Art. 413; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181.

<sup>947</sup> In diesem Sinne CHK-BRACHER, N 9 zu Art. 413; GUGGENBÜHL, S. 293; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181.

<sup>948</sup> Ausführlich FINK, S. 269 ff.; vgl. BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275 f., m.w.H.; BSK OR I-AMMANN, N 13 zu Art. 413.

<sup>949</sup> MARQUIS, S. 469; TURRETTINI, S. 151.

<sup>950</sup> Vgl. TURRETTINI, S. 151, m.w.H.

<sup>951</sup> Anderer Meinung SCHWEIGER, S. 139 ff., der von einer unechten Konventionalstrafe ausgeht.



## ii Agenturvertragsrecht

Das Agenturvertragsrecht äussert sich nicht *expressis verbis* zur Frage, ob zu- 454  
lasten des Auftraggebers eine Abschlusspflicht vereinbart werden darf. Dem-  
nach wäre nach Art. 418b Abs. 1 OR ergänzend Mäklervertragsrecht heranzu-  
ziehen. Das würde bedeuten, dass sich unter dem Agenturvertrag wirksam  
eine Abschlusspflicht im Rechtssinne oder eine Provisionsgarantie begründen  
liesse (Rz. 448 ff.). Dafür spricht ausserdem, dass der Agent, statt mit der blos-  
sen Vermittlung betraut zu sein, gar den Abschluss von Verträgen für den Auf-  
traggeber zur Aufgabe haben kann. Er ist dann nicht Vermittlungs-, sondern  
Abschlussagent (Rz. 159). Dem Agenturvertrag ist demnach überhaupt nicht  
fremd, dass der Auftraggeber selbst nicht mehr über das Eingehen der Zielge-  
schäfte zu befinden vermag. Statt den Abschluss der Zielgeschäfte dem Agen-  
ten selbst aufzutragen, muss es nach hier vertretener Meinung gleicherma-  
ssen möglich sein, die Aufgabe des Agenten auf die Vermittlung beschränkt zu  
halten, jedoch den Auftraggeber zum Abschluss der Zielgeschäfte zu verpflich-  
ten. Das praktische Ergebnis ist nämlich jeweils dasselbe: Der Auftraggeber ist  
nicht mehr frei in seiner Entscheidung für oder wider den Vertragsschluss.

Hinzu kommt ein Weiteres: Im Agenturvertrag kann ein früheres Ereignis als 455  
das Zustandekommen eines Zielgeschäftes für vergütungs begründend erklärt  
werden (Rz. 372 f.). Das erlaubt es den Parteien beispielsweise, das Beibringen  
abschlusswilliger Dritter für das Verdienen der Vergütung durch den Agenten  
ausreichen zu lassen. Nicht anders wirken schlussendlich eine Abschluss-  
pflicht im Rechtssinne und eine Provisionsgarantie (Rz. 449 bzw. Rz. 453). Auch  
in Bezug auf die Voraussetzungen des Verdienens der Vergütung stehen Ab-  
schlusspflicht des Auftraggebers und Provisionsgarantie folglich mit den  
agenturvertragsrechtlichen Prinzipien in Einklang.<sup>952</sup> Es gilt das zum Mäkler-  
vertragsrecht Ausgeführte (Rz. 448 ff.) sinngemäss.

Unter dem Agenturvertrag ist folglich einerseits möglich, zulasten des Auf- 456  
traggebers eine Abschlusspflicht im Rechtssinne hinsichtlich der Zielgeschäfte  
vorzusehen. Andererseits lässt sich eine Provisionsgarantie vereinbaren. Dies-  
falls muss der Auftraggeber die Vergütung leisten, wenn er vom Agenten ver-  
mittelte Zielgeschäfte nicht abschliesst. In jedem Fall erfassen Abschlusspflicht

---

<sup>952</sup> Wobei nicht einmal erforderlich wäre, dass die Vergütung des Agenten erfolgsabhängig ist.  
Das Agenturvertragsrecht erlaubt die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Vergütung  
(Rz. 364).

im Rechtssinne und Provisionsgarantie lediglich Zielgeschäfte im Sinne des konkreten Agenturvertrages ([Rz. 448](#)): Geschäfte, die jene Merkmale aufweisen, die gemäss Agenturvertrag die Zielgeschäfte definieren

## **c Abschlusspflicht zur Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur**

### *i Grundsatz*

- 457 Unabhängig von der Qualifikation des Vermittlungsvertrages ist der Rechteinhaber dem Gesagten nach ([Rz. 258](#)) prinzipiell frei darin, Verwertungsverträge, für deren Abschluss die Vermarktungsagentur die Grundlagen geschaffen hat, abzuschliessen oder auch nicht. Doch lässt sich im Vermittlungsvertrag wirksam Gegenteiliges vorsehen: Es kann nach beiden einschlägigen Vertragstypenrechten gültig eine Abschlusspflicht im Rechtssinne zulasten des Rechteinhabers vereinbart werden ([Rz. 448 f.](#) bzw. [Rz. 456](#)). Ebenso steht es Rechteinhaber und Vermarktungsagentur frei, eine Provisionsgarantie in den Vermittlungsvertrag aufzunehmen ([Rz. 450 ff.](#) bzw. [Rz. 454 ff.](#)). So oder anders wird der Unsicherheit entgegengewirkt, die für die Vermarktungsagentur im Hinblick auf ihre erfolgsabhängige Vergütung mit der Abschlussfreiheit des Rechteinhabers verbunden ist.
- 458 Die Abschlusspflicht im Rechtssinne nimmt dem Rechteinhaber die Möglichkeit, frei über den Abschluss von Verwertungsverträgen zu entscheiden. Sofern diese Verträge die vermittlungsvertraglichen Vorgaben erfüllen, muss sie der Rechteinhaber eingehen ([Rz. 448](#) bzw. [Rz. 454 ff.](#)). Die Stipulierung dieser Abschlusspflicht ändert allerdings nichts daran, dass der Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur erst mit dem Zustandekommen der vorgenannten Verwertungsverträge entsteht ([Rz. 449](#)). Weigert sich der Rechteinhaber pflichtwidrig, einen Verwertungsvertrag abzuschliessen, hat die Vermarktungsagentur deshalb vorderhand keinen Anspruch auf Vergütung. Es müsste zuerst die Abschlusspflicht durchgesetzt werden.
- 459 Diesbezüglich schafft die Provisionsgarantie Abhilfe. Sie begründet zwar keine eigentliche Pflicht des Rechteinhabers zum Eingehen jener Verwertungsverträge, die die Vermarktungsagentur vermittelt ([Rz. 451](#) bzw. [Rz. 456](#)). Doch knüpft die Provisionsgarantie einen Anspruch auf Vergütung gerade an die Ablehnung eines solchen Vertragsschlusses durch den Rechteinhaber. Das Ziel der Vergütungssicherung für die Vermarktungsagentur verwirklicht die Provisionsgarantie damit unmittelbarer als die Abschlusspflicht im Rechtssinne. Zugleich entfällt aus Sicht der Vermarktungsagentur das Risiko, auf dem Weg

zur Vergütung die Abschlusspflicht gegen den Rechteinhaber durchsetzen zu müssen ([Rz. 458](#)). Folglich ist die Provisionsgarantie gar geeigneter zur Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur als die Abschlusspflicht im Rechtssinne.

Selbstverständlich beschlägt auch die Provisionsgarantie im Ergebnis die unbeschwerter Entscheidung des Rechteinhabers, ob er einen Verwertungsvertrag, dessen Abschluss ihm aufgrund der Tätigkeit der Vermarktungsagentur möglich ist, eingeht oder nicht. Denn er hat die Vermarktungsagentur zu vergüten, selbst wenn er auf das Geschäft verzichtet. Deshalb wirkt sich eine Provisionsgarantie indirekt sehr wohl auf die Abschlussfreiheit des Rechteinhabers aus ([Rz. 451](#) bzw. [Rz. 454](#)).

460

## ii Erfasste Verwertungsverträge insbesondere

In Zusammenhang mit der Abschlusspflicht des Rechteinhabers und der Provisionsgarantie ([Rz. 457 ff.](#)) ist an dieser Stelle hervorzuheben, welchen Anforderungen die von der Vermarktungsagentur vermittelten Verträge genügen müssen, damit Abschlusspflicht und Provisionsgarantie überhaupt greifen. Diese Mittel zur Sicherung der Vergütung erfassen eben nicht irgendwelche Verträge, die die Vermarktungsagentur vermittelt. Vielmehr müssen die Verwertungsverträge, die tatsächlich zum Abschluss vorliegen, jene Vorgaben einhalten, die der Vermittlungsvertrag für sie macht. Sonst liegen keine Zielgeschäfte im Sinne des Vermittlungsvertrages vor ([Rz. 448](#) bzw. [Rz. 456](#)). Das rückt jene vermittlungsvertraglichen Ausführungsabreden in den Fokus, mit welchen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur die zu vermittelnden Verwertungsverträge näher umschreiben ([Rz. 240 ff.](#)). Diese Ausführungsabreden schlagen auf den Anwendungsbereich von Abschlusspflicht und Provisionsgarantie durch. Wollen die Parteien im Einzelfall auf solche Ausführungsabreden verzichten, bietet es sich nach hier vertretener Meinung an, vermittlungsvertraglich zumindest festzuhalten, unter welchen Voraussetzungen Abschlusspflicht oder Provisionsgarantie einschlägig sind.

461

## d Zusammenfassung

Zur Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur kann zulasten des Rechteinhabers im Vermittlungsvertrag wirksam eine Abschlusspflicht im Rechtssinne in Bezug auf die von der Vermarktungsagentur herbeizuführenden Verwertungsverträge vorgesehen werden. Dies gilt bei Qualifikation des Vermittlungsvertrages als Mäklervertrag ebenso wie bei Qualifikation als

462

Agenturvertrag (Rz. 457). Als zweckdienlicher erweist sich allerdings die Vereinbarung einer Provisionsgarantie. Dabei handelt es sich um einen Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur, der entsteht, wenn eine Möglichkeit zum Eingehen eines Verwertungsvertrages vom Rechteinhaber nicht wahrgenommen wird (Rz. 459). Zu beachten ist, dass die Abschlusspflicht im Rechtssinne genauso wie die Provisionsgarantie lediglich dann greifen, wenn die Verwertungsverträge, die die Vermarktungsagentur dem Rechteinhaber zu schliessen möglich macht, die sie betreffenden, vermittlungsvertraglichen Vorgaben (namentlich Ausführungsabreden) erfüllen. Ansonsten liegen keine Zielgeschäfte im Sinne des Vermittlungsvertrages vor. Für eine kohärente Regelung von Abschlusspflicht im Rechtssinne und Provisionsgarantie sind die erfassten Verwertungsverträge deshalb klar zu umschreiben (Rz. 461).

### 3 Exklusivität

#### a Ausgangslage

463 Das zweite Mittel zur Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur (neben der Abschlusspflicht respektive der Provisionsgarantie; Rz. 447 ff.) ist die Exklusivität (Rz. 446). Erhält die Vermarktungsagentur nur dann eine Vergütung, wenn es ihr gelingt, einen Verwertungsvertrag über von ihr zu vermarktende Sportrechte herbeizuführen, hat sie ein Interesse daran, dass neben ihr niemand sonst auf das nämliche Ziel hinwirkt.<sup>953</sup> Diese Alleinstellung ist ausserdem über die Sicherung der Vergütung hinaus im Interesse der Vermarktungsagentur. Denn die parallele Vermarktung derselben Sportrechte eines Rechteinhabers durch mehrere Vermarktungsagenturen kann einen beträchtlichen Koordinationsaufwand mit sich bringen.<sup>954</sup> Zudem stellt sich die Frage, ob das Auftreten mehrerer Akteure als Anbieter der gleichen Sportrechte nicht die Verhandlungsposition gegenüber potentiellen Verwertungspartnern schwächt. Denn dadurch wird eine Mehrzahl von Ansprechpartnern für den Abschluss desselben Verwertungsvertrages geschaffen. Diese Überlegungen gelten ebenso, wenn der Rechteinhaber selbst Aktivitäten zur Vermarktung der betreffenden Sportrechte entfaltet.

---

<sup>953</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 39.

<sup>954</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102; JENNY, S. 38; vgl. PFISTER, Managervertrag, S. 155.

Vor diesem Hintergrund ist es regelmässig ein Anliegen der Vermarktungsagentur, dass neben ihr keine weiteren Vermarktungsagenturen mit der Vermarktung derjenigen Sportrechte des Rechteinhabers betraut werden, die sie gemäss Vermittlungsvertrag zu vermarkten hat.<sup>955</sup> Darüber hinaus kann der Vermarktungsagentur daran gelegen sein, dass der Rechteinhaber selbst nichts unternimmt, um die bezüglichen Sportrechte der Verwertung zuzuführen.<sup>956</sup>

464

## **b Exklusivität gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen**

### *i Mäklervertragsrecht*

#### (1) Exklusivität

Dem Auftraggeber eines Mäklers ist es grundsätzlich unbenommen, zeitgleich mehrere Mäkler mit der Vermittlung desselben Zielgeschäftes respektive derselben Zielgeschäfte zu betrauen. Auch ist ihm durch den Beizug eines Mäklers in keiner Weise verboten, selbst in diesem Sinne tätig zu werden.<sup>957</sup> Doch lässt sich im Mäklervertrag Gegenteiliges vorsehen, das heisst Exklusivität vereinbaren.<sup>958</sup> Fest steht somit bereits, dass im Mäklervertragsrecht Exklusivität die (abredebedürftige) Ausnahme vom Grundsatz ist.

465

<sup>955</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 39.

<sup>956</sup> So etwa bei VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 39; vgl. KUPFER/NEUSS, S. 297.

<sup>957</sup> CHK-BRACHER, N 8 zu Art. 412 OR; DE HALLER, S. 261; TURRETTINI, S. 152; SCHWEIGER, S. 169; MARQUIS, S. 471.

<sup>958</sup> TURRETTINI, S. 151; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 527; VISCHER, Besprechung Urteil 4A\_449/2019, S. 1202; CHK-BRACHER, N 8 f. zu Art. 412 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181; STREIFF MATTHIAS, S. 17; MARQUIS, S. 471; SCHWEIGER, S. 170; BGE 72 II 421 E. 3 S. 421. Statt von der Exklusivität ist beispielsweise auch von Ausschliesslichkeitsklauseln (GUGGENBÜHL, S. 294; BURKHALTER, N 46 zu Art. 413; BSK OR I-AMMANN, N 13 zu Art. 412; CHK-BRACHER, N 8 f. zu Art. 412 OR; BGE 72 II 421 E. 3 S. 421; BGE 103 II 129 E. 1 S. 131) oder vom Alleinauftrag (HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181) die Rede (für die unterschiedlichen Bezeichnungen in Lehre und Rechtsprechung SCHWEIGER, S. 172 f., m.w.H.). Gegen die Zulässigkeit von Exklusivitätsvereinbarungen in Mäklerverträgen spricht sich lediglich GAUTSCHI aus (BK-GAUTSCHI [1964], N 3e und N 6e zu Art. 412). Seine Ansicht findet sich aber in BGE 100 II 361 E. 3d S. 365 treffend widerlegt.

- 466 Unter Exklusivität ist zum einen die Verpflichtung des Auftraggebers zu verstehen, denselben Vermittlungsauftrag keinem weiteren Dritten zu erteilen.<sup>959</sup> Exklusivität kann im Mäklervertragsrecht jedoch weitergehend bedeuten, dass der Auftraggeber sich selbst etwaiger Aktivitäten, die auf das Zustandekommen eines Zielgeschäftes gerichtet sind, enthalten muss.<sup>960</sup> In beiden Fällen liegt eine Unterlassungspflicht des Auftraggebers vor.<sup>961</sup> Erstere Variante soll hier mit SCHWEIGER als einfache, zweite als verschärfte Exklusivität bezeichnet werden.<sup>962</sup> Ist der Gehalt einer Exklusivitätsverpflichtung im Mäklervertrag im Einzelfall nicht klar, so ist mittels Auslegung ([Rz. 147](#)) zu ermitteln, ob *in concreto* einfache oder verschärfte Exklusivität vereinbart worden ist.<sup>963</sup> Im Zweifel ist von bloss einfacher Exklusivität auszugehen.<sup>964</sup>
- 467 Soweit Exklusivität gilt, wird jedenfalls der Eventualität vorgebeugt, dass ohne mäklerischen Beitrag ein Zielgeschäft zustande kommt.<sup>965</sup> Schlussendlich soll das dem Mäkler das Verdienen der Vergütung wahrscheinlicher machen.<sup>966</sup>

## (2) Reine Erfolgsprovision als Alternative

- 468 In Zusammenhang mit der Exklusivität zur Sicherung der Vergütung eines Mäklers ([Rz. 465 ff.](#)) ist darauf hinzuweisen, dass dem Verdienstinteresse des Mäklers ebenso gedient ist, wenn sein Vergütungsanspruch einzig vom Zu-

---

<sup>959</sup> ENGEL PIERRE, *Contrats*, S. 527; HOFSTETTER, *SPR VII/6*, S. 181; CHK-BRACHER, N 9 zu Art. 412 OR; SCHWEIGER, S. 170; MARQUIS, S. 471; in der Rechtsprechung BGE 100 II 361 E. 3d S. 365; und in dessen Folge BGE 103 II 129 E. 1 S. 131; Urteil des BGer 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 3; Urteil des BGer 4A\_449/2019 vom 16. April 2020 E. 5.2.

<sup>960</sup> CHK-BRACHER, N 8 zu Art. 412 OR; HOFSTETTER, *SPR VII/6*, S. 181 f.; BURKHALTER, N 50 zu Art. 413; ENGEL PIERRE, *Contrats*, S. 527; SCHWEIGER, S. 170; MARQUIS, S. 471; Urteil des BGer 4A\_449/2019 vom 16. April 2020 E. 5.2, unter Hinweis auf BGE 100 II 361 E. 3b S. 365.

<sup>961</sup> HOFSTETTER, *SPR VII/6*, S. 181; in dessen Folge BURKHALTER, N 50 zu Art. 413; ebenso BSK OR I-AMMANN, N 15 zu Art. 412; und im Ergebnis MARQUIS, S. 471; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, *Rz.* 4978.

<sup>962</sup> SCHWEIGER, S. 170; in diesem Sinne auch Urteil des BGer 4C.94/2000 vom 20. Juli 2000 E. 2a.

<sup>963</sup> TURRETTINI, S. 153; BURKHALTER, N 50 zu Art. 413, m.w.H.; ausführlich SCHWEIGER, S. 178 ff., m.w.H.; Urteil des BGer 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2010 E. 3, m.w.H.

<sup>964</sup> TURRETTINI, S. 153; MARQUIS, S. 474; SCHWEIGER, S. 182; BGE 97 II 355 E. 3 S. 357; im Ergebnis Urteil des BGer 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2010 E. 3, m.w.H.; anders etwa GUGGENBÜHL, S. 295, m.w.H.

<sup>965</sup> Vgl. MARQUIS, S. 471; SCHWEIGER, S. 169; GUGGENBÜHL, S. 294; HOFSTETTER, *SPR VII/6*, S. 181; BGE 72 II 421 E. 3 S. 422; BGE 100 II 361 E. 3d S. 365.

<sup>966</sup> SCHWEIGER, S. 170; vgl. BGE 72 II 421 E. 3 S. 422; BGE 100 II 361 E. 3d S. 365.

standekommen eines Zielgeschäftes abhängt.<sup>967</sup> Angesprochen ist damit die an anderem Ort ([Rz. 380](#)) bereits erörterte reine Erfolgsprovision.<sup>968</sup> Diese kann demselben Zweck nutzbar gemacht werden wie die Verpflichtung zur Exklusivität ([Rz. 467](#)), sofern lediglich sichergestellt werden soll, dass dem Mäkler seine Vergütung nicht dadurch entgeht, dass das angestrebte Zielgeschäft ohne seine Beteiligung geschlossen wird ([Rz. 382](#)).<sup>969</sup> Zuzugabe der reinen Erfolgsprovision ist die Entstehung des mäklerischen Vergütungsanspruches von ebenjener Beteiligung sowieso unabhängig ([Rz. 380](#)). «Dem Auftraggeber wäre nicht verboten, dank anderen Vermittlern oder selbstständig abzuschliessen, doch hätte der Mäkler den Lohn in jedem Falle verdient».<sup>970</sup> Damit begründet eine reine Erfolgsprovision zwar in rechtlicher Hinsicht keine Exklusivität. Faktisch ist sie jedoch geeignet, das Eingehen von Zielgeschäften durch den Auftraggeber ohne Beitrag des Mäklers zu verhindern.

Zur alleinigen Sicherung der Vergütung des Mäklers reicht eine reine Erfolgsprovision demnach aus. Geht es jedoch darum, Aktivitäten Dritter oder des Auftraggebers selbst zu verhindern, um die Tätigkeit des Mäklers von derartigen potentiellen Störquellen zu entlasten, ist die Vereinbarung von Exklusivität erforderlich.<sup>971</sup> Erst dadurch wird dem Auftraggeber untersagt, weitere Dritte beizuziehen oder selbst tätig zu werden ([Rz. 466](#)).

469

### (3) Kombination von Exklusivität und reiner Erfolgsprovision

Freilich lassen sich Exklusivität ([Rz. 465 ff.](#)) und reine Erfolgsprovision ([Rz. 468 f.](#)) im Mäklervertrag miteinander kombinieren.<sup>972</sup> Der Auftraggeber des Mäklers muss dann (je nach Reichweite der Exklusivitätsverpflichtung) zum einen den Bezug Dritter sowie darüber hinaus allenfalls eigene Aktivitäten unterlassen. Zum anderen hat er dem Mäkler für jedes Zustandekommen eines Zielgeschäftes eine Vergütung zu leisten, unabhängig davon, ob die mäklerische Tätigkeit hierfür kausal war. Die Vergütungsordnung verstärkt in dieser Ausgestaltung faktisch die Exklusivitätsverpflichtung. Da erfolgreiche Bemühungen Dritter respektive des Auftraggebers selbst um den Abschluss des

470

<sup>967</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181; vgl. GUGGENBÜHL, S. 294 f.; TURRETTINI, S. 152; BGE 78 II 421 E. 2b S. 438 ff.

<sup>968</sup> BURKHALTER, N 50 zu Art. 413; MARQUIS, S. 472.

<sup>969</sup> Ebenso VISCHER, Besprechung Urteil 4A\_449/2019, S. 1202; MARQUIS, S. 471; in diesem Sinne etwa die Vereinbarung in BGE 78 II 421 E. 2b S. 438 ff.

<sup>970</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181.

<sup>971</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 182; siehe für derartige Gründe VISCHER, Besprechung Urteil 4A\_449/2019, S. 1202; DE HALLER, S. 262; oder STREIFF MATTHIAS, S. 18.

<sup>972</sup> BURKHALTER, N 50 zu Art. 413; Urteil des BGE 4A\_449/2019 vom 16. April 2020 E. 5.2.

Zielgeschäftes mit einer Vergütungsfolge zugunsten des Mäklers belegt sind, lohnt es sich für den Auftraggeber im Ergebnis nicht, solche Bemühungen zu veranlassen bzw. zu unternehmen.

#### (4) Tätigkeitspflicht des Mäklers bei Vereinbarung von Exklusivität

- 471 Anzufügen bleibt im Kontext von Exklusivität und Mäklervertrag, dass mit der Vereinbarung von Exklusivität im eigentlichen Sinne nach wohl überwiegender Lehre und Rechtsprechung eine Pflicht des Mäklers zur Tätigkeit einhergeht.<sup>973</sup> Dem Mäkler ist also in Abweichung vom mäklervertragsrechtlichen Grundsatz (Rz. 221) nicht anheimgestellt, ob er tatsächlich Vermittlungsaktivitäten entfaltet, wo der Mäklervertrag dem Auftraggeber Exklusivität auferlegt. Einer eigenen Abrede bedarf es zur Begründung der Tätigkeitspflicht des Mäklers *ergo* nicht mehr.

### ii Agenturvertragsrecht

#### (1) Exklusivität von Gesetzes wegen

- 472 Das Agenturvertragsrecht sieht in Art. 418f Abs. 3 OR bereits von Gesetzes wegen unter gewissen Umständen Exklusivität zugunsten des Agenten vor.<sup>974</sup> Sofern diesem für seine Tätigkeit nämlich ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen worden ist, gilt er nach ebengenannter Bestimmung als diesbezüglich «unter Ausschluss anderer Personen beauftragt».<sup>975</sup> In der Sache handelt es sich dabei um eine aus dem Agenturvertrag fließende Unterlassungspflicht des Auftraggebers.<sup>976</sup> Der Auftraggeber darf «keine anderen Personen mit der Vermittlung oder dem Abschluss von solchen [Ziel]Geschäften im Bezirk [...] beauftragen».<sup>977</sup> Ratio dieser Exklusivität

---

<sup>973</sup> GUGGENBÜHL, S. 42; ebenso BGE 103 II 129 E. 3 S. 133; und in dessen Folge auch BSK OR I-AMMANN, N 13 zu Art. 412; CHK-BRACHER, N 9 zu Art. 413 OR; CR CO I-RAYROUX, N 39 zu Art. 412; STREIFF MATTHIAS, S. 17; BUCHER, BT, S. 235; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4957; BGE 144 III 43 E. 3.1.1 S. 47; Urteil des BGer F. contre Agence de Courtage X. vom 17. Januar 2000, in: SJ 2000, S. 322; Urteil des BGer 4C.228/2005 vom 25. Oktober 2010 E. 3; Urteil des BGer 4A\_59/2021 vom 25. Januar 2022 E. 3.1.1; ebenso BURKHALTER, N 48 zu Art. 413; kritisch etwa HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 182; anderer Meinung SCHWEIGER, S. 193.

<sup>974</sup> STRAUB, Rz. 11.1; CHK-MATHYS, N 5 zu Art. 418f OR; BURNAND, S. 48; MIRFAKHRAEI, Rz. 110; BSK OR I-PÄRLI, N 6 zu Art. 418f; HUGUENIN, Rz. 3413; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 547; CR CO I-DREYER, N 7 zu Art. 418f; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 194; ZÜRCHER, S. 32 f.; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5116; Botschaft Agenturvertrag, S. 677.

<sup>975</sup> Art. 418f Abs. 3 OR.

<sup>976</sup> Im Ergebnis BGE 122 III 66 E. 3b/aa S. 70, m.w.H.

<sup>977</sup> ZÜRCHER, S. 33.



ist keine andere als unter dem Mäklervertragsrecht ([Rz. 467](#)): «[E]s liegt auf der Hand, dass der Erfolg und damit das Provisionseinkommen für einen einzigen Agenten relativ grösser sein wird, als wenn er [...] mit anderen Agenten teilen muss».<sup>978</sup>

Wie bereits aus dem Gesetz hervorgeht, setzt der Exklusivitätsanspruch unter Art. 418f Abs. 3 OR jedoch voraus, dass dem Agenten ein Gebiet oder ein Kundenkreis vertraglich zugewiesen ist.<sup>979</sup> Gebiet und Kundenkreis werden auch als Rayon oder Bezirk bezeichnet.<sup>980</sup> Und die Zuweisung erfolgt ihrerseits über die vertragliche Festsetzung eines solchen Rayons für die Tätigkeit des Agenten.<sup>981</sup> 473

Klar ist überdies der Umfang der durch Art. 418f Abs. 3 OR begründeten Exklusivität: Sie verbietet es dem Auftraggeber lediglich, im gleichen Rayon noch weitere Agenten mit der Herbeiführung derselben Zielgeschäfte zu beauftragen.<sup>982</sup> Dem Auftraggeber selbst bleibt es hingegen unbenommen, eigene Aktivitäten im betreffenden Gebiet oder gegenüber dem betreffenden Kundenkreis zu entfalten.<sup>983</sup> Die nach Art. 418f Abs. 3 OR mit Zuweisung eines Rayons einhergehende Exklusivität ist also nur eine einfache ([Rz. 466](#)). 474

Zwingend ist der Exklusivitätsanspruch des Agenten, dem für seine Tätigkeit ein Rayon zugewiesen ist ([Rz. 472 ff.](#)), nicht. Agent und Auftraggeber können demnach in Abweichung von Art. 418f Abs. 3 OR vereinbaren, dass trotz Zuweisung eines Rayons keine Ausschliesslichkeit gelten soll.<sup>984</sup> Das ist Voraussetzung dafür, dass der Auftraggeber im jeweiligen Rayon nicht bloss selbst tätig 475

<sup>978</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2d zu Art. 418f.

<sup>979</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 194; CHK-MATHYS, N 5 zu Art. 418f OR; BK-GAUTSCHI [1964], N 2d zu Art. 418f und N 4b zu Art. 418g/h/i/k; BSK OR I-PÄRLI, N 6 zu Art. 418f; HUGUENIN, Rz. 3413; ZÜRCHER, S. 32; CR CO I-DREYER, N 7 zu Art. 418f; ZK-BÜHLER, N 10 zu Art. 418f; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 547; STRAUB, Rz. 11.1; MAIER, Schweiz, S. 355.

<sup>980</sup> In diesem Sinne etwa ZÜRCHER, S. 32 ff. Der betreffende Agent ist Bezirks- respektive Rayonagent (BGE 76 II 45 E. 3 S. 50).

<sup>981</sup> ZÜRCHER, S. 33.

<sup>982</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 194; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5116; ZÜRCHER, S. 34; BGE 122 III 66 E. 3b/aa S. 70, m.w.H.; im Ergebnis auch BK-GAUTSCHI [1964], N 2d zu Art. 418f.

<sup>983</sup> ZÜRCHER, S. 34; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5116; ZK-BÜHLER, N 9 zu Art. 418f, m.w.H.; BGE 76 II 45 E. 3 S. 51.

<sup>984</sup> BURNAND, S. 48; BK-GAUTSCHI [1964], N 2d zu Art. 418f und N 4b zu Art. 418g/h/i/k; HUGUENIN, Rz. 3413; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 194; ZÜRCHER, S. 33; CHK-MATHYS, N 5 zu Art. 418f OR; MIRFAKHRAEI, Rz. 110; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5116; STRAUB, Rz. 11.1; MAIER, Schweiz, S. 355; BGE 122 III 66 E. 3b/aa S. 70, m.w.H.; Botschaft Agenturvertrag, S. 677.

werden darf, sondern es ihm darüber hinaus erlaubt ist, Dritte zur Herbeiführung von Zielgeschäften hinzuzuziehen.<sup>985</sup> Wirksam ist die betreffende Abrede gemäss Art. 418f Abs. 3 OR allerdings nur bei Schriftlichkeit.<sup>986</sup>

## (2) Provisionsanspruch des Rayonagenten

### (a) Grundsatz

476 Die gesetzliche Regelung zum Agenturvertrag geht nach Art. 418f Abs. 3 OR im Grundsatz von einfacher Exklusivität zugunsten des Agenten aus, wenn dem Agenten für seine Tätigkeit ein Rayon zugewiesen ist ([Rz. 472 ff.](#)). Sie beschränkt sich aber nicht darauf, diesen Exklusivitätsanspruch zu statuieren. Vielmehr enthält das Agenturvertragsrecht für diesen Fall in Art. 418g Abs. 2 OR zusätzlich eine besondere Vergütungsregelung. Nach dieser Bestimmung hat «[d]er Agent, dem ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis ausschliesslich zugewiesen ist, [...] Anspruch auf [...] Provision für alle Geschäfte, die mit Kunden dieses Gebietes oder Kundenkreises während des Agenturverhältnisses abgeschlossen werden». «Provisionspflichtig sind also überhaupt alle Geschäfte, die den Bezirk des Agenten betreffen».<sup>987</sup> In Abweichung von Abs. 1 von Art. 418g OR ist demnach für die Entstehung des Vergütungsanspruches *per se* keinerlei Mitwirkung des Agenten am jeweiligen Geschäftsabschluss verlangt, wenn für die Tätigkeit des Agenten ein Rayon festgelegt wird.<sup>988</sup> Das bedeutet im Ergebnis nichts anderes, als dass das Kausalitätserfordernis als Vergütungsvoraussetzung entfällt.<sup>989</sup> Art. 418g Abs. 2 OR statuiert damit eine reine Erfolgsprovision ([Rz. 380](#)) zugunsten des Rayonagenten.

---

<sup>985</sup> Vgl. STRAUB, Rz. 11.1.

<sup>986</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2d zu Art. 418f und N 4b zu Art. 418g/h/i/k; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 547; MAIER, Schweiz, S. 355; STRAUB, Rz. 11.1; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5116; CHK-MATHYS, N 5 zu Art. 418f OR; BURNAND, S. 48; HUGUENIN, Rz. 3413; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 194; ZÜRCHER, S. 33; BGE 122 III 66 E. 3b/aa S. 70, m.w.H.

<sup>987</sup> ZÜRCHER, S. 34.

<sup>988</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 4a f. zu Art. 418g/h/i/k; BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418g; MAIER, Schweiz, S. 355; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 194 f.; ZÜRCHER, S. 34; Botschaft Agenturvertrag, S. 678; und im Ergebnis BGE 76 II 45 E. 3 S. 50.

<sup>989</sup> BURNAND, S. 60; ZÜRCHER, S. 35; STRAUB, Rz. 23.4 und Rz. 23.9; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 195; ebenso bereits Botschaft Agenturvertrag, S. 678; BGE 76 II 45 E. 3 S. 50.

Allerdings sind nur jene Zielgeschäfte von der reinen Erfolgsprovision nach Art. 418g Abs. 2 OR erfasst, die während der Dauer des Agenturvertrages zum Abschluss gelangen.<sup>990</sup> Das bedeutet indes nicht, dass mit der Zuweisung eines Rayons für die Tätigkeit des Agenten zugleich alle nachvertraglichen Abschlüsse von Zielgeschäften jegliche Vergütungsrelevanz verlieren. Die Entstehung des Vergütungsanspruches aufgrund von nachvertraglichem Zustandekommen von Zielgeschäften richtet sich aber nach Art. 418g Abs. 1 OR (dazu [Rz. 355 ff.](#)).<sup>991</sup> Vorausgesetzt ist mit anderen Worten, dass der Agent einen Beitrag zum nachvertraglichen Zustandekommen des Zielgeschäftes geleistet hat. Dabei muss die massgebliche Tätigkeit des Agenten während Bestehens des Agenturvertrages entfaltet worden sein. Der Umstand, dass ein Zielgeschäft erst später zustande kommt, ist für die Entstehung des Vergütungsanspruches sodann ohne Belang.<sup>992</sup>

477

### (b) Dispositivität

Art. 418g Abs. 2 OR, der die reine Erfolgsprovision zugunsten des Rayonagenten vorsieht ([Rz. 476 ff.](#)), ist nicht zwingend. Das erlaubt es den Parteien des Agenturvertrages, die reine Erfolgsverprovisionierung trotz Zuweisung eines Rayons an den Agenten und damit einhergehender einfacher Exklusivität wegzubedingen.<sup>993</sup>

478

Dafür soll nach der einen Lehrmeinung, der sich das Bundesgericht angeschlossen hat, Schriftlichkeit erforderlich sein, nach der anderen nicht.<sup>994</sup> Diejenigen Autoren (und auch das Bundesgericht), die das Erfordernis der Schriftlichkeit bejahen, verweisen dabei im Ergebnis stets auf die Ausführungen

479

<sup>990</sup> ZÜRCHER, S. 36; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 548; MAIER, Schweiz, S. 355; BGE 84 II 542 E. 4 S. 548; BGE 121 III 414 E. 1a S. 416. Nichts anderes gilt bei Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision im Rahmen von Art. 418g Abs. 1 OR unabhängig von der Zuweisung eines Rayons ([Rz. 386 ff.](#)).

<sup>991</sup> ZÜRCHER, S. 36 f.; BGE 84 II 542 E. 4 S. 546 ff.

<sup>992</sup> STRAUB, Rz. 23.3; ZÜRCHER, S. 36 f.; BGE 84 II 542 E. 4 S. 548; sowie in dessen Folge etwa BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418g; ZK-BÜHLER, N 22 zu Art. 418g; oder UMBRICHT/GRETHE, Rz. 145.

<sup>993</sup> ZÜRCHER, S. 35; MAIER, Schweiz, S. 355; CHK-MATHYS, N 7 zu Art. 418g OR; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5116; BGE 121 III 414 E. 2c S. 420, m.w.H.; Botschaft Agenturvertrag, S. 678.

<sup>994</sup> Für das Erfordernis der Schriftlichkeit UMBRICHT/GRETHE, Rz. 144; MIRFAKHRAEI, Rz. 151; BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418g; CHK-MATHYS, N 7 zu Art. 418g OR; BGE 121 III 414 E. 2c S. 420; je m.w.H.; anderer Meinung MAIER, Schweiz, S. 355; Botschaft Agenturvertrag, S. 678; und unter Hinweis auf letztere auch ZK-BÜHLER, N 27 zu Art. 418g; offen gelassen bei ZÜRCHER, S. 35; BK-GAUTSCHI [1964], N 4b zu Art. 418g/h/i/k.

GAUTSCHIS.<sup>995</sup> GAUTSCHI thematisiert an der von den Vertretern vorstehender Meinung zitierten Stelle allerdings denjenigen Anspruch des Agenten auf Vergütung, der aus Geschäften folgt, welche der Auftraggeber während Bestehens des Agenturvertrages ohne unmittelbare Mitwirkung des Agenten direkt mit vom Agenten geworbenen Kunden schliesst.<sup>996</sup> Dabei handelt es sich um den Vergütungsanspruch des Agenten für die bereits besprochenen direkten Geschäfte ([Rz. 403 ff.](#)). Dieser ist in Abs. 1 von Art. 418g OR geregelt. Und für dessen Wegbedingung verlangt schon das Gesetz die Schriftlichkeit. Zum Vergütungsanspruch nach Art. 418g Abs. 2 OR äussert sich GAUTSCHI a.a.O. hingegen nicht.<sup>997</sup> Ebenso fehlt im Rahmen der Ausführungen GAUTSCHIS zu Art. 418g Abs. 2 OR jeglicher Hinweis darauf, dass die Wegbedingung der Vergütung mittels reiner Erfolgsprovision der Schriftlichkeit bedürfen würde. GAUTSCHI merkt im Kontext dieser Bestimmung lediglich an, dass der Ausschluss der Exklusivität, die nach Art. 418f Abs. 3 OR greift, wenn dem Agenten ein Rayon zugewiesen worden ist, schriftlich zu erfolgen hat, um gültig zu sein.<sup>998</sup>

480 Die Meinungen, die jeweils unter Verweis auf GAUTSCHI für die Wegbedingung der reinen Erfolgsprovision nach Art. 418g Abs. 2 OR das Erfordernis der Schriftlichkeit annehmen, entbehren damit der inhaltlichen Abstützung. Zwar ist, wie MIRFAKHRAEI anführt, durchaus richtig, dass diese Wegbedingung zulasten des Agenten geht.<sup>999</sup> Allerdings sagt die Botschaft zum Agenturvertragsrecht ausdrücklich, dass Schriftlichkeit hierfür nicht verlangt sei, «obwohl der Agent damit auf ein Recht verzichtet».<sup>1000</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es keineswegs als zufällig, dass Art. 418g Abs. 2 OR die Schriftlichkeit nicht als Voraussetzung wirksamer abweichender Abreden nennt.<sup>1001</sup> Richtiger Ansicht nach darf die Schriftform für Vereinbarungen, mit denen auf die reine Erfolgsprovision im Sinne von Art. 418g Abs. 2 OR verzichtet wird, also nicht gefordert werden. Solche Abreden sind konsequenterweise formlos möglich.

481 Anzumerken bleibt, dass sich der Vergütungsanspruch nach Art. 418g Abs. 2 OR nicht bloss unmittelbar wegbedingen lässt. Dieser knüpft nach dem Gesagten ([Rz. 476 ff.](#)) nämlich an die ausschliessliche Zuweisung eines Rayons an. Konsequenterweise liegt mittelbar ein Verzicht auf die reine Erfolgsverprovi-

---

<sup>995</sup> Konkret wird jeweils BK-GAUTSCHI [1964], N 2g zu Art. 418g/h/i/k als Belegstelle angeführt.

<sup>996</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2g zu Art. 418g/h/i/k.

<sup>997</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2g zu Art. 418g/h/i/k.

<sup>998</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 4b zu Art. 418g/h/i/k.

<sup>999</sup> MIRFAKHRAEI, Rz. 151, m.w.H.

<sup>1000</sup> Botschaft Agenturvertrag, S. 677, m.w.H.

<sup>1001</sup> Anders als etwa Art. 418g Abs. 1 OR oder Art. 418g Abs. 3 OR.

sionierung nach Art. 418g Abs. 2 OR vor, wenn die Parteien des Agenturvertrages vorsehen, dass dem Agenten keine Exklusivität zukommen soll, obwohl ihm für seine Tätigkeit ein Rayon zugewiesen ist.<sup>1002</sup> Die Zuweisung eines Rayons im Agenturvertrag hat also weder Exklusivität noch die Vergütung mittels reiner Erfolgsprovision zur Folge, wenn Rechteinhaber und Vermarktungsagentur vorsehen, dass die Betrauung des Agenten trotz Festlegung eines Rayons nicht exklusiv erfolgt. Für diesen Ausschluss der Exklusivität ist Schriftlichkeit verlangt ([Rz. 475](#)).

### (3) Vereinbarung von Exklusivität

#### (a) Grundsatz

Bisher ([Rz. 472 ff.](#)) beschrieben worden ist, was in Bezug auf Exklusivität und Vergütung gilt, wenn der Agenturvertrag für die Tätigkeit des Agenten einen Rayon bestimmt. Umfassend ist der diesfalls von Art. 418f Abs. 3 OR vermittelte, gesetzliche Anspruch des Agenten auf Exklusivität jedoch nicht. Er hat eben lediglich einfache Exklusivität zum Gegenstand ([Rz. 474](#)). Soll der Auftraggeber selbst von der Herbeiführung von Zielgeschäften ausgeschlossen sein (verschärfte Exklusivität; [Rz. 466](#)), bedarf es folglich stets einer entsprechenden Abrede.<sup>1003</sup> Da die Exklusivität nach Art. 418f Abs. 3 OR ausserdem an die Zuweisung eines Rayons an den Agenten anknüpft ([Rz. 473](#)), ist *e contrario* nicht einmal einfache Exklusivität gegeben, wenn es an einer solchen Zuweisung insgesamt fehlt.<sup>1004</sup> Soll dem Auftraggeber nichtsdestotrotz untersagt sein, Dritte beizuziehen, ist das von den Parteien des Agenturvertrages so festzuhalten. In dieser Konstellation ist mithin gar für die Geltung einfacher Exklusivität eine bezügliche Vereinbarung erforderlich. Das macht deutlich, dass die gesetzliche Ordnung zur Exklusivität eine Regelung der Frage im Agenturvertrag nicht in jedem Fall zu substituieren vermag.

Aus dem Vorstehenden ([Rz. 472 ff.](#)) folgt schliesslich, dass Exklusivität im Agenturvertragsrecht – nicht anders als im Mäklervertragsrecht ([Rz. 465](#)) – immer an eine Abrede zwischen Auftraggeber und Agent anknüpft.<sup>1005</sup> Sei es, indem die Parteien unmittelbar Exklusivität vereinbaren, sei es aufgrund der Zuweisung eines Rayons für die Tätigkeit des Agenten, woraufhin gemäss Art. 418f Abs. 3 OR von Gesetzes wegen Exklusivität besteht ([Rz. 473](#)). Mangels

<sup>1002</sup> MAIER, Schweiz, S. 355.

<sup>1003</sup> STRAUB, Rz. 11.2.

<sup>1004</sup> Im Ergebnis ebenso STRAUB, Rz. 11.1.

<sup>1005</sup> In diesem Sinne auch STRAUB, Rz. 11.1 f.

einer Abrede im vorstehenden Sinne ist der Auftraggeber frei, neben dem Agenten auch Dritte mit der nämlichen Tätigkeit zu betrauen oder selbst in entsprechender Weise aktiv zu werden.

(b) *Umfang vereinbarter Exklusivität in Zweifelsfällen*

484 Wird im Agenturvertrag ohne nähere Umschreibung schlicht Exklusivität zugunsten des Agenten stipuliert, so stellt sich die Frage, ob diese Exklusivität einfach oder verschärft ist. Im Mäklervertragsrecht wäre, wenn die Auslegung zu keinem klaren Ergebnis führt, von bloss einfacher Exklusivität auszugehen ([Rz. 466](#)). Nach hier vertretener Ansicht kann für den Agenturvertrag nichts anderes gelten. So findet das Mäklervertragsrecht subsidiär auch auf den Agenturvertrag Anwendung (Art. 418b Abs. 1 OR). Und das Agenturvertragsrecht selbst statuiert in Art. 418f Abs. 1 OR, dass Exklusivität grundsätzlich bloss den Beizug Dritter ausschliesst, nicht aber eigene Aktivitäten des Auftraggebers ([Rz. 474](#)). Verschärfte Exklusivität ist folglich unter dem Agenturvertrag nur anzunehmen, wenn keine Zweifel am diesbezüglichen Willen der Parteien bestehen.

(4) *Reine Erfolgsprovision als Alternative*

485 Geht es im Kontext erfolgsabhängiger Vergütungen lediglich um die Vergütungssicherung, sei daran erinnert, dass sich die reine Erfolgsprovision an sich genauso eignet, das Vergütungsinteresse des Agenten zu verwirklichen wie die Exklusivität ([Rz. 468](#)). Das Agenturvertragsrecht steht der Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision nicht entgegen ([Rz. 381](#)). Deshalb gilt hier dasselbe wie im Mäklervertragsrecht ([Rz. 469](#)): Zur Vergütungssicherung allein reicht die Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision aus. Erst wenn es zusätzlich darum geht, tatsächlich zu verhindern, dass Dritte oder der Auftraggeber selbst neben dem Agenten tätig werden, bedarf es der Exklusivität im Sinne einer Unterlassungspflicht ([Rz. 482 ff.](#)).

486 Von besonderer Relevanz ist die Vereinbarung einer reinen Erfolgsprovision dort, wo im Agenturvertrag auf die Zuweisung eines Rayons überhaupt oder zumindest auf die damit einhergehende Exklusivität verzichtet wird. Diesfalls greift die reine Erfolgsprovision, die Art. 418g Abs. 2 OR mit der ausschliesslichen Betrauung eines Agenten verbindet ([Rz. 476 ff.](#)), nämlich nicht.<sup>1006</sup> Soll das

---

<sup>1006</sup> Vgl. ZÜRCHER, S. 33.

Verdienen der Vergütung dennoch dadurch gesichert werden, dass deren Entstehung vom Beitrag des Agenten zum Zustandekommen von Zielgeschäften unabhängig ist, muss die reine Erfolgsprovision als solche vereinbart werden.

#### (5) Kombination von Exklusivität und reiner Erfolgsprovision

Zur Sicherung der Vergütung des Agenten lassen sich Exklusivität ([Rz. 484 ff.](#)) und reine Erfolgsprovision ([Rz. 485 f.](#)) im Agenturvertrag auch zusammenfügen. Den Auftraggeber trifft so eine Unterlassungspflicht, und zusätzlich erfolgt die Vergütung mittels reiner Erfolgsprovision. Die Vergütungsregelung verstärkt auf diese Weise faktisch zugleich Verstöße gegen die Unterlassungspflicht, indem sie das Zustandekommen von Zielgeschäften ohne Beitrag des Agenten mit einer Vergütungsfolge belegt. Genau diese Kombination sieht das Agenturvertragsrecht in Art. 418f Abs. 3 OR i.V.m. Art. 418g Abs. 2 OR für den Rayonagenten vor ([Rz. 476](#)).

487

### c Exklusivität zur Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur

#### i Grundsatz

Nach dem zu Mäkler- und Agenturvertragsrecht allgemein Gesagten ([Rz. 465 ff.](#) bzw. [Rz. 472 ff.](#)) kommt Exklusivität als Mittel zur Sicherung der Vergütung zugunsten der Vermarktungsagentur als Mäklerin genauso wie als Agentin in Frage. Exklusivität liegt vor, wenn den Rechteinhaber eine Unterlassungspflicht hinsichtlich paralleler Vermarktungsaktivitäten trifft ([Rz. 466](#) bzw. [Rz. 472](#)). Einfach ist die Exklusivität, wenn dem Rechteinhaber untersagt ist, noch andere Personen mit der Vermarktung derjenigen Sportrechte zu betrauen, die die Vermarktungsagentur vermarkten soll. Verschärfte Exklusivität liegt vor, wenn zusätzlich dem Rechteinhaber selbst verboten ist, in der Vermarktung dieser Sportrechte tätig zu sein ([Rz. 466](#) und [Rz. 482](#)).

488

#### ii Grundlage der Exklusivität

Grundlage der Verpflichtung eines Rechteinhabers zur Exklusivität ist in jedem Fall eine vertragliche Abrede. Fehlt es an einer solchen, so ist es dem Rechteinhaber mithin unbenommen, die konkret betroffenen Sportrechte neben der Vermarktungsagentur selbst zu vermarkten oder Dritte zu betrauen ([Rz. 465](#) bzw. [Rz. 483](#)).

489

- 490 Für die vertragliche Grundlegung von Exklusivität ist sodann vorderhand zweierlei zu unterscheiden: Im Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag ist Exklusivität, damit sie denn auch gilt, zugunsten der Vermarktungsagentur unabhängig von ihrem Umfang in jedem Fall spezifisch zu vereinbaren ([Rz. 465](#)). Grundsätzlich gilt für den Rechteinhaber unter dem Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag also keine Exklusivitätsverpflichtung.
- 491 Ist der Vermittlungsvertrag hingegen Agenturvertrag, reicht bereits die Festlegung eines bestimmten Rayons für die Tätigkeit der Vermarktungsagentur aus, um zu ihren Gunsten einfache Exklusivität zu begründen. Ein Rayon ist der Vermarktungsagentur jeweils zugewiesen, wenn sie die vertragsgegenständlichen Sportrechte vereinbarungsgemäss in einer bestimmten Region oder gegenüber bestimmten potentiellen Verwertungspartnern zu vermarkten hat ([Rz. 472 ff.](#)). Damit wird zugleich eine Begrenzung des Umfanges der Fremdvermarktung in entsprechender Hinsicht vorgenommen. Es liegt insofern nurmehr Teilvermarktung vor ([Rz. 138 ff.](#)). Umgekehrt geht folglich mit Vereinbarung von Teilvermarktung bezüglich des Territoriums der Vermarktung oder der potentiellen Verwertungspartner die Zuweisung eines Rayons für die Vermarktung einher, wo der Vermittlungsvertrag Agenturvertrag ist. Soll den Rechteinhaber trotzdem keine Exklusivitätsverpflichtung treffen, muss das vertraglich vorgesehen werden. Dafür ist gemäss Art. 418f Abs. 3 OR seinerseits Schriftlichkeit vorausgesetzt ([Rz. 475](#)). Ohne Zuweisung eines Rayons für die Tätigkeit der Vermarktungsagentur (bzw. ohne Vereinbarung von Teilvermarktung) im Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag ist der Rechteinhaber *e contrario* nur zur einfachen Exklusivität verpflichtet, wenn diese als solche vereinbart wird. Verschärfte Exklusivität gilt sodann selbst dort, wo der Vermittlungsvertrag dem Agenturvertragsrecht untersteht, bloss bei entsprechender Abrede ([Rz. 482 ff.](#)).

### iii Exklusivität und reine Erfolgsprovision

- 492 Die Exklusivität als Mittel zur Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur darf nicht mit der reinen Erfolgsprovision verwechselt werden ([Rz. 468 f.](#) bzw. [Rz. 485 f.](#)). Anders als die Exklusivität begründet die reine Erfolgsprovision keine Unterlassungspflicht des Rechteinhabers. Vielmehr bedeutet die reine Erfolgsprovision, dass der Vermarktungsagentur für jeden Verwertungsvertragsschluss über ein von ihr zu vermarktendes Sportrecht ein Vergütungsanspruch zukommt. Dies unabhängig davon, ob sie überhaupt in kausaler Weise zu diesem Abschluss beigetragen hat ([Rz. 468](#) bzw. [Rz. 485](#)). Im Ergebnis verhindert die reine Erfolgsprovision so aber effektiv, dass der Ver-



marktungsagentur ihre Vergütung entgeht, weil der Rechteinhaber ohne ihren Einbezug Verwertungsverträge über die an sich von ihr zu vermarktenden Sportrechte eingeht. Ist mit der Regelung im Vermittlungsvertrag einzig Vergütungssicherung beabsichtigt, so reicht eine reine Erfolgsprovision demnach an sich aus ([Rz. 469](#) bzw. [Rz. 485](#)).

Eine Unterlassungspflicht des Rechteinhabers ist hingegen notwendig, wenn es zu verhindern gilt, dass neben der Vermarktungsagentur auch andere Akteure in der Vermarktung derselben Sportrechte tätig sind ([Rz. 469](#) bzw. [Rz. 485](#)). Dies ist seinerseits sinnvoll, um jenen Koordinationsaufwand zu vermeiden, den das zeitgleiche Engagement mehrerer Akteure in der Vermarktung derselben Sportrechte verursachen kann. Ebenso lässt sich mit einer solchen Unterlassungspflicht einer Schwächung der Verhandlungsposition der Vermarktungsagentur dadurch vorbeugen, dass mehrere Akteure dieselben Sportrechte vermarkten ([Rz. 463 f.](#)). Soll nur die parallele Vermarktung durch Dritte verhindert werden, genügt einfache Exklusivität. Ist darüber hinaus bezweckt, Vermarktungsaktivitäten des Rechteinhabers selbst zu unterbinden, ist verschärfte Exklusivität erforderlich ([Rz. 488](#)). Stipuliert der Vermittlungsvertrag ohne weitere Spezifizierung Exklusivität zugunsten der Vermarktungsagentur, so ist im Zweifel bloss einfache Exklusivität anzunehmen. Dem Rechteinhaber bleibt freigestellt, trotz Betrauung der Vermarktungsagentur eigene Vermarktungsaktivitäten zu entfalten ([Rz. 466](#) bzw. [Rz. 474](#) und [Rz. 482 ff.](#)).

Deshalb ist es wichtig, dass sich die Parteien des Vermittlungsvertrages bewusst sind, wie weit die Exklusivitätsverpflichtung gehen soll, wenn sie eine solche in den Vermittlungsvertrag aufzunehmen gedenken. Unbenommen bleibt es den Parteien des Vermittlungsvertrages, Exklusivität und reine Erfolgsprovision zu kombinieren. Da diesfalls jedes Zustandekommen eines Verwertungsvertrages während Bestehens des Vermittlungsvertrages einen Vergütungsanspruch der Vermarktungsagentur auslöst, verstärkt die reine Erfolgsprovision die Unterlassungspflicht des Rechteinhabers: Hat der Rechteinhaber der Vermarktungsagentur bei Eingehen eines Verwertungsvertrages sowieso eine Vergütung zu entrichten, lohnt sich für ihn das Entfalten eigener Aktivitäten ebenso wenig wie der Beizug Dritter ([Rz. 470](#) bzw. [Rz. 487](#)).

#### iv *Grundlage der reinen Erfolgsprovision*

Einzugehen ist kurz auf die Grundlage der reinen Erfolgsprovision als Alternative oder Ergänzung zur vermittlungsvertraglichen Exklusivität ([Rz. 492](#) und [Rz. 494](#)). Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass prinzipiell eine ent-

493

494

495

sprechende Vereinbarung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur vorliegen muss, soll letztere mittels reiner Erfolgsprovision vergütet werden ([Rz. 468 f.](#) bzw. [Rz. 485 f.](#)). Doch genügt dort, wo der Vermittlungsvertrag Agenturvertrag ist, gemäss Art. 418g Abs. 2 OR i.V.m. Art. 418f Abs. 3 OR die vertragliche Zuweisung eines Rayons, um jene Abschlüsse von Verwertungsverträgen, die in den Zeitraum des Bestehens des Vermittlungsvertrages fallen, der reinen Erfolgsprovision zu unterstellen ([Rz. 476 ff.](#)). Entsprechend ist im Zuge der Vertragsgestaltung auf diese Konstellation besonderes Augenmerk zu legen.

- 496 Eine implizite Begründung der reinen Erfolgsprovision ist namentlich aktuell, wenn der Vermarktungsagentur ein Territorium oder ein Kundenkreis zugewiesen und mithin Teilvermarktung stipuliert wird ([Rz. 491](#)). Soll die Vermarktungsagentur trotz dieser Zuweisung eines Rayons keine Exklusivität geniessen und/oder ihre Vergütung keine reine Erfolgsprovision sein, muss dafür im Vermittlungsvertrag Vorsorge getragen werden. Während der Ausschluss der Exklusivität Schriftlichkeit erfordert ([Rz. 491](#)), lässt sich die reine Erfolgsprovision formlos abbedingen ([Rz. 478 ff.](#)). Wird die Exklusivität trotz Zuweisung eines Rayons ausgeschlossen, geht damit zugleich die Wegbedingung der reinen Erfolgsprovision einher ([Rz. 481](#)).

## **d Zusammenfassung**

- 497 Gleichgültig, ob ein Mäklervertrag oder Agenturvertrag vorliegt, dient die Exklusivität der Sicherung der Vergütung der Vermarktungsagentur. Exklusivität verbietet dem Rechteinhaber den Beizug weiterer Dritter (einfache Exklusivität) und allenfalls auch eigene Aktivitäten (verschärfte Exklusivität) in der Vermarktung der Sportrechte, die vom Vermittlungsvertrag erfasst sind ([Rz. 488](#)).
- 498 Exklusivität gilt dabei immer nur zufolge einer Abrede von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur. ([Rz. 489 ff.](#)). Besonders zu beachten ist diesbezüglich ein Sonderfall des Agenturvertragsrechtes: Wird der Vermarktungsagentur im Vermittlungsvertrag ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen, so genießt sie *qua* Art. 418f Abs. 3 OR in diesem Rayon *per se* einfache Exklusivität. Das ist namentlich der Fall, wenn die Parteien Teilvermarktung vereinbart haben, wobei der Umfang nach dem Territorium der Vermarktung oder den potentiellen Verwertungspartnern ausgeschlossen ist ([Rz. 491](#)). Das gilt aber nicht zwingend: Rechteinhaber und Vermarktungsagentur können schriftlich festlegen, dass der Rechteinhaber trotz Zuweisung eines Rayons für die Tätigkeit der Vermarktungsagentur Dritte beizuziehen berechtigt bleibt (Art. 418f Abs. 3 OR; [Rz. 491](#)).

---

Zur Vergütungssicherung allein ist Exklusivität indes in der Regel nicht erforderlich. Zielführender ist die Stipulierung einer reinen Erfolgsprovision, die das Entstehen des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur allein vom Zustandekommen eines Verwertungsvertrages über die zu vermarktenden Sportrechte abhängig macht ([Rz. 492](#)). Exklusivität und reine Erfolgsprovision lassen sich im Vermittlungsvertrag kombinieren. Die reine Erfolgsprovision verstärkt dann faktisch die Exklusivität, indem sie an das Ergebnis an sich nicht zulässiger Vermarktungsaktivitäten des Rechteinhabers selbst oder unerlaubterweise beigezogener Dritter eine Vergütungsfolge knüpft ([Rz. 494](#)).

499

*Ex lege* greift eine reine Erfolgsprovision in jenen Fällen, in denen der Vermarktungsagentur als Agentin ein Rayon für ihre Tätigkeit zugewiesen ist, sofern Verwertungsverträge während Bestehens des Vermittlungsvertrages zustande kommen (Art. 418g Abs. 2 OR; [Rz. 495](#)). Wird die Exklusivität der Vermarktungsagentur trotz Zuweisung eines Rayons im Vermittlungsvertrag ausgeschlossen, entfällt zugleich diese reine Erfolgsprovision ([Rz. 495](#)). Zudem lässt sich auch bloss die reine Erfolgsprovision bei Zuweisung eines Rayons abbedingen (nicht aber die Exklusivität). Während die Wegbedingung der Exklusivität Schriftlichkeit voraussetzt (Art. 418f Abs. 3 OR), ist jene in Bezug auf die reine Erfolgsverprovisionierung formfrei möglich ([Rz. 495](#)).

500

## H Gleichzeitige Vermarktung für mehrere Rechteinhaber

### I Interessenlage

- 501 Bezüge zur Vergütung ([Rz. 351 ff.](#)) weist auch die parallele Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber auf. In der Praxis sind Vermarktungsagenturen typischerweise für mehrere Rechteinhaber gleichzeitig aktiv.<sup>1007</sup> Für sie ist das bereits Imperativ wirtschaftlich sinnvollen Geschäftens. Denn mit jedem Vermittlungsvertrag erschliesst sich eine weitere Vergütungsquelle. Das Interesse der Vermarktungsagentur an der Tätigkeit für mehrere Rechteinhaber ist demnach primär ökonomisch begründet. Hinzu kommen Effizienzüberlegungen.<sup>1008</sup>
- 502 Aus Sicht des Rechteinhabers kann die Tätigkeit der Vermarktungsagentur für weitere Rechteinhaber jedoch mit tatsächlichen oder vermeintlichen Nachteilen verbunden sein. So mag ein Rechteinhaber befürchten, dass die Vermarktungsagentur die Vermarktung seiner eigenen Sportrechte vernachlässigt, weil die Tätigkeit für andere Rechteinhaber allenfalls gewinnträchtiger erscheint.<sup>1009</sup> Ebenso ist denkbar, dass der Rechteinhaber die bestmögliche Vermarktung seiner eigenen Sportrechte gefährdet sieht, wenn diese von der Vermarktungsagentur neben den Sportrechten anderer Rechteinhaber den potentiell gleichen Verwertungspartnern angeboten werden.<sup>1010</sup>
- 503 Vor diesem Hintergrund besteht ein beidseitiges Interesse von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur, sich mit der Tätigkeit der zweitgenannten für mehrere Rechteinhaber zu befassen, wenn sie ihre Zusammenarbeit im Vermittlungsvertrag regeln.<sup>1011</sup>

---

<sup>1007</sup> VON APPEN/LANIG, S. 233; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102; siehe auch PFISTER, *Managervertrag*, S. 156 f.

<sup>1008</sup> MANOLI/HODGKINSON, S. 442; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102.

<sup>1009</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 102 und Rz. 106.

<sup>1010</sup> Vgl. VON APPEN/LANIG, S. 233; SCHULZE, S. 172.

<sup>1011</sup> In diesem Sinne SCHULZE, S. 172; oder JENNY/SCHERRER, Fn. 5.

## II Tätigkeit für mehrere Auftraggeber gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen

### 1 Mäklervertragsrecht

Das gesetzliche Mäklervertragsrecht äussert sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob der Makler seine Leistungen zeitgleich mehreren Auftraggebern erbringen darf. Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Makler seinem Auftraggeber zu Treue verpflichtet, soweit er für selbigen tätig wird.<sup>1012</sup> Sodann trifft den Makler namentlich die Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden.<sup>1013</sup> Doch ist die Interessenwahrungspflicht des Mäklers keineswegs umfassend.<sup>1014</sup> Gerade die Tätigkeit eines Mäklers für konkurrierende Auftraggeber ist nach der Lehre keine mäklervertragsrechtlich unzulässige Interessenskollision zu sehen.<sup>1015</sup> Konsequenterweise gilt für den Makler kein grundsätzliches Verbot, parallel für mehrere Auftraggeber tätig zu sein.<sup>1016</sup> Das selbst dann nicht, wenn es um die Vermittlung ähnlicher Geschäfte für unterschiedliche Auftraggeber geht.<sup>1017</sup> «Es bleibt ihm [dem Makler] unbenommen, so viele Mäkleraufträge zu übernehmen, wie er will – und komme der Auftrag vom größten Feind oder Konkurrenten eines seiner Mandanten».<sup>1018</sup> Seine Interessenwahrungspflicht verbietet es dem Makler lediglich, einem Dritten, der am Vertragsschluss mit einem Auftraggeber des Mäklers interessiert ist, diesen Vertragsschluss gleichsam «auszureden», um ihn stattdessen zum Vertragsschluss mit einem anderen Auftraggeber des Mäklers zu bewegen.<sup>1019</sup> Allerdings steht es Auftrags-

504

---

<sup>1012</sup> In der Lehre CR CO I–RAYROUX, N 28 zu Art. 412; MARQUIS, S. 134; BSK OR I–AMMANN, N 8 zu Art. 412; vgl. ZK–OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 20 zu Art. 412; BK–GAUTSCHI [1964], N 1b zu Art. 415; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 180; GUGGENBÜHL, S. 106 ff.; in der Rechtsprechung BGE 110 II 276 E. 2a S. 278, unter Hinweis auf BGE 106 II 224 E. 4 S. 224; in dessen Folge auch Urteil des BGer 4A\_529/2015 vom 4. März 2016 E. 4.1.

<sup>1013</sup> CR CO I–RAYROUX, N 32 zu Art. 412; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4959; in deren Folge auch Urteil des BGer 4A\_229/2020 vom 5. Mai 2021 E. 4.2.

<sup>1014</sup> CHK–BRACHER, N 8 zu Art. 412 OR; in dessen Folge auch HUGUENIN, Rz. 3367, m.w.H.

<sup>1015</sup> BURKHALTER, N 6 zu Art. 415, m.w.H.; GUGGENBÜHL, S. 107.

<sup>1016</sup> STREIFF MATTHIAS, S. 37; TURRETTINI, S. 22; GUGGENBÜHL, S. 107.

<sup>1017</sup> TURRETTINI, S. 22; ZK–OSER HUGO/SCHÖNENBERGER, N 20 zu Art. 412.

<sup>1018</sup> GUGGENBÜHL, S. 107, m.w.H.; ebenso HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 180, m.w.H.; STREIFF MATTHIAS, S. 37; BURKHALTER, N 6 zu Art. 415, m.w.H.

<sup>1019</sup> GUGGENBÜHL, S. 108; TURRETTINI, S. 22.

geber und Mäkler frei, die Treuepflicht des Zweiteren im Mäklervertrag zu konkretisieren.<sup>1020</sup> Das erlaubt es ihnen, die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber im Einzelnen zu regeln.

## 2 Agenturvertragsrecht

- 505 Dem Agenten ist es gemäss Art. 418c Abs. 2 OR prinzipiell genauso wie dem Mäkler ([Rz. 504](#)) erlaubt, parallel für mehrere Auftraggeber tätig zu sein.<sup>1021</sup> Agenturvertragsrechtlicher Grundsatz ist demnach die sogenannte Mehrfirmenagentur.<sup>1022</sup> Völlig frei in der Wahl seiner Vertragspartner ist der Agent dennoch nicht. Ihn trifft während der Dauer des Agenturvertrages ein Konkurrenzverbot: Seine Verpflichtung zur Treue gegenüber dem Auftraggeber gebietet es dem Agenten, nicht für Konkurrenten des Ersteren tätig zu sein, solange der Agenturvertrag besteht.<sup>1023</sup>
- 506 Die aufgrund der Treuepflicht des Agenten verbotene Konkurrentätigkeit ist BÜHLER zufolge gegeben, «wenn der Agent gleichartige Produkte von Konkurrenzfirmen vermittelt oder darüber Geschäfte abschliesst».<sup>1024</sup> Massgeblich ist, ob die Angebote unterschiedlicher Anbieter austauschbar sind,<sup>1025</sup> weil sie denselben Zweck haben und sich an denselben Kreis von Abnehmern richten.<sup>1026</sup> Denn das bedeutet im Ergebnis, dass Konkurrenzierung vorliegt, wenn der Vertrieb des einen den Vertrieb des anderen Angebotes in relevantem Ausmass zu erschweren vermag.<sup>1027</sup>

---

<sup>1020</sup> Vgl. BGE 110 II 276 E. 2a S. 277.

<sup>1021</sup> UMBRICH/GRETHE, Rz. 85; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 545; BK-GAUTSCHI [1964], N 3b zu Art. 418c und N 4c zu Art. 418d; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 54; MAIER, Schweiz, S. 350; ZK-BÜHLER, N 17 zu Art. 418c; BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418c; BGE 136 III 518 E. 4.4 S. 521, m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_212/2013 vom 20. Oktober 2013 E. 2.2.

<sup>1022</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418c; BK-GAUTSCHI [1964], N 3b zu Art. 418c; ZK-BÜHLER, N 17 zu Art. 418c; UMBRICH/GRETHE, Rz. 85.

<sup>1023</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418c; MAIER, Schweiz, S. 350; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 54; ZK-BÜHLER, N 23 zu Art. 418c; BK-GAUTSCHI [1964], N 4c zu Art. 418d; BGE 136 III 518 E. 4.4 S. 521, m.w.H. Anzumerken ist diesbezüglich, dass der Agent seinen Auftraggeber ebenso wenig selbst konkurrenzieren darf (BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418c; BGE 136 III 518 E. 4.4 S. 521, m.w.H.); und in dessen Folge auch Urteil des BGer 4A\_212/2013 vom 20. Oktober 2013 E. 2.2).

<sup>1024</sup> ZK-BÜHLER, N 23 zu Art. 418c.

<sup>1025</sup> ZK-BÜHLER, N 23 zu Art. 418c, m.w.H.

<sup>1026</sup> MAIER, Schweiz, S. 350.

<sup>1027</sup> Nach MAIER, Schweiz, S. 350 soll die Beeinträchtigung des Vertriebes ausschlaggebendes Kriterium zur Beurteilung der Konkurrenzsituation sein.

Das Agenturvertragsrecht erlaubt dem Agenten das Tätigwerden für mehrere Auftraggeber demnach bereits im Grundsatz nicht im selben Ausmass wie das Mäklervertragsrecht dem Mäkler. Denn letzterem steht an sich selbst die Tätigkeit für Konkurrenten offen ([Rz. 504](#)). Für den Agenten gilt das nur, sofern der Auftraggeber zustimmt.<sup>1028</sup> Darüber hinaus ist es den Parteien des Agenturvertrages unbenommen, dem Agenten generell zu verbieten, gleichzeitig für mehrere Auftraggeber tätig zu sein. Dann liegt eine Einfirmentagentur vor.<sup>1029</sup> Die Wirksamkeit dieser Abrede setzt gemäss Art. 418c Abs. 2 OR Schriftlichkeit voraus.<sup>1030</sup> Sodann gilt für den Agenten eine eigentliche Exklusivitätsverpflichtung.<sup>1031</sup> Ihm ist damit jedes Vermitteln von Zielgeschäften für weitere Auftraggeber untersagt. Auf den Aspekt der Konkurrenzierung kommt es nicht mehr an.

507

### III Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber

#### 1 Grundsatz

##### a Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag

Zur Beantwortung der Frage, ob die Vermarktungsagentur parallel in der Vermarktung der Sportrechte mehrerer Rechteinhaber engagiert sein darf, ist nach dem soeben Ausgeführten ([Rz. 504 ff.](#)) die Qualifikation des Vermittlungsvertrages *in concreto* ausschlaggebend. Ist der Vermittlungsvertrag nämlich Mäklervertrag, schuldet die Vermarktungsagentur als Mäklerin weder Exklusivität noch Konkurrenzenthaltung. Es steht ihr mit anderen Worten frei, parallel für verschiedenste Rechteinhaber tätig zu sein. Dies selbst dann, wenn jene Rechteinhaber zueinander im Wettbewerb stehen. Die Vermarktungs-

508

<sup>1028</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 3b zu Art. 418c und N 4c zu Art. 418d; BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418c.

<sup>1029</sup> ZK-BÜHLER, N 17 zu Art. 418c; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 86; BK-GAUTSCHI [1964], N 4c zu Art. 418d.

<sup>1030</sup> ZK-BÜHLER, N 17 zu Art. 418c; BK-GAUTSCHI [1964], N 3b zu Art. 418c; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 545; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 85; MAIER, Schweiz, S. 350; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5085; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 54; BSK OR I-PÄRLI, N 4 zu Art. 418c; BGE 136 III 518 E. 4.4 S. 521, m.w.H.; in dessen Folge auch Urteil des BGer 4A\_212/2013 vom 20. Oktober 2013 E. 2.2.

<sup>1031</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5085; Urteil des BGer 4A\_212/2013 vom 20. Oktober 2013 E. 2.2; im Ergebnis auch BK-GAUTSCHI [1964], N 4c zu Art. 418d.

agentur darf nur keinen potentiellen Verwertungspartner vom Vertragsschluss mit einem ihrer Auftraggeber abbringen, um ihn zum Kontrahieren mit einem zweiten zu bewegen. Diesfalls verletzt sie ihre Interessenwahrungspflicht gegenüber ersterem ([Rz. 504](#)).

## **b Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag**

- 509 Die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Rechteinhaber ist der Vermarktungsagentur als Agentin *per se* erlaubt. Es gilt der Grundsatz der Mehrfirmenagentur. Ihre Treuepflicht verbietet es der Vermarktungsagentur hier nur, die Vermarktung von Sportrechten für mehrere Rechteinhaber zu übernehmen, wenn sich diese Rechteinhaber konkurrenzieren ([Rz. 505](#)). Ist der Vermittlungsvertrag Agenturvertrag, gilt für die Vermarktungsagentur mit anderen Worten ein Verbot, Konkurrenzagenturen zu übernehmen, aber keine allgemeine Exklusivitätsverpflichtung gegenüber einem Rechteinhaber, mit dem sie vermittlungsvertraglich verbunden ist. Voraussetzung für das Greifen eines Konkurrenzverbotes ist darüber hinaus, dass die Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber überhaupt Konkurrenzfähigkeit darstellt. Dafür muss die Vermarktung der Sportrechte eines Rechteinhabers geeignet sein, die Vermarktung der Sportrechte eines anderen Rechteinhabers zu erschweren. Das wird danach beurteilt, ob die Angebote der beiden Rechteinhaber austauschbar sind, weil sie sich an dasselbe Zielpublikum richten und denselben Zweck aufweisen ([Rz. 506](#)).
- 510 Geht es um die mögliche Konkurrenzierung mittels Vermarktung von Sportrechten für verschiedene Rechteinhaber, ist vorab relevant, welche Sportrechte konkret in welchem Territorium und gegenüber welchen potentiellen Verwertungspartnern zu vermarkten sind. Diese Punkte legen jeweils den Umfang der Fremdvermarktung fest ([Rz. 138 ff.](#)). Konkurrenzierung bedingt, dass hier Überschneidungen bestehen, die dazu führen, dass die erfolgreiche Vermarktung für einen Rechteinhaber derjenigen für einen anderen Rechteinhaber entgegenzustehen vermag ([Rz. 506](#)). Betrifft die Vermarktung unterschiedliche Sportrechte verschiedener Rechteinhaber, stellt sich typischerweise überhaupt keine Konkurrenzsituation ein. So ist das Recht, die Sportveranstaltung eines Rechteinhabers audiovisuell zu verwerten ([Rz. 39 ff.](#)), auf einen vollkommen anderen Zweck gerichtet als etwa das Sponsoring ([Rz. 47 f.](#)) eines zweiten Rechteinhabers. Gleiches gilt bei territorialen Abweichungen im Umfang der Fremdvermarktung. Das Angebot der Sponsoringrechte eines Rechteinhabers in Lateinamerika wird beispielsweise kaum nachteiligen Einfluss auf die Vermarktung derselben Rechte eines zweiten



Rechteinhabers in Europa haben. In beiden Beispielen fehlt es an der Austauschbarkeit der Angebote. Konkurrenzfähigkeit kann folglich ausscheiden, weil Schnittmengen im Umfang der Fremdvermarktung für mehrere Rechteinhaber fehlen.

Für die Vermarktung bedeutsam ist sodann eine ganze Reihe von faktischen Umständen, hier auch Rahmenbedingungen genannt (Rz. 274 ff.). Anzuführen sind exemplarisch die Sportart und die Spielklasse, in denen ein Rechteinhaber aktiv ist. Bereits die Tatsache, dass Rechteinhaber in verschiedenen Sportarten engagiert sind, kann als Indiz gegen eine Konkurrenzsituation gewertet werden. So wird sich ein Hersteller von Rennvelos eher als Sponsor eines *Road Teams* der UCI als einer Spielerin der WTA-Tour anbieten.<sup>1032</sup> Die nämlichen Überlegungen treffen zu, wenn es um mehrere Spielklassen derselben Sportart geht. Die Verwertungspartner unterscheiden sich dort mitunter deutlich.<sup>1033</sup> Je nach Sportart oder Spielklasse, in der die einzelnen Rechteinhaber aktiv sind, kommen demnach andere Dritte als Verwertungspartner in Frage. Diesbezügliche Differenzen sprechen deshalb ebenso gegen die Austauschbarkeit von Sportrechten als Voraussetzung für die Einschlägigkeit eines Konkurrenzverbotes zulasten der Vermarktungsagentur.

511

Konkurrenzfähigkeit der Vermarktungsagentur liegt also nicht bereits deshalb vor, weil eine Vermarktungsagentur die Vermarktung von Sportrechten mehrerer Rechteinhaber übernimmt. Nur dort, wo der Umfang der Fremdvermarktung übereinstimmt, also gleichartige Sportrechte im selben Territorium zu vermarkten sind, kommt Konkurrenzierung überhaupt in Betracht (Rz. 509 ff.). Zu beachten ist weiter, dass die Austauschbarkeit selbst dann noch begründungsbedürftig ist. Je nachdem, in welcher Sportart und in welcher Spielklasse die verschiedenen Rechteinhaber aktiv sind, richten sich ihre Sportrechte nämlich an unterschiedliche Dritte als potentielle Verwertungspartner (Rz. 510 f.). Dass Rechteinhaber in Bezug auf die Vermarktung ihrer Sportrechte Konkurrenten sind, ist demnach die Ausnahme. Für die Vermarktungsagentur als Agentin ist das zufolge ihrer Treupflicht grundsätzlich geltende

512

---

<sup>1032</sup> Für die *Road Teams* der UCI <<https://www.uci.org/road/teams>>; und für die Spielerinnen der WTA-Tour <<https://www.wtatennis.com/players>>; beide besucht am 5. Januar 2023.

<sup>1033</sup> Siehe nur die Partner der englischen *Premier League* (etwa Budweiser, Hublot, Nike oder Oracle [<https://www.premierleague.com/partners>], besucht am 5. Januar 2023) und jene der EFL, die die darunterliegenden Ligen zwei bis vier veranstaltet (etwa Carabao Energy Drink, Cazoo oder Papa John's [<https://www.efl.com/-more/all-about-the-efl/efl-commercial-partners/>], besucht am 5. Januar 2023).

Konkurrenzverbotes faktisch mithin nur selten aktuell. Konsequenterweise steht es der Vermarktungsagentur als Agentin regelmässig offen, die Vermarktung von Sportrechten für mehrere Rechteinhaber zu übernehmen.

## 2 Vermittlungsvertragliche Regelung der Tätigkeit für mehrere Rechteinhaber

- 513 Sowohl das Mäkler- wie auch das Agenturvertragsrecht erlauben es den Parteien des Vermittlungsvertrages, von den vorgängig dargestellten Grundsätzen ([Rz. 508 ff.](#)) Abweichendes zur Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber vorzusehen ([Rz. 504](#) bzw. [Rz. 507](#)). Denkbar ist eine entsprechende Regelung im Vermittlungsvertrag zugunsten oder zulasten der Vermarktungsagentur. Zugunsten der Vermarktungsagentur lässt sich im Vermittlungsvertrag etwa festhalten, dass die parallele Tätigkeit für mehrere Rechteinhaber in keiner Weise eingeschränkt oder verboten sein soll. Die Vermarktungsagentur ist dann vereinbarungsgemäss also weder zur Exklusivität noch zur Beachtung eines Konkurrenzverbotes verpflichtet. Das gilt im Mäklervertragsrecht ohnehin ([Rz. 504](#)). Eine Exklusivitätsverpflichtung trifft die Vermarktungsagentur als Agentin von *ex lege* ebenso wenig. Die vertragliche Entbindung vom Konkurrenzverbot ist diesfalls jedoch konstitutiv ([Rz. 505 ff.](#)).
- 514 Zu Lasten der Vermarktungsagentur kann deren Tätigkeit für mehrere Rechteinhaber im Vermittlungsvertrag eingeschränkt werden. Darunter fällt vorab die Verpflichtung der Vermarktungsagentur zur ausschliesslichen Tätigkeit für den einen Rechteinhaber. Während des Bestehens des Vermittlungsvertrages darf die Vermarktungsagentur keine weiteren Vermittlungsverträge mit anderen Rechteinhabern eingehen. Dabei greift dergestaltige Exklusivität unter beiden massgeblichen Vertragstypenrechten nur bei entsprechender Abrede. Unter dem Agenturvertragsrecht ist eine solche Vereinbarung ausserdem nur schriftlich wirksam ([Rz. 504](#) bzw. [Rz. 505 ff.](#)). Sie stellt dann in der Sache die Stipulierung einer Einfirmenagentur dar ([Rz. 507](#)).
- 515 Weniger weitgehende Einschränkung ist die Statuierung eines Konkurrenzverbotes für die Vermarktungsagentur. Damit wird ihr die Tätigkeit für mehrere Rechteinhaber zwar nicht *per se* untersagt. Sie darf jedoch nicht für mehrere Rechteinhaber gleichzeitig Verwertungsverträge herbeiführen, wenn diese Konkurrenten sind. Das gilt bei Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes bereits aufgrund der Treuepflicht. Für die Vermarktungsagentur als

Mäklerin ist dieses Konkurrenzverbot jedoch Ausnahme vom Grundsatz. Konsequenterweise greift es nur bei vertraglicher Implementierung ([Rz. 504](#) bzw. [Rz. 505 ff.](#)).

Die vermittlungsvertragliche Regelung der Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber ist an sich entbehrlich, soweit sie mit den gesetzlichen Grundsätzen des Mäkler- und Agenturvertragsrechtes übereinstimmt ([Rz. 513 ff.](#)). Die umfassende Regelung der Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber besitzt aber einen ganz praktischen Vorteil: Damit wird unabhängig von der Qualifikation von vornherein klar gemacht, inwiefern der Vermarktungsagentur die parallele Tätigkeit für mehrere Rechteinhaber erlaubt ist. 516

## IV Zusammenfassung

Ob die Vermarktungsagentur parallel für mehrere Rechteinhaber tätig sein darf, hängt massgeblich vom Ergebnis der Qualifikation des Vermittlungsvertrages ab. Das einschlägige gesetzliche Vertragstypenrecht regelt diese Problematik nicht einheitlich ([Rz. 508](#) bzw. [Rz. 509 ff.](#)). Während die Vermarktungsagentur als Mäklerin für mehrere Rechteinhaber gleichzeitig aktiv sein darf ([Rz. 508](#)), ist ihr als Agentin zwar nicht generell das Tätigwerden für mehrere Rechteinhaber untersagt, wohl aber die Konkurrenzfähigkeit ([Rz. 509](#)). Ob eine solche Konkurrenzfähigkeit vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Zu prüfen ist, ob die Vermarktung der Sportrechte eines Rechteinhabers geeignet ist, die Aussichten auf Vermarktungserfolg in einem anderen Fall zu schmälern. Dazu müssen die Angebote der verschiedenen Rechteinhaber austauschbar sein ([Rz. 509](#)). Der Austauschbarkeit entgegenstehen können Unterschiede im Umfang oder in den Umständen der Vermarktung. Gleiches gilt für Abweichungen hinsichtlich der potentiellen Verwertungspartner. Faktisch wird meist keine Konkurrenzsituation vorliegen, wenn es um die Vermarktung von Sportrechten verschiedener Rechteinhaber geht. Der Vermarktungsagentur als Agentin bleibt demnach in der Mehrheit der Fälle freigestellt, für mehrere Rechteinhaber tätig zu sein ([Rz. 510 ff.](#)). 517

Die gesetzliche Ordnung zur Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber ist dispositiv. Das erlaubt es Rechteinhaber und Vermarktungsagentur, im Vermittlungsvertrag die Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber zu regeln ([Rz. 513](#)). Sie können der Vermarktungsagentur vertraglich jede Tätigkeit für andere Rechteinhaber gestatten ([Rz. 513](#)). Der Vermittlungsvertrag kann die Vermarktungsagentur aber genauso zu Exklusiv- 518

vität verpflichtet: Ihr wird verboten, gleichzeitig noch für andere Rechteinhaber tätig zu sein ([Rz. 514](#)). Oder aber die Vermarktungsagentur wird vertraglich mit einem Konkurrenzverbot belegt. Sie darf dann zwar prinzipiell für mehrere Rechteinhaber gleichzeitig die Vermarktung übernehmen. Zu unterlassen hat sie aber immerhin Konkurrenzfähigkeit ([Rz. 515](#)). Konstitutive Wirkung haben solche Vereinbarungen zwar nur dort, wo sie von der einschlägigen gesetzlichen Ordnung abweichen. Doch schafft die vermittlungsvertragliche Regelung immerhin Klarheit ([Rz. 516](#)).

# I Dauer und Beendigung des Beizuges der Vermarktungsagentur

## I Interessenlage

Im Kontext der Auslagerung der Vermarktung von Sportrechten im Vermittlungsmodell (Rz. 69 ff.) drängt sich stets die Frage nach Dauer und Beendigung des Beizuges der Vermarktungsagentur auf. Der zeitliche Rahmen ihrer Zusammenarbeit ist für den Rechteinhaber genauso relevant wie für die Vermarktungsagentur. Die Vermarktungsagentur hat dabei regelmässig ein Interesse an einer gewissen Dauer der Zusammenarbeit mit dem Rechteinhaber, die vom Rechteinhaber nicht einseitig unterschritten werden kann.<sup>1034</sup> Nach Schrifttum und Praxis sind das üblicherweise mindestens vier bis fünf Jahre.<sup>1035</sup> Der Rechteinhaber wird dagegen typischerweise eine eher kurze Bindung präferieren.<sup>1036</sup> Als kurz gelten nach der Lehre um die zwei Jahre.<sup>1037</sup> So kann der Rechteinhaber verhältnismässig schnell reagieren, wenn der Gang der ausgelagerten Vermarktung nicht seinen Erwartungen entspricht. Je kürzer die Auslagerung von Anfang an ausfällt, desto früher ist es ihm möglich, allenfalls einen angepassten neuen Vermittlungsvertrag zu schliessen oder sogar darauf zu verzichten, seine Sportrechte weiter unter Zuhilfenahme einer Vermarktungsagentur zu vermarkten.<sup>1038</sup> Ähnlich wirken für den Rechteinhaber weitgehende Beendigungsrechte.

519

Es vermag vor diesem Hintergrund nicht zu verwundern, dass die Regelung von Dauer und Beendigung der Auslagerung der Vermarktung einen ganz wesentlichen Inhalt von Vermittlungsverträgen darstellt.<sup>1039</sup> Fraglich ist aber vor-

520

---

<sup>1034</sup> VON APPEN, Anwendbarkeit, S. 311 und S. 313; MANOLI/HODGKINSON, S. 443; im Ergebnis PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 106; PFISTER, Managervertrag, S. 156.

<sup>1035</sup> MANOLI/HODGKINSON, S. 444; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 52; Sachverhalt von Urteil des Cour d'appel civile VD PT11.031905-200868, 86 vom 25. Februar 2021.

<sup>1036</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 52; in diesem Sinne auch PFISTER, Managervertrag, S. 156; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 106.

<sup>1037</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 107.

<sup>1038</sup> PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 106; VON APPEN, Anwendbarkeit, S. 313; PFISTER, Managervertrag, S. 156 f.; vgl. auch SCHULZE, S. 163 und S. 171.

<sup>1039</sup> GUROVITS KOHLI, S. 109 f.; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 639; DERSELBE, Vertragsgestaltung, S. 98; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 52 ff.; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Rz. 106; JENNY, S. 39; JENNY/SCHERRER, S. 180; illustrativ der Vermittlungsvertrag, der Gegenstand des Urteiles des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019 war.

derhand, was diesbezüglich im Lichte des einschlägigen gesetzlichen Vertragstypenrechtes gilt.

## II Vertragsdauer und -beendigung gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen

### 1 Maklervertragsrecht

- 521 Der Maklervertrag ist einfaches Schuldverhältnis ([Rz. 184](#)). Als solches endet er, wenn er erfüllt ist ([Rz. 186](#)), also die Zielgeschäfte, die der Makler zu vermitteln beauftragt war, zustande gekommen sind (und der Auftraggeber die hierfür zu entrichtende Vergütung geleistet hat).<sup>1040</sup> Der Maklervertrag lässt sich ausserdem befristen: Dem Makler wird ein zeitlicher Rahmen gesetzt, während dessen er seine Tätigkeit entfalten soll.<sup>1041</sup> Diese Befristung ist im Vergleich zum Beendigungsgrund der Erfüllung allerdings nachrangig. Eine allfällig vorgesehene, längere Vertragsdauer ist nicht weiter relevant, sobald sämtliche Zielgeschäfte zustande gekommen sind (und die Vergütung hierfür geleistet worden ist). Kommt es während der Frist hingegen nicht zum Abschluss sämtlicher Zielgeschäfte, die der Maklervertrag zum Gegenstand hat, endet letzterer mit deren Ablauf.<sup>1042</sup>
- 522 Anzumerken ist, dass eine Befristung im Maklervertrag nicht bloss die Vertragsdauer selbst betreffen kann, sondern ebenso die Entstehung des Anspruchs des Maklers auf Vergütung ([Rz. 393](#)). Diesfalls wirkt das Zustandekommen von Zielgeschäften nach Ablauf der Frist nicht mehr vergütungsbegründend,

---

Die im genannten Urteil auszugsweise wiedergegebenen Vertragsbestimmungen zu Laufzeit und Kündigung umfassen über zwei Seiten (Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 2019, Nr. 28235, Rz. 21).

<sup>1040</sup> GUGGENBÜHL, S. 121; MARQUIS, S. 223; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 532; TURRETTINI, S. 173; allein an das Zustandekommen der Zielgeschäfte anknüpfend STREIFF MATTHIAS, S. 47; BSK OR I-AMMANN, N 6 zu Art. 412; HUGUENIN, Rz. 3382; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5014; BURKHALTER, N 33 zu Art. 412; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 18; Urteil des Handelsgerichtes ZH HG160167-O vom 8. August 2018 E. 4.2; im Ergebnis ebenso VON BÜREN, S. 215.

<sup>1041</sup> Dieser zeitliche Rahmen hat aber keinen Einfluss darauf, dass weiterhin eine bestimmte Zahl von Zielgeschäften zu vermitteln ist, womit immer noch ein einfaches Schuldverhältnis vorliegt ([Rz. 186 f.](#)).

<sup>1042</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5014; VON BÜREN, S. 516; BSK OR I-AMMANN, N 6 zu Art. 412; MARQUIS, S. 224 f.; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 533; GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 18; TURRETTINI, S. 173; vgl. BURKHALTER, N 33 zu Art. 412.

selbst wenn der Mäkler die hierfür kausalen, vertragsgemässen Aktivitäten entfaltet hat, während der Mäklervertrag Bestand hatte. Eine weitere Tätigkeit des Mäklers nach Fristende erübrigt sich deshalb. Eine solche Befristung der Entstehung des mäklerischen Vergütungsanspruches bedeutet damit im Ergebnis zugleich die Festlegung einer bestimmten Geltungsdauer für den Mäklervertrag.<sup>1043</sup>

Für die Beendigung des Mäklervertrages gelangt überdies stets der auftragsrechtliche Art. 404 OR zur Anwendung.<sup>1044</sup> Das aufgrund des Verweises in Art. 412 Abs. 2 OR.<sup>1045</sup> Der Mäklervertrag kann deshalb gemäss Art. 404 Abs. 1 OR vom Auftraggeber genauso wie vom Mäkler jederzeit einseitig beendet werden.<sup>1046</sup> Dieses Recht ist zwingend.<sup>1047</sup> Weder lässt es sich im eigentlichen Sinne ausschliessen, noch darf seine Ausübung beschränkt oder sonst wie erschwert werden.<sup>1048</sup> Abreden der Parteien zur Vertragsdauer und zur Vertragsbeendigung sind im Mäklervertrag demnach immer nur insofern wirksam, als

523

<sup>1043</sup> Vgl. GUGGENBÜHL, S. 122 f.; TURRETTINI, S. 173, m.w.H.

<sup>1044</sup> CR CO I–RAYROUX, N 19 zu Art. 412, m.w.H.; BURKHALTER, N 33 zu Art. 412; so bereits BGE 57 II 187 E. 1 S. 190, m.w.H.; Urteil des Appellationshofes BE in Sachen Schneider gegen Berger vom 16. November 1932, in: ZBJV 1934, S. 438; Urteil des Obergerichtes ZH vom 24. September 1941, in: ZR 1943, S. 166; Urteil des Obergerichtes BL in Sachen Stö. gegen Hei. vom 20. August 1957, in: BJM 1957, S. 270; Urteil des BGer vom 19. September 1990, in: CEDIDAC Bulletin d'information, Nr. 14, S. 10; im Ergebnis BGE 100 II 361 E. 3d S. 365; BGE 103 II 129 E. 1 S. 130, m.w.H.

<sup>1045</sup> GUGGENBÜHL, S. 121; BURKHALTER, N 33 zu Art. 412; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5014; MARQUIS, S. 226.

<sup>1046</sup> In der Rechtsprechung etwa Urteil des Appellationshofes BE in Sachen Schneider gegen Berger vom 16. November 1932, in: ZBJV 1934, S. 438; BGE 57 II 187 E. 1 S. 190, m.w.H.; BGE 100 II 361 E. 3d S. 365; BGE 103 II 129 E. 1 S. 130, m.w.H.; Urteil des BGer vom 19. September 1990, in: CEDIDAC Bulletin d'information, Nr. 14, S. 10; und im Schrifttum BK–GAUTSCHI [1964], N 12a zu Art. 412; CR CO I–RAYROUX, N 19 zu Art. 412; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5015; BURKHALTER, N 34 zu Art. 412; BSK OR I–AMMANN, N 6 zu Art. 412; je m.w.H. Das Gesetz spricht in Art. 404 Abs. 1 OR von Widerruf respektive Kündigung, nicht von Beendigung. In der Sache ist damit aber jeweils das gleiche gemeint (GUGGENBÜHL, S. 126, der treffend von «Ausdruckshäufung» spricht; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 4620): die Beendigung des Vertrages durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (BK–GAUTSCHI [1964], N 12b zu Art. 412, m.w.H.; MARQUIS, S. 227).

<sup>1047</sup> MARQUIS, S. 242; GUGGENBÜHL, S. 133; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 173; BK–GAUTSCHI [1964], N 12a zu Art. 412, m.w.H.; Urteil des Obergerichtes ZH vom 24. September 1941, in: ZR 1943, S. 166; BGE 103 II 129 E. 1 S. 130, m.w.H.; Urteil des BGer vom 19. September 1990, in: CEDIDAC Bulletin d'information, Nr. 14, S. 10; anderer Meinung SCHWEIGER, S. 148 ff., m.w.H.

<sup>1048</sup> BURKHALTER, N 34 zu Art. 412, m.w.H.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 173; vgl. TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5016; Urteil des BGer vom 19. September 1990, in: CEDIDAC Bulletin d'information, Nr. 14, S. 10; und zum Auftragsrecht allgemein BGE 104 II 108 E. 4 S. 116; BGE 109 II 462 E. 3e S. 467, m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_494/2012 vom 8. Oktober 2012 E. 7.1, m.w.H.; Urteil des BGer 4A\_680/2016 vom 12. Juli 2017 E. 3.1, m.w.H.

sie nicht in Konflikt zum zwingenden Beendigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR stehen. Das heisst: Haben die Parteien eine Laufzeit vereinbart, so ändert dies nichts daran, dass sich der Mäklervertrag von jeder Vertragspartei jederzeit einseitig beenden lässt.<sup>1049</sup> Insofern sind auch Kündigungsfristen, die die Parteien allenfalls festgelegt haben, nicht bindend.<sup>1050</sup> Einzig die Erfüllung geht der Beendigung nach Art. 404 Abs. 1 OR in gewisser Weise vor: Wurde der Mäklervertrag erfüllt, endet er ohne weiteres (Rz. 521). Eine später unter Verweis auf Art. 404 Abs. 1 OR erklärte Beendigung bleibt sodann ohne Bedeutung.

## 2 Agenturvertragsrecht

### a Ordentliche Beendigung

524 Anders als der Mäklervertrag (Rz. 521) ist der Agenturvertrag nach der gesetzlichen Konzeption ein Dauerschuldverhältnis (Rz. 184). Dauerschuldverhältnisse enden erst zufolge Zeitablaufs oder Kündigung. Sie sind mithin so lange zu erfüllen, bis ein solcher Beendigungsgrund eintritt (Rz. 185). Entsprechendes gilt auch für den Agenturvertrag: Sieht er eine bestimmte Geltungsdauer vor oder ergibt sich eine solche aus seinem Zweck, so endet er gemäss Art. 418p Abs. 1 OR mit deren Ablauf.<sup>1051</sup> Fehlt eine vertragliche Beschränkung der Laufzeit hingegen, ist der Agenturvertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen.<sup>1052</sup> Beendigungsgrund ist dann die Kündigung.<sup>1053</sup> Regelfall ist dabei

---

<sup>1049</sup> GUGGENBÜHL, S. 134 f., m.w.H.; MARQUIS, S. 242; Urteil des Appellationshofes BE in Sachen Schneider gegen Berger vom 16. November 1932, in: ZBJV 1934, S. 438; BGE 103 II 129 E. 1 S. 130, m.w.H.; und zum Auftragsrecht allgemein Urteil des BGer 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.5.1; in dessen Folge auch Urteil des BGer 4A\_680/2016 / 4A\_686/2016 vom 12. Juli 2017 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_542/2020 vom 3. März 2021 E. 3.1.1; Urteil des Handelsgerichtes ZH HG210003-O U/dz vom 14. Juli 2022 E. 4.3.3; je unter Hinweis auf BGE 104 II 108 E. 4 S. 115 f.

<sup>1050</sup> GUGGENBÜHL, S. 134 f., m.w.H.; CHK-BRACHER, N 11 zu Art. 412 OR; Urteil des Appellationshofes BE in Sachen Schneider gegen Berger vom 16. November 1932, in: ZBJV 1934, S. 438.

<sup>1051</sup> CR CO I-DREYER, N 1 zu Art. 418p; BURNAND, S. 63; HUGUENIN, Rz. 3397; BK-GAUTSCHI [1964], N 4a zu Art. 418p; BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418p; CHK-MATHYS, N 1 zu Art. 418p OR; MAIER, Schweiz, S. 340; STRAUB, Rz. 37.4; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 203; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5162.

<sup>1052</sup> UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 211; ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418q.

<sup>1053</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; BURNAND, S. 63 f.; ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418q; Botschaft Agenturvertrag, S. 683. Das Kündigungsrecht ist die Berechtigung, ein Dauerschuldverhältnis einseitig zu beenden (vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 3.27 und Rz. 82.04; HUGUENIN, Rz. 792; BK-KRAMER [1986], N 162 Allgemeine Einleitung; BK-BECKER, N 5 Vorb. zu Art. 114-142). Es wird mittels einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärung ausgeübt (UMBRICT/GRETHNER, Rz. 210; MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 59).



die ordentliche Kündigung nach Art. 418q OR.<sup>1054</sup> Als ordentlich wird ganz allgemein jene Kündigung bezeichnet, die unter Wahrung der einschlägigen Fristen und Termine erfolgt.<sup>1055</sup>

Das Gesetz regelt Fristen und Termine für die ordentliche Kündigung des Agenturvertrages in Art. 418q Abs. 1 und 2 OR. Im ersten Vertragsjahr (sprich beim unterjährigen Agenturvertrag) lässt sich der Agenturvertrag gemäss Art. 418q Abs. 1 OR mit Frist von einem Monat auf das Ende des folgenden Monats kündigen. Ab dem zweiten Vertragsjahr (i.e. beim überjährigen Agenturvertrag) beträgt die Kündigungsfrist nach Abs. 2 von Art. 418q OR zwei Monate. Zudem ist die Kündigung nach dieser Bestimmung dann nicht mehr auf jedes Monatsende, sondern lediglich noch auf Ende jeden Kalendervierteljahres möglich. Zu beachten ist, dass für die Dauer des Agenturvertrages, nach der sich die anwendbaren Kündigungsfristen- und Termine richten, auf die Zeitspanne abzustellen ist, während der tatsächlich ein Agenturverhältnis zwischen dem jeweiligen Auftraggeber und Agenten bestanden hat. Nicht massgeblich ist *e contrario* die Laufzeit des konkreten Agenturvertrages.<sup>1056</sup>

525

Die Fristen und Termine nach Art. 418q Abs. 1 und 2 OR sind (teilweise) abweichender Vereinbarung zugänglich. Für den unterjährigen Agenturvertrag kann die Kündigungsfrist nach Art. 418q Abs. 1 OR schriftlich verkürzt werden.<sup>1057</sup> Eine Verlängerung ist gar formlos möglich.<sup>1058</sup> Demgegenüber ist die Kündigungsordnung für den überjährigen Agenturvertrag nach Art. 418q Abs. 2 OR teilweise abrederesistent. Sie lässt sich *qua* Vereinbarung nicht verkürzen,

526

---

<sup>1054</sup> Für die ordentliche Kündigung des unbefristeten Agenturvertrages BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418q; HUGUENIN, Rz. 3398; BK-GAUTSCHI [1964], N 1a zu Art. 418q; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; MAIER, Schweiz, S. 341; BGE 89 II 30 E. 2 S. 34.

<sup>1055</sup> BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 138 Allgemeine Einleitung; HUGUENIN, Rz. 792; vgl. BK-KRAMER [1986], N 162 Allgemeine Einleitung; GUHL/KOLLER, § 38 Rz. 23.

<sup>1056</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2a zu Art. 418q; unter Hinweis auf jenen etwa auch CHK-MATHYS, N 3 zu Art. 418q OR; Entscheid des Handelsgerichtes AG in Sachen Firma H. GmbH gegen Firma I. und Cie. vom 14. Januar 1969, in: AGVE 1969, S. 47, m.w.H.; und in Folge des vorgenannten Entscheides ZK-BÜHLER, N 6 zu Art. 418q, m.w.H.

<sup>1057</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2b zu Art. 418q; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418q; MAIER, Schweiz, S. 341; Botschaft Agenturvertrag, S. 683. Eine Mindestfrist besteht für diesen Fall nicht, sodass im Ergebnis die Vereinbarung der ordentlichen Kündigung ohne Beachtung einer Frist möglich ist (MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 60, m.w.H.).

<sup>1058</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418q; MAIER, Schweiz, S. 341; Botschaft Agenturvertrag, S. 683.

wohl aber verlängern.<sup>1059</sup> Eine besondere Form ist dafür nicht erforderlich.<sup>1060</sup> Ebenso steht es den Parteien des Agenturvertrages offen, betreffend den überjährigen Agenturvertrag einen anderen Kündigungstermin festzulegen als den in Art 418q Abs. 2 OR vorgesehenen.<sup>1061</sup> Der Schriftlichkeit bedarf diese Vereinbarung ebenso wenig.<sup>1062</sup> In jedem Fall ist bei der vom Gesetz abweichenden, parteiautONOMEN Kündigungsregelung allerdings darauf zu achten, dass für Auftraggeber und Agent gemäss Art. 418q Abs. 3 OR zwingend dieselben Kündigungsfristen gelten müssen.<sup>1063</sup>

## **b Ausserordentliche Beendigung**

### *i Grundsatz*

- 527 Unabhängig davon, ob ein Agenturvertrag für eine bestimmte oder unbestimmte Dauer eingegangen wird, besteht eine weitere Beendigungsmöglichkeit.<sup>1064</sup> Aus wichtigen Gründen lässt sich nämlich jeder Agenturvertrag von jeder Partei jederzeit mit sofortiger Wirkung auflösen (Art. 418r Abs. 1 OR).<sup>1065</sup> Die Beendigung ist dann eine ausserordentliche.<sup>1066</sup> Ausserordentlich deshalb, weil die grundsätzlich für den konkreten Agenturvertrag einschlägige Beendigungsordnung ([Rz. 524 f.](#)), spricht der Ablauf der Vertragsdauer oder die Kündigung unter Einhaltung der massgeblichen Fristen und Termine, nicht beach-

---

<sup>1059</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418q; HUGUENIN, Rz. 3398; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; MAIER, Schweiz, S. 341; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 213; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5168; Botschaft Agenturvertrag, S. 683.

<sup>1060</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418q; CHK-MATHYS, N 4 zu Art. 418q OR; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 213; ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418q; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5168; Botschaft Agenturvertrag, S. 683.

<sup>1061</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418q; MAIER, Schweiz, S. 341; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 213; ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418q; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5168; Botschaft Agenturvertrag, S. 683.

<sup>1062</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5168; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 213; ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418q; Botschaft Agenturvertrag, S. 683.

<sup>1063</sup> CR CO I-DREYER, N 3 zu Art. 418q; BURNAND, S. 64; BSK OR I-PÄRLI, N 2 zu Art. 418q; CHK-MATHYS, N 4 zu Art. 418q OR; MAIER, Schweiz, S. 341; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5169.

<sup>1064</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; BK-GAUTSCHI [1964], N 2b zu Art. 418r, m.w.H.; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5171.

<sup>1065</sup> HUGUENIN, Rz. 3399; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; BURNAND, S. 65; MIRFAKHRAEI, Rz. 224; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 217; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5171; BGE 89 II 30 E. 2 S. 34; BGE 136 III 518 E. 4 S. 519; Urteil des BGE 4C.216/2002 vom 19. September 2003 E. 4.1.

<sup>1066</sup> Vgl. BK-GAUTSCHI [1964], N 1 zu Art. 418r.

tet werden muss.<sup>1067</sup> Das ist freilich keine agenturvertragsrechtliche Besonderheit; vielmehr gilt das Recht zur ausserordentlichen Auflösung aus wichtigem Grund prinzipiell für jedes Dauerschuldverhältnis.<sup>1068</sup> Es wird auch als Recht zur ausserordentlichen Kündigung bezeichnet.<sup>1069</sup>

## ii Wichtiger Grund als Voraussetzung

Die ausserordentliche Beendigung des Agenturvertrages knüpft dem Gesagten (Rz. 527) nach an das Vorliegen eines wichtigen Grundes an. Ein solcher ist seinerseits gegeben, wenn einer Partei die Fortsetzung des Agenturvertrages nicht mehr zuzumuten ist.<sup>1070</sup> Es bedarf mit anderen Worten eines Umstandes, der bereits in objektiver Hinsicht geeignet ist, das Vertrauen zwischen Auftraggeber und Agent zu zerstören oder immerhin so erheblich zu beeinträchtigen, dass die Fortsetzung des Vertrages für eine Partei unzumutbar erscheint. Zusätzlich ist erforderlich, dass sich der betreffende Umstand *in concreto* effektiv auf das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Agent ausgewirkt hat.<sup>1071</sup> Ist das nicht der Fall, sind die Voraussetzungen für die ausserordentliche Beendigung des Agenturvertrages nicht erfüllt. Das Fehlen eines wichtigen Grundes führt nun aber nicht dazu, dass die dennoch ausgesprochene, ausserordentliche Kündigung unwirksam wäre.<sup>1072</sup> Der Agenturvertrag endet aufgrund ausserordentlicher Beendigung mithin selbst dann, wenn

528

<sup>1067</sup> Vgl. HUGUENIN, Rz. 792; BK-KRAMER [1986], N 164 Allgemeine Einleitung; GUHL/KOLLER, § 38 Rz. 23; GAUCH, System, S. 27; Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1.

<sup>1068</sup> BUCHER, BT, S. 241; vgl. KULL/WILDHABER, S. 72; allgemein für die Dauerschuldverhältnisse BUCHER, AT, S. 102; HUGUENIN, Rz. 792 und Rz. 797; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 138 Allgemeine Einleitung; BK-KRAMER [1986], N 163 f. Allgemeine Einleitung; VETTER/GUTZWILLER, S. 703 f.; in der Rechtsprechung etwa BGE 92 II 299 E. 3b S. 30; BGE 122 III 262 E. 2a/aa S. 265; BGE 138 III 304 E. 7 S. 319; je m.w.H.

<sup>1069</sup> Allgemein HUGUENIN, Rz. 797; BK-MÜLLER CHRISTOPH, N 138 Allgemeine Einleitung; VETTER/GUTZWILLER, S. 701; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 30 Vorb. zu Art. 1-40f; für das Agenturvertragsrecht MAIER, Schweiz, S. 342; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 217; STRAUB, Rz. 38.1.

<sup>1070</sup> BURNAND, S. 65; MIRFAKHRAEI, Rz. 441; BGE 136 III 518 E. 4 S. 519; Urteil des BGer 4A\_433/2011 vom 27. Januar 2012 E. 5; Urteil des BGer 4A\_212/2013 vom 10. Oktober 2013 E. 2.1; Urteil des BGer 4C.216/2002 vom 19. September 2003 E. 4.1, m.w.H.

<sup>1071</sup> Urteil des BGer 4A\_433/2011 vom 27. Januar 2012 E. 5, m.w.H.

<sup>1072</sup> GUHL/SCHNYDER, § 50 Rz. 50; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5172; VENTURI-ZENRUFFINEN, Rz. 1426; BGE 125 III 14 E. 2a S. 16; in dessen Folge ebenso Urteil des BGer 4A\_229/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 5 (dieser Entscheid ist ohne die besagte Erwägung als BGE 136 III 518 publiziert); Urteil des BGer 4A\_76/2016 vom 30. August 2016 E. 4; oder Urteil des Handelsgerichtes ZH HG120001-O vom 7. Dezember 2015 E. 5.2.2; unter Verweis auf das BGer auch CHK-MATHYS, N 8 zu Art. 418r OR; HUGUENIN, Rz. 3399; oder MIRFAKHRAEI, Rz. 435 und Rz. 437; anderer Meinung beispielsweise CHERPILLOD, Fin, Rz. 36; ZK-BÜHLER, N 8 zu Art. 418r; MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 65.

seine Fortsetzung durchaus zumutbar ist (in der Sache mithin eine grundlose ausserordentliche Beendigung vorliegt). Doch treffen den Beendigenden diesfalls Ersatzpflichten.<sup>1073</sup>

### iii Zwingender Charakter

- 529 Das Recht zur ausserordentlichen Beendigung des Agenturvertrages gemäss Art. 418r Abs. 1 OR ist zwingend.<sup>1074</sup> Das ergibt sich bereits daraus, dass diese Norm der arbeitsvertraglichen Ordnung der Kündigung aus wichtigem Grund nachgebildet ist.<sup>1075</sup> Aufgrund seines zwingenden Charakters lässt sich das Recht zur ausserordentlichen Beendigung des Agenturvertrages vertraglich nicht wegbedingen.<sup>1076</sup> Genauso wenig kann die ausserordentliche Beendigung des Agenturvertrages *qua* entsprechender Vereinbarung wirksam auf bestimmte Gründe beschränkt werden.<sup>1077</sup> Liegt ein Umstand vor, der als wichtiger Grund im Rechtssinne ([Rz. 528](#)) zu qualifizieren ist, darf der Agenturvertrag ausserordentlich aufgelöst werden.<sup>1078</sup>

---

<sup>1073</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5163 ; BGE 125 III 14 E. 2a f. S. 16. Für die Folgen der ausserordentlichen Kündigung des Agenturvertrages gelangen aufgrund des Verweises in Art. 418r Abs. 2 OR die Art. 337c respektive 337d OR zur Anwendung (HUGUENIN, Rz. 3399; BGE 125 III 14 E. 2a S. 16; BGE 136 III 518 E. 4 S. 519; Urteil des BGer 4A\_544/2015 vom 17. März 2016 E. 2.1 und E. 3.1).

<sup>1074</sup> Grundlegend BGE 89 II 30 E. 5a S. 35 f., m.w.H.; in dessen Folge auch BK-GAUSCHI [1965], N 1a zu Art. 418r; CR CO I-DREYER, N 1 zu Art. 418r; ZK-BÜHLER, N 7 zu Art. 418r; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 217; CHK-MATHYS, N 1 zu Art. 418r OR; BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418r; ebenso HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 191; BURNAND, S. 65, m.w.H.; Botschaft Agenturvertrag, S. 683; Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.

<sup>1075</sup> Vgl. BGE 89 II 30 E. 5a S. 35 f.; BK-GAUSCHI [1965], N 1a zu Art. 418r; Botschaft Agenturvertrag, S. 683; siehe zum zwingenden Charakter des Rechtes zur Beendigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund STREIFF ULLIN/VON KAENEL/RUDOLPH, N 26 zu Art. 337; ZK-STAEHELIN, N 43 zu Art. 337; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 12 zu Art. 337.

<sup>1076</sup> BGE 89 II 30 E. 5a S. 36; und in dessen Folge auch Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3; MAIER, Schweiz, S. 342; allgemein WOLFER, S. 624.

<sup>1077</sup> BGE 89 II 30 E. 5a S. 36; in dessen Folge etwa CR CO I-DREYER, N 6 zu Art. 418r, m.w.H.; BK-GAUSCHI [1964], N 2c zu Art. 418r; Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3; im Ergebnis MAIER, Schweiz, S. 342 f.; UMBRICHT/GRETHNER, Rz. 224; allgemein WOLFER, S. 624.

<sup>1078</sup> BK-GAUSCHI [1964], N 2c zu Art. 418r; KULL/WILDHABER, S. 73; allgemein WOLFER, S. 624; im Ergebnis CR CO I-DREYER, N 6 zu Art. 418r.

Der zwingende Charakter des ausserordentlichen Beendigungsrechtes von Art. 418r Abs. 1 OR bringt überdies mit sich, dass es den Parteien verwehrt ist, das Recht zur ausserordentlichen Kündigung abredeweise auszudehnen.<sup>1079</sup> Namentlich sind Auftraggeber und Agent nicht imstande, bestimmten Umständen allein durch entsprechende Vereinbarung die Qualität als wichtiger Grund zu verleihen.<sup>1080</sup> Die ausserordentliche Beendigung des Agenturvertrages knüpft in jedem Fall an das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Rechtssinne an. Ob ein solcher im Einzelfall vorliegt, ist seinerseits einzig anhand der oben (Rz. 528) genannten Kriterien zu entscheiden.<sup>1081</sup> Ein Umstand, der nicht tatsächlich dazu führt, dass einer Partei die Fortsetzung des Agenturvertrages unzumutbar wird, berechtigt damit selbst dann nicht zur ausserordentlichen Beendigung, wenn der Agenturvertrag Gegenteiliges vorsieht.<sup>1082</sup> In den Worten des Bundesgerichtes: «Es ist ihnen [den Parteien] [...] verwehrt, eine vorzeitige bzw. fristlose Vertragsauflösung durch eine abweichende Parteivereinbarung von weniger strengen Voraussetzungen abhängig zu machen als vom Vorliegen von wichtigen Gründen, die einer Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen, oder die wichtigen Gründe für den Richter verbindlich festzulegen».<sup>1083</sup>

Das eben Ausgeführte (Rz. 529 f.) macht deutlich, dass parteiautonomer Regelung lediglich die ordentliche (Rz. 524 f.), nicht aber die ausserordentliche (Rz. 527 ff.) Beendigung des Agenturvertrages zugänglich ist.

<sup>1079</sup> WILDHABER, Schweizer Vertriebsrecht, Rz. 672; Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1; je m.w.H.; allgemein WOLFER, S. 624; anderer Meinung CHERPILLOD, Fin, Rz. 33; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5171.

<sup>1080</sup> WILDHABER, Schweizer Vertriebsrecht, Rz. 672; Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1; je m.w.H.; vgl. MIRFAKHRAEI, Rz. 438, m.w.H.; UMBRICH/GRETHNER, Rz. 224, m.w.H.; MAIER, Schweiz, S. 342; WOLFER, S. 624 und Fn. 31, m.w.H.

<sup>1081</sup> UMBRICH/GRETHNER, Rz. 224; Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1, m.w.H.

<sup>1082</sup> Im Ergebnis UMBRICH/GRETHNER, Rz. 224; Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1, m.w.H.; siehe aber STRAUB Rz. 38.6, demzufolge eine vertragliche Auflistung wichtiger Gründe helfen soll, Abgrenzungsproblemen vorzubeugen. Letztgenannte Meinung stützt sich auf BGE 89 II 30 E. 5 S. 36. Das Bundesgericht sagt a.a.O., dass die fehlende Nennung eines Grundes als wichtig im Vertrag «unter Umständen» Indiz für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages sein kann (BGE 89 II 30 E. 5 S. 36, m.w.H.; in diesem Sinne auch WILDHABER, Schweizer Vertriebsrecht, Rz. 672).

<sup>1083</sup> Urteil des BGer 4A\_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1, m.w.H.

### III Dauer und die Beendigung des Vermittlungsvertrages

#### 1 Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag

- 532 Für die Dauer und die Beendigung der Zusammenarbeit von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur ist vor dem Hintergrund des soeben Dargestellten ([Rz. 521 ff.](#)) entscheidend, ob der Vermittlungsvertrag *in concreto* ein Mäkler- oder ein Agenturvertrag ist. Als Mäklervertrag – ein einfaches Schuldverhältnis – kann der Vermittlungsvertrag mit einer Laufzeit versehen werden, womit der Vermarktungsagentur ein zeitlicher Rahmen gesetzt wird, während dessen sie ihre Tätigkeit zu entfalten hat. Mit Ablauf dieser Zeitspanne ist der Vermittlungsvertrag sicher beendet. Das nämliche Ergebnis zeitigt die Befristung der Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur ([Rz. 522](#)).
- 533 Unbesehen einer allfälligen (längeren) Laufzeit endet der Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag einerseits, sobald sämtliche von der Vermarktungsagentur herbeizuführenden Verwertungsverträge tatsächlich zustande gekommen sind und der Rechteinhaber seinerseits die Vergütung geleistet hat. Beendigungsgrund ist hier die Erfüllung ([Rz. 521](#)). Andererseits haben sowohl Rechteinhaber als auch Vermarktungsagentur gemäss Art. 412 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 404 Abs. 2 OR das Recht, den Vermittlungsvertrag, der Mäklervertrag ist, jederzeit sofort zu beenden ([Rz. 523](#)). Dieses Recht ist zwingend.<sup>1084</sup> Es lässt sich im Vermittlungsvertrag mithin nicht wirksam ausschliessen und geht einer allfälligen, abweichenden vertraglichen Kündigungsregelung ebenso vor wie einer im Vermittlungsvertrag stipulierten Laufzeit. Nur sofern der Vermittlungsvertrag bereits erfüllt ist (und also deshalb beendet), scheidet eine nachmalige Beendigung des Vermittlungsvertrages unter Verweis auf das jederzeitige Beendigungsrecht rein logisch aus.
- 534 Die Auswirkungen, die dieses zwingende Beendigungsrecht beider Parteien des Vermittlungsvertrages auf Regelungen bezüglich der Dauer und der Beendigung des Vermittlungsvertrages zu zeitigen vermögen, sind anlässlich der Vertragsredaktion zu bedenken. Ist der Vermittlungsvertrag Mäklervertrag, verunmöglicht das einschlägige gesetzliche Vertragstypenrecht nämlich eine insbesondere im Interesse der Vermarktungsagentur liegende ([Rz. 519](#)), verbindliche Festsetzung der Dauer des *Outsourcings* der Vermarktung. Sowohl

---

<sup>1084</sup> Anderer Meinung CHK-NETZLE, N 29 Vorb. zu Art. 184 ff. OR/Sponsoringvertrag.

Rechteinhaber als auch Vermarktungsagentur können sich jederzeit einseitig vom Vermittlungsvertrag lösen. Für den Rechteinhaber, der an tendenziell kürzeren Vertragslaufzeiten interessiert ist, mag das immerhin vorteilhaft sein, sollte sich die ausgelagerte Vermarktung nicht nach seinen Vorstellungen entwickeln. Er kann die Auslagerung sofort beenden.

Verschiedentlich werden weitere vermittlungsvertragliche Regelungen von einer anvisierten Vertragsdauer beeinflusst. Zu nennen ist an dieser Stelle der Provisionsatz. So ist es durchaus üblich, diesen Prozentsatz unter Bezugnahme auf die Laufzeit des Vermittlungsvertrages festzulegen. Je länger die Zeitspanne der Auslagerung ist, desto tiefer fällt der Provisionsatz aus. Die längere Vertragsdauer ist in dieser Gestaltung Ausgleich für den Abschlag beim Provisionsatz und *vice versa* (Rz. 424). Ist der Vermittlungsvertrag aber als Mäklervertrag zu qualifizieren, ist diese vereinbarte Dauer gerade nicht bindend. Das jederzeitige Beendigungsrecht jeder Vertragspartei geht vor (Rz. 533). Das hat zur Folge, dass der Vermarktungsagentur die Sicherheit dafür fehlt, dass der Vermittlungsvertrag tatsächlich so lange Bestand haben wird, wie ursprünglich beabsichtigt. Aus ihrer Sicht lohnt sich das Zugestehen tieferer Provisionsätze deshalb nicht, wenn es bloss um die Vermittlung einer begrenzten Zahl von Verwertungsverträgen geht, womit der Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag zu qualifizieren ist (Rz. 182 ff.). Das hat sie bei der Regelung der Auslagerung der Vermarktung der Sportrechte zu beachten.

535

## 2 Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag

### a Vorbemerkungen

Als Agenturvertrag ist der Vermittlungsvertrag ein Dauerschuldverhältnis. Die Vermarktungsagentur hat als Agentin die Herbeiführung einer *a priori* unbestimmten Zahl von Verwertungsverträgen zur Aufgabe (Rz. 190). Allein aufgrund der von ihm grundgelegten Leistung ist dem Vermittlungsvertrag deshalb keine zeitliche Begrenzung inhärent. Bei Qualifikation als Agenturvertrag hat der Vermittlungsvertrag mithin Bestand, bis ein leistungsexterner Beendigungsgrund eintritt: in erster Linie das Ende einer Laufzeit oder die Kündigung (Rz. 524 ff.).

536

## **b Bestimmte Laufzeit**

- 537 Ergibt sich aus der Vereinbarung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur respektive aus dem Zweck des Vermittlungsvertrages eine bestimmte Vertragsdauer, endet der Vermittlungsvertrag mit deren Ablauf ohne weiteres (Art. 418p Abs. 1 OR). Daraus fliesst zunächst, dass es Rechteinhaber und Vermarktungsagentur möglich ist, im Vermittlungsvertrag, der Agenturvertrag ist, wirksam die Dauer ihrer Zusammenarbeit zu regeln ([Rz. 524](#)).
- 538 Das könnte nun insofern Anlass zu Missverständnissen bieten, als der Begriffsbestandteil der «Dauer» sowohl in der Eigenschaft als Dauerschuldverhältnis als auch in der Vertragsdauer vorkommt. Vertragsdauer und Dauerschuldverhältnis sind aber strikte zu trennen. Im Sinne einer Laufzeit sagt die Vertragsdauer bloss, für welchen Zeitraum die Betrauung der Vermarktungsagentur gilt. Demgegenüber ist der Vermittlungsvertrag in der vorliegenden Konstellation stets Dauerschuldverhältnis. In diesem Sinne bezieht sich Dauerhaftigkeit also, anders als die Laufzeit, auf den Leistungsgegenstand ([Rz. 536](#)). Das bedeutet zugleich, dass über die Festlegung einer Laufzeit immer nur die Geltungsdauer des Vermittlungsvertrages limitiert wird, nicht aber der Leistungsgegenstand an sich. Konsequenterweise hat die Vereinbarung einer Vertragsdauer keinen Einfluss auf die Eigenschaft des Vermittlungsvertrages als Dauerschuldverhältnis (zum Ganzen [Rz. 185 ff.](#)).

## **c Unbestimmte Laufzeit**

- 539 In seiner Laufzeit unbestimmt ist der Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag dann, wenn seine Geltungsdauer weder durch Abrede noch aufgrund seines Zwecks begrenzt ist. Diesfalls wird der Vermittlungsvertrag im Regelfall mittels ordentlicher Kündigung beendet (Art. 418q Abs. 1 OR; [Rz. 524](#)). Ordentlich ist die Kündigung deshalb, weil sie unter Beachtung der gemäss Art. 418q Abs. 1 und 2 OR einschlägigen Fristen und Termine erfolgt. Diese hängen ihrerseits vom Zeitraum ab, während dessen tatsächlich ein Agenturvertragsverhältnis zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur bestanden hat. Von Gesetzes wegen beträgt die Kündigungsfrist im unterjährigen Vermittlungsvertrag gemäss Abs. 1 von Art. 418q OR ein Jahr, Kündigungstermin ist jeweils das Ende des auf die Kündigung folgenden Monats ([Rz. 525](#)). Die vorgenannte Kündigungsfrist lässt sich durch entsprechende Abrede verlängern oder verkürzen. Für die Verkürzung ist jedoch Schriftform verlangt ([Rz. 526](#)).



Ab dem zweiten Jahr, in dem der Rechteinhaber als Auftraggeber die Vermarktungsagentur als Agentin zur Vermarktung seiner Sportrechte beizieht, beträgt die Kündigungsfrist gemäss Art. 418q Abs. 2 OR zwei Monate, wobei die Kündigung jeweils auf das Ende jeden Vierteljahres möglich ist ([Rz. 526](#)). Davon kann abredeweise nur insofern abgewichen werden, als sich die Kündigungsfrist verlängern lässt oder andere Kündigungstermine vorgesehen werden können; das immerhin, ohne dass eine besondere Form einzuhalten wäre ([Rz. 526](#)). Im Rahmen der Vermarktung von Sportrechten eines Rechteinhabers, der in einer Meisterschaft aktiv ist, die jeweils über eine Saison ausgetragen wird, ist beispielsweise denkbar, die Kündigungstermine auf das Ende einer solchen Spielzeit zu legen.

540

Sehen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur im Vermittlungsvertrag Kündigungsfristen von weniger als zwei Monaten vor, haben diese mithin nur im ersten Jahr des *Outsourcings* der Vermarktung der Sportrechte des Rechteinhabers an die Vermarktungsagentur als Agentin Bestand. Nachmalig gilt sodann von Gesetzes wegen die zweimonatige Mindestfrist, haben die Parteien des Vermittlungsvertrages nicht selbst eine längere stipuliert ([Rz. 525 f.](#)).

541

Anlässlich der parteiautonomen Regelung der Kündigung des Vermittlungsvertrages als unbefristetem Agenturvertrag ist schliesslich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass gemäss Art. 418q Abs. 3 OR Kündigungsparität zu herrschen hat: Das Gesetz verbietet das Aufstellen unterschiedlicher Kündigungsfristen für Rechteinhaber und Vermarktungsagentur ([Rz. 526](#)).

542

## **d Ausserordentliche Beendigung**

Unabhängig davon, ob der Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Dauer abgeschlossen ist ([Rz. 537 f.](#) bzw. [Rz. 539 ff.](#)), kann er gemäss Art. 418r Abs. 1 OR von beiden Parteien stets aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt ([Rz. 527 ff.](#)). Wichtiger Grund ist jeder Umstand, der dazu führt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zerstört oder so erheblich beeinträchtigt wird, dass der beendigenden Partei die Fortführung des Vermittlungsvertrages nicht mehr zumutbar ist ([Rz. 528](#)). Ein solcher wichtiger Grund ist beispielsweise anzunehmen, wenn eine am Vermittlungsvertrag beteiligte Partei ihre geschäftliche Tätigkeit bzw. ihre Aktivität im Bereich des Sportes aufgibt.<sup>1085</sup> Ebenso

543

---

<sup>1085</sup> Für das Agenturvertragsrecht allgemein MAIER Schweiz, S. 342, unter Hinweis auf MAIER, Deutschland, S. 101; in diesem Sinne auch GUROVITS KOHLI, S. 100; BK-GAUTSCHI [1964], N 2b zu Art. 418r.

liegt nach der agenturvertragsrechtlichen Lehre ein wichtiger Grund vor, wenn die Vermarktungsagentur als Agentin Vermarktungsleistungen für Dritte erbringt, obwohl ihr dies gemäss Vermittlungsvertrag untersagt ist (dazu [Rz. 513 ff.](#)). Für sich genommen kein wichtiger Grund ist hingegen der Umstand, dass mit der Auslagerung der Vermarktung nicht der erhoffte wirtschaftliche Erfolg einhergeht.<sup>1086</sup>

544 Es wurde bereits gesagt ([Rz. 529 ff.](#)), dass das Recht zur ausserordentlichen Beendigung des Agenturvertrages aus wichtigem Grund zwingender Natur ist. Es ist der Parteidisposition also gänzlich entzogen. Das Recht, den Vermittlungsvertrag infolge eines wichtigen Grundes ausserordentlich aufzulösen, kann nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Gegenteilige vertragliche Abreden sind wirkungslos ([Rz. 529](#)). Ebenso wenig ist möglich, die ausserordentliche Kündigung des Vermittlungsvertrages an Gegebenheiten zu knüpfen, die überhaupt keinen wichtigen Grund im Rechtssinne darstellen ([Rz. 530](#)). Dem gilt bei der Redaktion des Vermittlungsvertrages, der Agenturvertrag ist, Rechnung zu tragen. Listet der Vermittlungsvertrag einen Grund als Anlass zur ausserordentlichen Beendigung auf, ohne dass dieser Grund die Fortführung des Vermittlungsvertrages im Einzelfall unzumutbar macht, besteht das Recht zur ausserordentlichen Beendigung des Vermittlungsvertrages nämlich überhaupt nicht. Derartige Auflistungen indizieren höchstens, was aus Sicht der Parteien (bei Vertragsschluss) Unzumutbarkeit begründen könnte (und was umgekehrt nicht; Fn. 1082).

545 Umgekehrt schliesst die vermittlungsvertragliche Enumeration «wichtiger» Gründe nicht aus, solche Umstände als wichtig zu qualifizieren, aufgrund derer der Vermittlungsvertrag seine ausserordentliche Beendigung nicht zulassen möchte.<sup>1087</sup> Umstände, die die Fortsetzung des Vermittlungsvertrages tatsächlich unzumutbar machen, berechtigen also unbeschadet des von den Parteien Vereinbarten zur ausserordentlichen Beendigung gemäss Art. 418r Abs. 1 OR ([Rz. 530](#)).

---

<sup>1086</sup> Für das Agenturvertragsrecht allgemein BK-GAUTSCHI [1964], N 2b zu Art. 418r; MAIER Schweiz, S. 342, unter Hinweis auf MAIER, Deutschland, S. 102, m.w.H.

<sup>1087</sup> Solche Auflistungen sind in der Praxis üblich (siehe etwa GUROVITS KOHLI, S. 99 f.; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 54; SCHLINDWEIN, Vertragsgestaltung, S. 98; PFISTER, Managervertrag, S. 157; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 106 und Fn. 484; für ein Beispiel Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 21).

Freilich ist eine ausserordentliche Auflösung des Vermittlungsvertrages bei Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes selbst dann wirksam, wenn in der Sache überhaupt kein wichtiger Grund vorliegt. Allerdings kann die beendende Partei diesfalls ersatzpflichtig werden ([Rz. 528](#)). 546

## IV Zusammenfassung

Dauer und Beendigung des Vermittlungsvertrages sind nur eingeschränkt einer verbindlichen parteiautonen Regelung zugänglich. Vorab ist dafür entscheidend, ob der Vermittlungsvertrag ein Mäkler- oder ein Agenturvertrag ist ([Rz. 532 ff.](#) bzw. [Rz. 536 ff.](#)). Im ersten Fall kann problemlos eine Vertragsdauer vereinbart werden. Mit deren Ablauf endet der Vermittlungsvertrag ohne weiteres. Der Tätigkeit der Vermarktungsagentur für den Rechteinhaber wird so ein zeitlicher Rahmen gesetzt. Zum selben Ergebnis führt die Befristung der Entstehung des Vergütungsanspruches der Vermarktungsagentur ([Rz. 532](#)). Stets zur Beendigung führt ausserdem die Erfüllung des Vermittlungsvertrages, da er als Mäklervertrag einfaches Schuldverhältnis ist. Einer daneben vereinbarten, längeren Laufzeit kommt dann keine weitere Wirkung mehr zu ([Rz. 533](#)). 547

Aufgrund des zwingend anwendbaren Art. 404 Abs. 1 OR können Rechteinhaber und Vermarktungsagentur den Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag überdies jederzeit einseitig beenden. Dem stehen Vertragslaufzeiten ebenso wenig entgegen wie allfällige vertragliche Kündigungsregelungen ([Rz. 533](#)). Bei Einschlägigkeit des Mäklervertragsrechtes lässt sich eine dauerhafte Bindung von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur folglich nicht erreichen. Das hat die Vermarktungsagentur in praktischer Hinsicht zu berücksichtigen, wenn es um die Festlegung der Provisionssätze geht. Sie hat keinen Anreiz, für die Vereinbarung einer längeren Vertragsdauer tiefere Provisionssätze hinzunehmen ([Rz. 535](#)). 548

Ist der Vermittlungsvertrag Agenturvertrag und damit ein Dauerschuldverhältnis, ist die Erfüllung kein Beendigungsgrund. Stattdessen bewirken Zeitablauf und Kündigung die Beendigung des Vermittlungsvertrages ([Rz. 536](#)). Eine Laufzeit kann von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur vorgesehen sein oder sich aus dem Zweck des Vermittlungsvertrages ergeben. Mit deren Ablauf endet der Vermittlungsvertrag (Art. 418p Abs. 1 OR; [Rz. 537](#)). Ohne derartige zeitliche Limitierung seiner Geltungsdauer wird der Vermittlungsvertrag grundsätzlich mittels ordentlicher Kündigung beendet ([Rz. 539](#)). Von Gesetzes wegen sind hierfür, je nach effektiver Dauer des Agenturvertragsverhältnisses 549

zwischen Rechtenhaber und Vermarktungsagentur, unterschiedliche Fristen und Termine anwendbar. Diese Fristen können im Vermittlungsvertrag teilweise abgeändert, namentlich verlängert, mitunter auch verkürzt werden (Art. 418q Abs. 1 und Abs. 2 OR; [Rz. 539 f.](#)). Stets zu beachten ist, dass für Rechtenhaber und Vermarktungsagentur dieselben Kündigungsfristen gelten müssen ([Rz. 542](#)).

- 550 Aus wichtigem Grund kann der Vermittlungsvertrag, der Agenturvertrag ist, schliesslich von beiden Parteien jederzeit aufgelöst werden (Art. 418q Abs. 1 OR; [Rz. 543](#)). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der kündigenden Partei die Fortsetzung des Vermittlungsvertrages nicht mehr zumutbar ist ([Rz. 543](#)). Diese ausserordentliche Beendigung des Vermittlungsvertrages ist der Disposition durch Rechtenhaber und Vermarktungsagentur in Gänze entzogen. Das betreffende Recht lässt sich vertraglich nicht einschränken oder wegbedingen. Umgekehrt ist aber ebenso ausgeschlossen, das Recht zur ausserordentlichen Beendigung von weniger strengen Voraussetzungen als vom Vorliegen eines wichtigen Grundes im Rechtssinne abhängig zu machen. Deshalb reichen namentlich vertraglich gelistete «wichtige» Gründe nicht aus, um das Recht zur ausserordentlichen Beendigung zu begründen oder ausserordentliche Kündigungen aus anderen Gründen auszuschliessen ([Rz. 544 f.](#)). Allerdings sind unbegründete Kündigungen aus «wichtigem» Grund wirksam, wenn der Vermittlungsvertrag Agenturvertrag ist. Sie haben bloss Schadenersatzfolgen ([Rz. 546](#)).

## J Ertragssicherheit für den Rechteinhaber

### I Ausgangslage

Es bleibt ein ausgewählter Inhalt des Vermittlungsvertrages (Rz. 215 ff.) zu besprechen. Bereits in Bezug auf die Dauer und die Beendigung des Bezuges der Vermarktungsagentur ist festgestellt worden, dass der Rechteinhaber daran interessiert ist, das Outsourcing unter dem Eindruck des Ganges der Vermarktung allenfalls anpassen oder gar beenden zu können (Rz. 519). Im Vermittlungsmodell ist er es, der Verwertungserlöse vereinnahmt (Rz. 79). Zeitigt die ausgelagerte Vermarktung nicht die vom Rechteinhaber erhofften Ergebnisse, fehlen ihm konsequenterweise am Ende Mittel, die zur Finanzierung seiner Aktivität im Sport beitragen sollten (Rz. 2 f.). Damit ist für den Rechteinhaber entscheidend, mit welchen Erträgen er aus der Fremdvermarktung seiner Sportrechte rechnen kann.<sup>1088</sup> In der Literatur wird entsprechend wiederholt darauf hingewiesen, dass es sich anbietet, im Vermittlungsvertrag Mindest(verwertungs)erlöse vorzusehen.<sup>1089</sup> Vertraglich wird diesfalls jener Verwertungserlös festgelegt, der mit den von der Vermarktungsagentur herbeizuführenden Verwertungsverträgen mindestens erreicht werden soll.<sup>1090</sup> Offen ist vorderhand, inwiefern der Vermittlungsvertrag für entsprechende Regelungen Raum bietet.

551

Vorauszuschicken ist, dass das Nichterreichen eines vereinbarten Mindestlöses *in praxi* mit ganz unterschiedlichen Folgen verbunden wird.<sup>1091</sup> So kommt es vor, dass in diesem Zusammenhang eine Einstandspflicht der Vermark-

552

---

<sup>1088</sup> MANOLI/HODGKINSON, S. 442.

<sup>1089</sup> VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 48; SCHLINDWEIN, Vermarktung, S. 638; GUROVITS KOHLI, S. 99; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; vgl. HÜGI, Sportrecht, § 13 Rz. 13; DERSELBE, Sportveranstalter, S. 87; KUPFER/NEUSS, S. 298; SCHULZE, S. 162; DUVINAGE, S. 570; ELTER, S. 313; für Beispiele BUY, S. 176 f., m.w.H.; oder Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 21; anders HONEGGER/EISELE, S. 77. Im Folgenden wird nur noch von Mindestlösen gesprochen.

<sup>1090</sup> KUPFER/NEUSS, S. 298; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 48; vgl. SCHULZE, S. 162 und S. 171; HÜGI, Sportveranstalter, S. 87; DERSELBE, Sportrecht, § 13 Rz. 13; siehe für das Beispiel der Garantie eines Mindestlöses von 240 Millionen FRF aus der Vermarktung der Marketingrechte der französischen *Ligue nationale de rugby* über einen Zeitraum von fünf Spielzeiten BUY, S. 176 f., m.w.H.

<sup>1091</sup> KUPFER/NEUSS, S. 298; VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 47; vgl. SCHULZE, S. 162; beispielhaft Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 21.

tungsagentur beabsichtigt ist: Die Vermarktungsagentur soll dem Rechteinhaber negative Differenzen zwischen dem tatsächlich erzielten Verwertungserlös und dem vermittlungsvertraglich vereinbarten ausgleichen.<sup>1092</sup> Ebenso denkbar ist, dass dem Rechteinhaber bei Nichterreichen des vereinbarten Mindesterlöses erlaubt werden soll, die Zusammenarbeit mit der Vermarktungsagentur zu beenden.<sup>1093</sup> Auf diese beiden Möglichkeiten zur Gestaltung der Vereinbarung eines Mindesterlöses im Vermittlungsvertrag ist nun im Einzelnen einzugehen.

## II Mindestlösgarantie

### 1 Im Allgemeinen

#### a Rechtliche Einordnung

- 553 Wo es um die eigentliche Einstandspflicht bei Verpassen eines Mindesterlöses geht ([Rz. 552](#)), muss zuerst feststehen, wie eine solche Vereinbarung rechtlich einzuordnen ist.
- 554 Ganz allgemein kann das Versprechen von Mindesterlösen mit Einstandspflicht bei deren Nichterreichen als Garantieverprechen qualifiziert werden.<sup>1094</sup> Im vorliegenden Kontext bietet sich an, sie als Mindestlösgarantie zu bezeichnen. Zu dieser Mindestlösgarantie sei Folgendes bemerkt: Der Begriff der Garantie findet im Rechtsalltag unterschiedlichste Verwendung.<sup>1095</sup> Im Rechtssinne liegt eine Garantie (bzw. ein Garantieverprechen) dann vor,

---

<sup>1092</sup> SCHULZE, S. 162; KUPFER/NEUSS, S. 298; vgl. ELTER, S. 313; und siehe für Beispiele etwa Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 21, wo die jährliche Einstandspflicht der Vermarktungsagentur auf 1 Million EUR begrenzt ist, bei höheren Fehlbeträgen aber ein Kündigungsrecht greifen soll; oder BUY, S. 176 f., m.w.H.

<sup>1093</sup> So etwa Urteil des Landgerichtes Karlsruhe 3 O 32/19 vom 15. November 2019, in: BeckRS 219, Nr. 28235, Rz. 21. Es geht mit anderen Worten um ein Kündigungsrecht (VON APPEN, Vermarktungsagenturen, Rz. 47; PFISTER/FRITZWEILER, PHB Sportrecht, Kapitel 4 Rz. 104; SCHULZE, S. 162 und Fn. 61).

<sup>1094</sup> KRAUSKOPE/FINK, S. 424; für die Qualifikation der Garantie eines künftigen Ertrages als Garantie im Rechtssinne SCYBOZ, SPR VII/2, S. 330; KLEINER BEAT/LANDOLT/GEMPERLI, § 9 Rz. 3; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1395; Urteil des BGer 4A\_220/2013 vom 30. September 2013 E. 4, m.w.H.

<sup>1095</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 629; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3930; SCYBOZ, SPR VII/2, S. 322; BGE 122 III 426 E. 4 S. 428; Urteil des BGer 4A\_220/2013 vom 30. September 2013 E. 4.3.1; vgl. HUGUENIN, Rz. 1171; CHK-REETZ/GRABER, N 4 zu Art. 111 OR.

wenn sich eine Partei der anderen gegenüber verpflichtet, für einen gewissen Erfolg einzustehen.<sup>1096</sup> Statt vom Garantieverprechen ist mitunter auch vom Garantievertrag die Rede.<sup>1097</sup> Die Wirkungsweise dieser Garantie ist denkbar einfach: Tritt der vorerwähnte Erfolg nicht ein (was den sogenannten Garantiefall darstellt), hat der aus der Garantie Verpflichtete die Garantieleistung zu erbringen.<sup>1098</sup>

Auf die vorliegend besprochene Mindeste Erlösgarantie ([Rz. 553 ff.](#)) gewendet, die bei Verfehlen von Mindeste Erlösen aus Verträgen greift, die vom Garantie-  
verpflichteten zugleich zu vermitteln sind, bedeutet das: Der Mindeste Erlös, für  
den einzustehen versprochen wird, ist der garantierte Erfolg.<sup>1099</sup> Stellt er sich  
nicht schon zufolge der Vermittlungstätigkeit ein (was durchaus möglich aber  
keineswegs zwingend ist),<sup>1100</sup> wird der Vermittler aus seinem Garantieverprechen  
leistungspflichtig. Es handelt sich dabei um den Garantiefall. Als Garantie-  
leistung hat der Pflichtige seinem Vertragspartner den Betrag zu ersetzen,  
der zum Erreichen des Mindeste Erlöses fehlt.

555

Zu prüfen bleibt, inwiefern eine solche Mindeste Erlösgarantie wirksam mit einer  
mäkler- bzw. agenturvertraglichen Vermittlungsleistung kombiniert werden  
kann.

556

<sup>1096</sup> SCYBOZ, SPR VII/2, S. 328 und S. 330; Urteil des Obergerichtes BL vom 29. September 1992 in Sachen S. AG gegen H. AG, in: BJM 1994, S. 40; und unter Hinweis auf die vorgenannten Fundstellen auch KRAUSKOPF/FINK, S. 424; im Ergebnis ebenso BGE 72 II 19 S. 22 f.

<sup>1097</sup> In diesem Sinne CHK-REETZ/GRABER, N 4 zu Art. 111 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3920; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 629; Urteil des BGer 4A\_220/2013 vom 30. September 2013 E. 4.3.1; vgl. HUGUENIN, Rz. 1171; BGE 122 III 426 E. 4 S. 428.

<sup>1098</sup> KRAUSKOPF/FINK, 424 f., m.w.H.; in diesem Sinne beispielsweise auch GUHL/KOLLER, § 22 Rz. 20; SCYBOZ, SPR VII/2, S. 326 und S. 331, m.w.H.; vgl. KLEINER BEAT/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 Rz. 6 und § 22 Rz. 7.

<sup>1099</sup> Fließen die Erlöse aus den zu vermittelnden Verträgen, so lassen sie sich mit VON BÜREN gleichsam als «Erfolg des Erfolges» der Vermittlungstätigkeit qualifizieren (VON BÜREN, S. 123). Illustrativ dazu auch RUSCH, S. 285 f., m.w.H.

<sup>1100</sup> Ob die Vermittlung der anvisierten Geschäfte erfolgreich sein wird, steht jeweils nicht von Anfang an fest. So muss ein Dritter bereit sein, das fragliche Geschäft zu schliessen (für den Mäklervertrag GUGGENBÜHL, S. 49; MARQUIS, S. 62; SCHWEIGER, S. 93). Es ist aber bei Eingehen des Mäkler- bzw. Agenturvertrages nicht einmal sicher, ob ein solcher Dritter gefunden wird (für den Mäklervertrag HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 181; BURKHALTER, N 22 zu Art. 412; BK-GAUTSCHI [1964], N 11b zu Art. 412; und für den Agenturvertrag BK-GAUTSCHI [1964], N 2b zu Art. 418g/h/i/k).

## **b Garantie und Mäklervertrag**

### *i Ausgangslage*

- 557 Hinsichtlich der Vereinbarkeit von Mindestlösungsgarantie und Mäklervertrag ist vorab daran zu erinnern, dass der Mäklervertrag nach Art. 404 Abs. 1 OR von jeder Partei jederzeit mit sofortiger Wirkung beendet werden kann. Das gilt zwingend. Abreden, die dieses Recht einschränken, ausschliessen oder seine Ausübung irgendwie erschweren, sind unzulässig ([Rz. 523](#)). Erschwerende Wirkung betreffend die Beendigung des Mäklervertrages wird insbesondere angenommen, wenn mittels Vereinbarung an den blossen Umstand, dass der Vertrag beendet wird, eine besondere Leistungspflicht geknüpft ist.<sup>1101</sup> Dass ein Vertrag nach Art. 404 OR tatsächlich jederzeit beendet werden kann, setzt nämlich voraus, dass sich das betreffende Recht von seinen Parteien ausüben lässt, ohne dass sie hierfür zu «bezahlen» hätten.<sup>1102</sup>
- 558 Ist das Beendigungsrecht einmal wirksam ausgeübt, so bringt das das Mäklervertragsverhältnis zwischen seinen Parteien unmittelbar zum Erlöschen.<sup>1103</sup> Dies mit Wirkung *ex nunc*.<sup>1104</sup> Für die Zukunft vermag der beendete Mäklervertrag sodann keine weiteren, neuen Wirkungen mehr zu entfalten.<sup>1105</sup> Der Mäklervertrag hat mithin «nur so lange Geltung, als [er] in Kraft besteht».<sup>1106</sup>
- 559 Sofern auf den Vertrag, der mäklerische Vermittlungstätigkeit mit einer Mindestlösungsgarantie kombiniert, Art. 404 OR zur Anwendung gelangt, ist daran folglich auch die Wirksamkeit jener Garantie zu messen. Einschlägig ist Art. 404 sicherlich, wenn die Mindestlösungsgarantie blosser Nebenleistung im

---

<sup>1101</sup> Im Ergebnis GUGGENBÜHL, S. 135, m.w.H.; und für Art. 404 OR im Kontext des einfachen Auftrages BK-GAUTSCHI [1971], N 10e zu Art. 404.

<sup>1102</sup> Urteil des Appellationsgerichtes BS 28. VI 40, in: SJZ 1940/41, S. 282 f.

<sup>1103</sup> MARQUIS, S. 227, m.w.H.; im Ergebnis GUGGENBÜHL, S. 135.

<sup>1104</sup> CR CO I-RAYROUX, N 19 zu Art. 412; MARQUIS, S. 227, m.w.H.; BURKHALTER, N 37 zu Art. 412 und insbesondere Fn. 103, m.w.H.; TURRETTINI, S. 178, m.w.H.

<sup>1105</sup> BGE 57 II 187 E. 2 S. 192, m.w.H.; in dessen Folge etwa auch GUGGENBÜHL, S. 127; MARQUIS, S. 227; CHK-BRACHER, N 11 zu Art. 412 OR; vgl. zudem VON BÜREN, S. 215 f.

<sup>1106</sup> Urteil des Obergerichtes ZH vom 24. September 1941, in: ZR 1943, S. 166. Daran ändert nichts, dass nachvertragliche Abschlüsse zugunsten des Mäklers noch vergütungsbegründend sein können. Denn auch diesfalls ist vorausgesetzt, dass die massgebliche Tätigkeit vom Mäkler während Bestehens des Mäklervertrages entfaltet worden ist ([Rz. 352](#)). In den Worten VON BÜRENS: «Der Auftraggeber kann, wann immer er will, auf die weiteren Dienste des Mäklers verzichten. Aber wirklich nur die weiteren Dienste kann er ausschlagen, und er ist also lohnpflichtig für das Resultat der bisherigen, selbst wenn dasselbe erst später, nach dem Widerruf, sich einstellen wird» (VON BÜREN, S. 215 f.).



insgesamt vom Mäklervertragsrecht beherrschten Vertrag ist.<sup>1107</sup> Darüber hinaus kann die genannte Bestimmung für die Beendigung des jeweiligen Vertrages ausserdem massgeblich sein, wenn die Garantie als weitere Hauptleistung neben der Vermittlung steht, womit eigentlich kein reiner Mäklervertrag mehr vorliegt.<sup>1108</sup>

## ii *Garantie als Nebenleistung*

Nebenleistung im Verhältnis zur Vermittlung ist die Mindesterlösgarantie, wenn der Schwerpunkt der Schuldnerpflicht nicht auf ihr liegt, sondern auf der Vermittlungstätigkeit.<sup>1109</sup> Davon ist auszugehen, wenn die Parteien in erster Linie eine Dienstleistung vereinbart haben und das Versprechen einer Mindestrendite lediglich das mit der Dienstleistung angestrebte Ziel garantieren soll. Die Mindesterlösgarantie erscheint in dieser Konstellation als Leistung von untergeordneter Bedeutung.<sup>1110</sup> Das trifft bei der Garantie eines Mindesterlöses aus zu vermittelnden Verträgen typischerweise zu. Primär geht es darum, dass eine Partei zur Vermittlung von Geschäften beigezogen wird. Nur wenn diese Vermittlung nicht zum gewünschten Ergebnis und damit zum bezüglichen Mindesterlös führt, soll subsidiär die Garantie zum Tragen kommen. Vorrangig gilt es zur Erreichung des Zieles also Verträge zu vermitteln. Die Garantie steht folglich klarerweise in Abhängigkeit zur ebenso vereinbarten, ihr logisch aber vorgelagerten Leistung. Umgekehrt ist die Vermittlung nicht von der Garantie abhängig.<sup>1111</sup> Vor diesem Hintergrund liegt der Schwerpunkt der Schuldnerpflicht auf ebendieser Vermittlung, während die Garantie nachgeordnet bleibt.<sup>1112</sup> Die Mindesterlösgarantie bleibt demgemäss Nebenleistung.

560

<sup>1107</sup> Vgl. KRAUSKOPF/FINK, S. 427 ff., m.w.H.

<sup>1108</sup> Vgl. KRAUSKOPF/FINK, S. 430 f., m.w.H.

<sup>1109</sup> Allgemein für die Nebenleistungen WEISS, S. 38 f., unter Hinweis auf KRÖGER DETLEV, Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Stuttgart 1935, S. 9.

<sup>1110</sup> KRAUSKOPF/FINK, S. 427 f.

<sup>1111</sup> Vgl. KRAUSKOPF/FINK, S. 427 f., m.w.H.

<sup>1112</sup> In diesem Sinne auch BECKER JOËLLE, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse: représentation, relations contractuelles et responsabilité, Diss., Genf/Zürich/Basel 2011, Rz. 107.

Hauptleistung ist einzig die Vermittlung. Konsequenterweise untersteht der Vertrag insgesamt dem Mäklervertragsrecht ([Rz. 559](#)). Anwendbar ist deshalb ohne weiteres auch Art. 404 OR.<sup>1113</sup>

### iii Garantie als Hauptleistung

- 561 Ist die Mindestlerlösgarantie, die in einem Vertrag zusätzlich zu einer mäklervertraglichen Vermittlungsleistung vorgesehen ist, nicht als Neben- sondern wie die Vermittlung als Hauptleistung einzuordnen, liegt kein reiner Mäklervertrag mehr vor.<sup>1114</sup> Trotzdem gelangt Art. 404 OR auf diesen Vertrag in seiner Gesamtheit zur Anwendung, sofern zwischen den Vertragsparteien ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht.<sup>1115</sup>
- 562 Nun basiert der Mäklervertrag nach dem Schrifttum gerade auf dem gegenseitigen Vertrauen von Mäkler und Auftraggeber.<sup>1116</sup> Die mäklervertragliche Vermittlungstätigkeit ist demnach von einem Vertrauensverhältnis getragen. Ein besonderes Vertrauensverhältnis ist mithin zu bejahen, wenn ein Vertrag eine Vermittlungsleistung vorsieht, die sich dem Mäklervertragsrecht zuordnen lässt. Ergo richtet sich die Vertragsbeendigung selbst dann nach Art. 404 OR, wenn Vermittlung und Garantie jeweils als Hauptleistungen des sie enthaltenden Vertrages zu qualifizieren sind.

---

<sup>1113</sup> In diesem Sinne ist die Garantie im Rechtssinne etwa auch im Werkvertrags- oder im Kaufrecht der charakteristischen Leistung des Unternehmers respektive Käufers nachrangig und ohne Relevanz für die Qualifikation des Vertrages in seiner Gesamtheit als Werk- bzw. Kaufvertrag (siehe zum Werkvertrag etwa GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1395 ff.; KOLLER ALFRED, Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998, N 176 ff. zu Art. 363; und zum Kaufvertrag VISCHER MARKUS, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff., S. 327 ff.; Urteil des BGer 4A\_24/2020 vom 26. Mai 2020 E. 4).

<sup>1114</sup> Vgl. KRAUSKOPF/FINK, S. 430, m.w.H.

<sup>1115</sup> Für das Auftragsrecht allgemein KRAUSKOPF/FINK, S. 431, m.w.H.; und in der Rechtsprechung etwa Urteil des BGer 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 3.5.1, m.w.H.; in dessen Folge auch Urteil des BGer 4A\_680/2016 / 4A\_686/2016 vom 12. Juli 2017 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_542/2020 vom 3. März 2021 E. 3.3.1; Urteil des Handelsgerichtes ZH HG210003-O U/dz vom 14. Juli 2022 E. 4.3.3.

<sup>1116</sup> MARQUIS, S. 242; CR CO I-RAYROUX, N 28 zu Art. 412; DE HALLER, S. 275; für die besondere Vertrauensstellung des Mäklers gegenüber dem Auftraggeber auch GUGGENBÜHL, S. 133.

## iv Auswirkungen der Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf die Garantieverpflichtung

### (1) Unwirksame Garantieverpflichtung

Gemäss dem bisher Ausgeführten ([Rz. 557 ff.](#)) richtet sich die Vertragsbeendigung nach Art. 404 Abs. 1 OR, wenn mäklerische Vermittlungstätigkeit und Mindestlerlösgarantie kombiniert werden, sei die Garantie in diesem Vertrag nun Haupt- oder Nebenleistung ([Rz. 560 f.](#)). Die Beendigung dieser Verträge ist gemäss Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit möglich. Zudem betrifft sie den Vertrag insgesamt, und damit nicht bloss die Vermittlungstätigkeit, sondern genauso die Mindestlerlösgarantie.<sup>1117</sup> Mit seiner Beendigung entfällt der jeweilige Vertrag für die Zukunft. Er vermag mit all seinen Bestandteilen (also einschliesslich des Garantieverprechens) alsdann keine neuen Wirkungen mehr zu zeitigen ([Rz. 557](#)). Eignet sich nach Vertragsbeendigung ein Garantiefall, greift das vormalig existente Garantieverprechen folglich nicht mehr. Gleichzeitig aktualisiert sich die Pflicht zur Garantieleistung jeweils erst mit dem Garantiefall ([Rz. 554 f.](#)). Garantiefälle nach Vertragsbeendigung stellen deshalb richtigerweise keinen Anlass zur Garantieleistung unter der Mindestlerlösgarantie mehr dar. Anders ausgedrückt: Die Anwendbarkeit von Art. 404 OR für die Vertragsbeendigung verhindert das Fortwirken einer «latenten» Garantieverpflichtung über die Vertragsbeendigung hinaus.<sup>1118</sup>

563

Hinzu kommt, dass die Mindestlerlösgarantie der von Art. 404 Abs. 1 OR gewährleisteten, jederzeitigen, unbeschwernten Beendigung des Vertrages nicht entgegenstehen darf ([Rz. 557](#)). Dagegen verstösst das Garantieverprechen namentlich, sofern die Garantieleistung deshalb zu erbringen sein soll, weil der Vertrag beendet wird, ohne dass der Garantiefall überhaupt eingetreten ist. Nach den garantierechtlichen Grundsätzen besteht die Leistungspflicht dann nämlich nicht ([Rz. 554](#)). Müsste die Garantieleistung *qua* Vertragsbeendigung unabhängig vom Eintritt des Garantiefalles erbracht werden, wäre sie folglich zugleich einzig an den Umstand der Vertragsbeendigung geknüpft. Auf diese Weise wäre die Vertragsbeendigung mit einer zusätzlichen Leistungspflicht belastet, was die Vertragsbeendigung unzulässigerweise erschwert.<sup>1119</sup> Die Ga-

564

<sup>1117</sup> Vgl. KRAUSKOPF/FINK, S. 431, m.w.H.

<sup>1118</sup> Vgl. KRAUSKOPF/FINK, S. 431.

<sup>1119</sup> KRAUSKOPF/FINK, S. 429, m.w.H.; siehe zur Unvereinbarkeit einer bloss aufgrund der Vertragsbeendigung geschuldeten Leistung mit Art. 404 OR auch Urteil des BGer 4C.212/1991 vom 25. Februar 1992 E. 3b/bb; Urteil des Appellationsgerichtes BS 28. VI 40, in: SJZ 1940/41, S. 282 f.

rantieleistung muss demnach zwingend an den Garantiefall anknüpfen. Sie kann und darf *e contrario* nicht bloss zufolge der Vertragsbeendigung geschuldet sein.

## (2) Wirksame Garantieverpflichtung

565 Aus dem Vorstehenden ([Rz. 563 ff.](#)) ergibt sich, dass Mindesterlösgarantien bei Anwendbarkeit von Art. 404 Abs. 1 OR unwirksam sind, sofern sie Garantiefälle nach Vertragsbeendigung betreffen oder sich gar nicht zufolge eines Garantiefalles, sondern wegen Vertragsbeendigung aktualisieren sollen. *E contrario* ist das Vorsehen einer Mindesterlösgarantie in Bezug auf deren Vereinbarkeit mit Art. 404 Abs. 1 OR insofern unproblematisch, als sich der Garantiefall vor Vertragsbeendigung ereignet. Weder soll die Garantie die Vertragsbeendigung überdauern, noch ist die Garantieleistung schlicht aufgrund der Vertragsbeendigung geschuldet. In dieser Konstellation ist die Garantie folglich wirksam ([Rz. 554](#)).

566 Die Garantie eines Mindesterlöses durch einen Mäkler wird von SCHWEIGER als Zuzahlungsversprechen bezeichnet: Der Mäkler verpflichtet sich, bei Nichterreichen eines fixierten Erlöses durch die von ihm vermittelten Verträge für die Differenz selbst aufzukommen, sofern es während des Bestehens des Mäklervertrages überhaupt zu massgeblichen Geschäften kommt.<sup>1120</sup> Beendet der Mäkler den Mäklervertrag aber, bevor der Garantiefall eintritt, fällt sein Zuzahlungsversprechen dahin. Kommen später noch Zielgeschäfte zustande, hat das Zuzahlungsversprechen keine Bedeutung mehr ([Rz. 563](#)). Etwas anderes mag immerhin gelten, wenn der Mäkler mit der Vertragsbeendigung entgegen Treu und Glauben verhindert, dass er die Garantieleistung erbringen muss. Das könnte etwa der Fall sein, wenn der Mäkler die Beendigung erklärt, nachdem ihm während Bestehens des Vertrages klar geworden ist, dass der Garantiefall in Kürze eintreten wird. Denn hier soll die Vertragsbeendigung einzig der bevorstehenden Aktualisierung der Garantieverpflichtung zuvorkommen. Solch Verhalten führt zwar nicht dazu, dass die Garantieverpflichtung auch für nachvertragliche Garantiefälle anwendbar ist. Doch erlaubt diese Treuwidrigkeit, eine Ersatzpflicht des Mäklers wegen unzeitiger Beendigung des Mäklervertrages gemäss Art. 404 Abs. 2 OR anzunehmen (dazu [Rz. 580 f.](#)).<sup>1121</sup>

---

<sup>1120</sup> SCHWEIGER, S. 95, m.w.H.

<sup>1121</sup> KRAUSKOPF/FINK, S. 429, unter Hinweis auf BGE 144 III 43 E. 3.4.4 S. 52.

## c Garantie und Agenturvertrag

### i Ausgangslage

Steht fest, dass das Mäklervertragsrecht eine Mindeste Erlösgarantie des Mäklers nur eingeschränkt zulässt (Rz. 557 ff.), fragt sich, was gilt, wenn die neben der Mindeste Erlösgarantie vorgesehene Vermittlungsleistung dem Agenturvertragsrecht zuzuordnen ist. Dafür ist wiederum entscheidend, inwiefern das für die Vermittlungsleistung massgebliche Vertragstypenrecht – hier konkret das Agenturvertragsrecht – unbeschrieben der garantiievertraglichen Komponente des Vertrages massgeblich bleibt.

567

### ii Einordnung der Garantie als Nebenleistung

Trotz Verbindung von Garantie im Rechtsinne und agenturvertraglicher Vermittlungstätigkeit ist der Vertrag in Gänze dem Agenturvertragsrecht zu unterstellen, wenn die Mindeste Erlösgarantie im Verhältnis zur Vermittlung blosser Nebenleistung ist (Rz. 559). Es gilt insofern nichts anderes als bezüglich der Garantie im Kontext der mäklervertraglichen Vermittlung (Rz. 560): Sie soll das Ergebnis sichern, das sich der Auftraggeber aus der Vermittlungstätigkeit erhofft. Wo sich jenes aber bereits zufolge der Vermittlung einstellt, erübrigt sich die Garantie. Die Vermittlung hat damit gegenüber der Mindeste Erlösgarantie logischer Vorrang. Auf ersterer ruht entsprechend der Schwerpunkt der Schuldnerpflicht. Die Garantie ist Nebenleistung.

568

### iii Garantie als arttypische Leistung des Agenturvertrages

Keine Probleme im Hinblick auf das massgebliche Vertragstypenrecht ergeben sich von vornherein, wenn ein konkreter Vertrag ohnehin nur Leistungen eines bestimmten Typen aufweist. Er wird insgesamt vom betreffenden Typenrecht beherrscht.<sup>1122</sup> Deshalb ist die Frage, ob die Mindeste Erlösgarantie im vorliegenden Rahmen Nebenleistung ist, irrelevant, sofern sie im Agenturvertrag überhaupt keine artfremde Leistung darstellt. Dann nämlich steht sie der Anwendung des Agenturvertragsrechtes so oder anders nicht entgegen.

569

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass der Agenturvertrag neben der Vermittlung durchaus weitere Leistungen des Agenten zulässt, ohne dass dies Auswirkungen auf die Unterstellung unter das Agenturvertragsrecht

570

<sup>1122</sup> Vgl. WEISS, S. 43 f. Das gilt namentlich für den Vertrag, der neben einer Arbeitsleistung eine Garantie im Rechtssinne vorsieht (KRAUSKOPF/FINK, S. 427).

hätte.<sup>1123</sup> Anzuführen ist hier insbesondere Art. 418c Abs. 3 OR. Diese Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass die Leistungen des Agenten das Entstehen für die Erfüllung der Zielgeschäfte durch die Vertragspartner des Auftraggebers umfassen können.<sup>1124</sup> Man spricht diesbezüglich auch vom Delcredere-Stehen.<sup>1125</sup> Dieses Delcredere-Stehen wird in der Lehre teilweise als Garantie im Rechtssinne qualifiziert.<sup>1126</sup> Anderer Meinung nach handelt es sich um eine Bürgschaft oder eine bürgschaftsähnliche Leistung.<sup>1127</sup>

571 In Bezug auf den Gehalt des Delcredere-Stehens als agenturvertragliche Leistung ändert die genaue rechtliche Einordnung nichts. Es handelt sich dabei in der Sache auf jeden Fall um eine auf den «Erfolg des Erfolges» der Vermittlung bezogene Einstandspflicht zulasten des Agenten.<sup>1128</sup> Indem der Agent Delcredere steht, verpflichtet er sich dazu, dem Auftraggeber zu ersetzen, was letzterem dadurch entgeht, dass die Zielgeschäfte, wie sie vom Agenten vermittelt worden sind, von den Vertragspartnern nicht (vollständig) erfüllt werden.<sup>1129</sup> Damit nimmt der Agent dem Auftraggeber insofern zugleich das wirtschaftliche Risiko aus den zu vermittelnden Geschäften ab.<sup>1130</sup> Dieses Risiko ginge ansonsten (und damit nach grundsätzlicher Konzeption des Agenturvertrages) zulasten des Auftraggebers.<sup>1131</sup>

572 Dass der Agent dem Auftraggeber Erlöse aus den Zielgeschäften sichert (und damit insofern das wirtschaftliche Risiko abnimmt), ist dem Agenturvertragsrecht folglich ([Rz. 570 f.](#)) überhaupt nicht fremd. Delcredere-Stehen und Min-

---

<sup>1123</sup> Urteil des BGer 4C.66/2002 vom 11. Juni 2002 E. 2.1.

<sup>1124</sup> ZK-BÜHLER, N 34 zu Art. 418c; HUGUENIN, Rz. 3406; CHK-MATHYS, N 7 zu Art. 418c OR; STRAUB, Rz. 9.2; BUCHER, BT, S. 242; Botschaft Agenturvertrag, S. 674; im Ergebnis auch UMBRICHT/GRETHER, Rz. 102.

<sup>1125</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 8a zu Art. 418c; ZÜRCHER, S. 57; Botschaft Agenturvertrag, S. 674.

<sup>1126</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 8a f. zu Art. 418c; BSK OR I-PÄRLI, N 6 zu Art. 418c; CHK-MATHYS, N 7 zu Art. 418c OR, m.w.H.; im Ergebnis wohl auch UMBRICHT/GRETHER, Rz. 102; BUCHER, BT, S. 242.

<sup>1127</sup> ZK-BÜHLER, N 36 zu Art. 418c, m.w.H.; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5096; vgl. Botschaft Agenturvertrag, S. 675; ZÜRCHER, S. 58.

<sup>1128</sup> Vgl. ZÜRCHER, S. 57; BK-GAUTSCHI [1964], N 8a zu Art. 418c. Das, was der Auftraggeber aus den für ihn vermittelten Geschäften erlöst (bzw. bei Beizug des Agenten zu erlösen beabsichtigt), ist gleichsam «Erfolg des Erfolges» der Vermittlung (Fn. 1099).

<sup>1129</sup> Vgl. HUGUENIN, Rz. 3406, m.w.H.; ZÜRCHER, S. 57; TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5096; BK-GAUTSCHI [1964], N 8c zu Art. 418c; BSK OR I-PÄRLI, N 6 zu Art. 418c.

<sup>1130</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2c und N 8a zu Art. 418c; im Ergebnis ZÜRCHER, S. 58; für die Risikoübernahme durch den Agenten bei Verpflichtung zum Delcredere-Stehen auch TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5098; STRAUB, Rz. 9.2; UMBRICHT/GRETHER, Rz. 102; ENGEL PIERRE, Contrats, S. 544.

<sup>1131</sup> TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5097 f.; BK-GAUTSCHI [1964], N 2c und N 8a zu Art. 418c; STRAUB, Rz. 9.2; ZÜRCHER, S. 57; vgl. ENGEL PIERRE, Contrats, S. 544.

desterlösgarantie ([Rz. 553 ff.](#)) lassen sich nach ihrem grundsätzlichen Zweck und Gehalt durchaus vergleichen. Beide Instrumente bewirken, dass der Agent das Risiko der Erreichung des wirtschaftlichen Zieles (und mithin des «Erfolges des Erfolges») seines Beizuges im Umfang der Einstandspflicht trägt. Damit ist die Mindesterlösgarantie im Agenturvertrag nicht artfremd. Das hat zur Folge, dass das Agenturvertragsrecht umfassend anwendbar bleibt, wenn in einem Vertrag eine agenturvertragliche Vermittlungsleistung und eine Mindesterlösgarantie kombiniert werden.<sup>1132</sup>

#### iv *Auswirkungen der Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes*

Die Mindesterlösgarantie ist in Kombination mit einer agenturvertraglichen Vermittlungsleistung einerseits blosser Nebenleistung ([Rz. 568](#)), andererseits arttypische Leistung des Agenturvertrages ([Rz. 569 ff.](#)). Sie steht der Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes auf den sie enthaltenden Vertrag somit nicht entgegen. Die Zulässigkeit einer Mindesterlösgarantie, die einer agenturvertraglichen Vermittlungsleistung beigegeben ist, ist auf jeden Fall nach Agenturvertragsrecht zu beurteilen. Und die Antwort ist eindeutig: Die Übernahme einer solchen Erfolgsgarantie durch den Agenten ist nicht wirksam möglich.<sup>1133</sup> Wie ZÜRCHER treffend feststellt, ist bereits die mit dem Delcredere-Stehen verbundene «Erfolgshaftung [...] im Grunde ziemlich unbillig».<sup>1134</sup> Deshalb schränkt das gesetzliche Agenturvertragsrecht die Möglichkeit des Agen-

573

<sup>1132</sup> Im Ergebnis auch BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418c, der diese Garantie unter dem Agenturvertragsrecht bespricht.

<sup>1133</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418c; unter Hinweis auf jenen auch STEINMANN/KENEL/BILLOTTE, S. 202; und TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5042; weniger weitgehend MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 11, denen zufolge die Mindesterlösgarantie des Agenten jedenfalls dann zulässig sein soll, wenn sie nicht zugleich eine komplette Risikoübernahme durch selbigen mit sich bringt. Davon sei auszugehen, wenn der Agent lediglich einen Mindestumsatz garantiert, der im konkreten Fall «leicht zu erreichen ist und nur eine mässige Anstrengung des Agenten gewährleisten soll» (MAIER/MEYER-MARSILIUS, a.a.O.). Selbst nach dieser Meinung wäre mithin jene Garantie von Mindesterlösen, die dem Auftraggeber das von ihm aus dem Beizug des Agenten überhaupt erhoffte wirtschaftliche Ergebnis sichern soll, als unzulässig zu qualifizieren. Ebenso für die Zulässigkeit der Mindesterlösgarantie, sofern der Agent dadurch in der freien Gestaltung seiner Tätigkeit nicht übermässig eingeschränkt wird MAIER, Schweiz, S. 346. Offen gelassen wird die Frage nach der Zulässigkeit einer Mindesterlösgarantie im Agenturvertrag bei ZÜRCHER, S. 70 Anmerkung 5. ZÜRCHER verweist a.a.O. auf LANGMACK, S. 47 f. Zu beachten ist nun, dass sich Ausführungen des letzteren, erschienen im Jahre 1945, auf den Agenturvertrag vor Inkrafttreten des Agenturvertragsrechtes am 1. Januar 1950 (AS 1949 I 802; ZÜRCHER, S. 13) beziehen, also auf den Agenturvertrag als Innominatvertrag (LANGMACK, S. 28 f.).

<sup>1134</sup> ZÜRCHER, S. 57.

ten, für den Erfolg seines Beizuges einzustehen, auf das Delcredere-Stehen (und also auf von ihm vermittelte Geschäfte) gemäss Art. 418c Abs. 3 OR ein.<sup>1135</sup> Jede weitere Verpflichtung des Agenten zur Sicherung des mit seinem Beizug angestrebten wirtschaftlichen Ergebnisses für den Auftraggeber ist ausgeschlossen.<sup>1136</sup> «D'ailleurs, le droit suisse exclut l'existence d'une obligation de résultat à la charge de l'agent».<sup>1137</sup> «Eine Agentur auf alleiniges Risiko des Agenten ist ein Widerspruch in sich selbst».<sup>1138</sup> Wo also agenturvertragliche Vermittlungsleistung vorliegt, ist die Kombination mit einer Mindesterlosgarantie im hier verstandenen Sinne ([Rz. 554 f.](#)) von Anfang an nicht wirksam möglich. Kurz: Eine Mindesterlosgarantie bindet den Agenten nie.

## 2 Mindesterlosgarantie im Vermittlungsvertrag

- 574 Gestützt auf das Vorstehende ([Rz. 553 ff.](#)) lässt sich beantworten, was nun für die vermittlungsvertragliche Umsetzung von Ertragssicherheit für den Rechteinhaber gilt, wenn hierfür ein Mindestlös mit Einstandspflicht der Vermarktungsagentur vorgesehen wird. In der Sache ist das eine Mindesterlosgarantie ([Rz. 554](#)). Es handelt sich dabei wie gesehen um eine Garantie im Rechtssinne. Bleiben die versprochenen Verwertungserlöse infolge der Vermittlung aus, hat die Vermarktungsagentur den Fehlbetrag auszugleichen ([Rz. 554 f.](#)). Die Vereinbarung einer solchen Garantie zugunsten des Rechteinhabers ist im vorliegenden Kontext von Mäkler- und Agenturvertrag allerdings nur sehr eingeschränkt möglich.
- 575 Ist für den Vermittlungsvertrag aufgrund der Vermittlungsleistung Mäklervertragsrecht einschlägig, kommt zwingend Art. 404 Abs. 1 OR zur Anwendung. Das gilt unbeschadet der Frage, ob die Mindesterlosgarantie im konkreten Vermittlungsvertrag Neben- oder Hauptleistung ist. Die Vertragsbeendigung richtet sich in jedem Fall nach der mäklervertraglichen Ordnung ([Rz. 559](#) und [Rz. 563](#)). Allerdings ist die Mindesterlosgarantie hier typischerweise Nebenleistung. Sie bezweckt, dem Rechteinhaber den Verwertungserlös als wirtschaftliches Ziel der Fremdvermarktung zu sichern. Erreicht werden soll dieses Ziel seinerseits in erster Linie mittels der Vermittlungstätigkeit der Vermarktungsagentur. Die Garantie greift nur subsidiär und ist der Vermittlung somit nachgeordnet ([Rz. 560](#)).

---

<sup>1135</sup> ZÜRCHER, S. 57; BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418c.

<sup>1136</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418c.

<sup>1137</sup> STEINMANN/KENEL/BILLOTTE, S. 202, m.w.H. [Hervorhebung hinzugefügt]; so auch BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418c.

<sup>1138</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 2c zu Art. 418c.



Bei Anwendbarkeit des Mäklervertragsrechtes ist die Mindesterlösgarantie im Vermittlungsvertrag prinzipiell wirksam ([Rz. 565 f.](#)). Ihre Reichweite ist aufgrund von Art. 404 Abs. 1 OR aber begrenzt. Sie vermag (als Zuzahlungsverprechen; [Rz. 566](#)) lediglich zu greifen, wenn der Garantiefall vor Beendigung des Vermittlungsvertrages eintritt. So entfallen die Wirkungen der Mindesterlösgarantie mit Vertragsbeendigung, weswegen spätere Garantiefälle die Vermarktungsagentur nicht mehr zur Garantieleistung verpflichten ([Rz. 563 ff.](#)). Da die Garantie nur wirksam ist, solange sie die Beendigung des Vermittlungsvertrages nicht erschwert, kann die Erbringung der Garantieleistung fürderhin nicht unabhängig von einem Garantiefall an die Beendigung des Vermittlungsvertrages geknüpft sein ([Rz. 564](#)). Nur dort, wo die Vermarktungsagentur den Vermittlungsvertrag allein deshalb beendet, um dem Eintreten des Garantiefalles zuvorzukommen, kann diese ausnahmsweise nach Art. 404 Abs. 2 OR ersatzpflichtig werden, selbst wenn der Garantiefall dann an sich nicht mehr in den Zeitraum des Bestehens des Vermittlungsvertrages fällt ([Rz. 566](#)).

576

Klarer noch ist die Rechtslage, wenn die Vermittlungsleistung der Vermarktungsagentur dem Agenturvertragsrecht zuzuordnen ist. Die vermittlungsvertragliche Mindesterlösgarantie ist hier im Prinzip ebenso Nebenleistung. Sie dient nur dazu, die vorab mit der Vermittlung angestrebten Verwertungserlöse für den Rechteinhaber zu sichern, sollten sich diese *qua* Vermittlung nicht einstellen ([Rz. 568](#)). Dabei ist die Ertragssicherung für den Auftraggeber durch die Vermarktungsagentur als Agentin dem Agenturvertragsrecht überhaupt nicht artfremd ([Rz. 569 ff.](#)). Das bringt mit sich, dass die Mindesterlösgarantie zusammen mit dem übrigen Vermittlungsvertrag von vornherein dem Agenturvertragsrecht untersteht. Und das Agenturvertragsrecht schliesst die Übernahme einer solchen Mindesterlösgarantie durch die Vermarktungsagentur als Agentin zu deren Schutz aus. Das Gesetz gestattet lediglich das Del credere-Stehen im Sinne von Art. 418c Abs. 3 OR durch die Vermarktungsagentur als Agentin, also das Sichern von Erlösen aus tatsächlich zustande gekommenen Verwertungsverträgen. Das weitergehende wirtschaftliche Risiko der Vermittlung ist im Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag zwingend vom Rechteinhaber zu tragen ([Rz. 573](#)). Kurz: Ist auf den Vermittlungsvertrag Agenturvertragsrecht anwendbar, ist eine Mindesterlösgarantie gänzlich ungültig ([Rz. 577](#)).

577

### **III Recht zur Vertragsbeendigung**

#### **1 Ausgangslage**

- 578 Da die Möglichkeiten zur Vereinbarung einer eigentlichen Garantie der Vermarktungsagentur im Hinblick auf die anvisierten Verwertungserlöse aufgrund des massgeblichen Vertragstypenrechtes stark eingeschränkt sind ([Rz. 574 ff.](#)), gilt es, Alternativen zu prüfen. Zu denken ist an die bereits erwähnte Kombination von Mindesterloß und Kündigungsrecht des Auftraggebers ([Rz. 552](#)): Wird der Mindesterloß mit der Herbeiführung von Verwertungsverträgen verpasst, soll der Rechteinhaber den Vermittlungsvertrag beenden dürfen.

#### **2 Vertragsbeendigung bei Nichterreichen eines Mindesterloßes gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen**

##### **a Mäklervertragsrecht**

- 579 Der Mäklervertrag kann gemäss Art. 404 Abs. 1 OR von jeder Partei jederzeit beendet werden. Das gilt zwingend. Entsprechend sind allfällige Abreden, die die Beendigung des Mäklervertrages abweichend regeln, nicht bindend ([Rz. 523](#)). Unabhängig davon, ob ein vereinbarter Mindesterloß erreicht oder verpasst wird und ob der Vermittlungsvertrag damit ein Kündigungsrecht verbindet, können Auftraggeber und Mäkler den Mäklervertrag stets beenden.
- 580 Trotzdem muss eine vertragliche Regelung zur Beendigung des Mäklervertrages bei Nichterreichen eines Mindesterloßes nicht gänzlich irrelevant bleiben. Um das zu erläutern, ist erneut auf Art. 404 OR zurückzukommen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung hat der Beendende, wenn die Beendigung zur Unzeit erfolgt, seiner Gegenpartei den Schaden zu ersetzen, der durch ebendiese Unzeitigkeit verursacht worden ist.<sup>1139</sup> Zwar ändert die Unzeitigkeit nichts an der

---

<sup>1139</sup> Urteil des BGer 4A\_152/2016 vom 26. August 2016 E. 6.3; vgl. SCHWEIGER, S. 156; im Ergebnis ebenso BURKHALTER, N 38 zu Art. 412, m.w.H.; in diesem Sinne zum Auftragsrecht allgemein etwa BGE 109 II 462 E. 4b S. 468; in dessen Folge auch BGE 110 II 380 E. 4b S. 386; Urteil des BGer 4A\_494/2012 vom 8. Oktober 2012 E. 7.2.

Wirksamkeit der Vertragsbeendigung.<sup>1140</sup> Doch vermittelt sie der von einer unzeitigen Vertragsbeendigung getroffenen Gegenpartei zumindest einen Ersatzanspruch. Dieser erfasst allerdings nur jenen Schaden, der gerade aus der Unzeitigkeit der Beendigung herrührt.<sup>1141</sup> Einbussen, die ebenso entstanden wären, wenn der Vertrag zu einem anderen, passenden Zeitpunkt beendet worden wäre, stellen *e contrario* unter Art. 404 Abs. 2 OR ganz grundsätzlich keinen ersatzfähigen Schaden dar.<sup>1142</sup>

Unzeitigkeit im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR liegt vor, wenn Mäkler oder Auftraggeber den Mäklervertrag ohne sachlichen Grund in einem für die Gegenpartei ungünstigen Zeitpunkt beenden und der Gegenpartei dadurch besondere Nachteile entstehen.<sup>1143</sup> Im Umkehrschluss zieht die Beendigung des Mäklervertrages keine Ersatzpflicht nach sich, wenn sie sachlich begründet ist.

581

Haben die Parteien vereinbart, dass der Auftraggeber den Mäklervertrag beenden darf, sofern sich die ebenso vertraglich fixierten Mindestertlöse aus den Zielgeschäften nicht einstellen, so bringen sie damit zugleich zum Ausdruck, dass das Verpassen dieser Mindestertlöse ihrer Ansicht nach ein Grund für die Vertragsbeendigung durch den Auftraggeber ist. Das muss richtigerweise zugleich bedeuten, dass eine Beendigung aus ebenjenem Anlass nicht ohne sachlichen Grund erfolgt. Deshalb ist ausgeschlossen, die Beendigung in dieser Konstellation als unzeitig zu qualifizieren. Und damit hat sie nach Art. 404 Abs. 2 OR *e contrario* nie Schadenersatzfolgen.

582

<sup>1140</sup> BK-GAUSCHI [1964], N 12c zu Art. 412; in diesem Sinne zum Auftragsrecht allgemein BK-GAUSCHI [1971], N 17d f. zu Art. 404; im Ergebnis BGE 109 II 462 E. 4b S. 468.

<sup>1141</sup> MARQUIS, S. 235; Urteil des BGER 4A\_152/2016 vom 26. August 2016 E. 6.3, m.w.H.; im Ergebnis BURKHALTER, N 38 zu Art. 412.

<sup>1142</sup> Urteil des BGER 4A\_152/2016 vom 26. August 2016 E. 6.3, m.w.H.

<sup>1143</sup> Für den fehlenden sachlichen Grund BURKHALTER, N 38 zu Art. 412, m.w.H.; zum Auftragsrecht allgemein BK-GAUSCHI [1971], N 17c zu Art. 404; BGE 106 II 157 E. 2c S. 160; in dessen Folge auch BGE 109 II 462 E. 4c S. 469; oder Urteil des BGER 4A\_494/2012 vom 8. Oktober 2012 E. 7.2; enger hingegen MARQUIS, S. 239, m.w.H., der nur dann einen derartigen Grund annimmt, wenn er von der Gegenpartei des Beendigenden gesetzt worden ist. Richtigerweise darf das Verhalten dieser Gegenpartei aber keinen Einfluss auf die Frage haben, ob eine Beendigung unzeitig ist (SCHWEIGER, S. 158 f., m.w.H.). Für den ungünstigen Zeitpunkt BURKHALTER, N 38 zu Art. 412, m.w.H.; und für das Verursachen besonderer Nachteile BURKHALTER, N 38 zu Art. 412; MARQUIS, S. 235; je m.w.H.; Urteil des Obergerichtes ZH vom 24. September 1941, in: ZR 1943, S. 166; und in diesem Sinne zum Auftragsrecht allgemein BK-GAUSCHI [1971], N 17d zu Art. 404; BGE 106 II 157 E. 2c S. 160; in dessen Folge etwa auch Urteil des BGER 4A\_494/2012 vom 8. Oktober 2012 E. 7.2.

## **b** Agenturvertragsrecht

### *i* Ausgangslage

583 Für den Agenturvertrag stellt das Gesetz die bereits an anderem Ort ([Rz. 524 ff.](#)) erläuterten, teilweise zwingenden Beendigungsregeln auf. Geht es um die einseitige Berechtigung (hier des Auftraggebers), den Agenturvertrag aufzulösen, so ist die ordentliche Kündigung genauso wie die ausserordentliche Beendigung angesprochen ([Rz. 524 f.](#) bzw. [Rz. 527 ff.](#)). Im Folgenden ist daher zu klären, wie sich die Vereinbarung des Rechtes zur Vertragsbeendigung bei Nichterreichen eines Mindesterloßes zu den agenturvertragsrechtlichen Regeln über die ordentliche und ausserordentliche Beendigung verhält.

### *ii* Ordentliche Kündigung

#### (1) Zwingende Mindestkündigungsfristen

584 Die ordentliche Kündigung des Agenturvertrages ist jene, die unter Einhaltung der einschlägigen Fristen und Termine erfolgt ([Rz. 524](#)). Die gesetzliche Ordnung hierzu ist teilweise zwingend. So darf die gesetzlich vorgesehene Kündigungsfrist von einem Monat einzig bei unterjährigen Agenturverträgen überhaupt verkürzt werden (Art. 418q Abs. 1 OR). Hat das Vertragsverhältnis hingegen länger als ein Jahr gedauert, ist eine Verkürzung der Kündigungsfrist auf weniger als die nach Art. 418q Abs. 2 OR geltenden zwei Monate *a priori* unzulässig ([Rz. 524 f.](#)). Ein ordentliches Kündigungsrecht, das an eine Frist von weniger als zwei Monaten anknüpft, ist folglich überhaupt nur im unterjährigen Agenturvertrag denkbar.<sup>1144</sup> Im überjährigen Agenturvertrag hat das Kündigungsrecht, das an das Nichterreichen eines Mindesterloßes anknüpft, als ordentliche Kündigung die zwingende Mindestkündigungsfrist von zwei Monaten zu wahren ([Rz. 526](#)). Das Recht zur Vertragsauflösung ohne Beachtung einer Frist ist diesfalls zumindest als ordentliche Kündigung undenkbar.<sup>1145</sup>

---

<sup>1144</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418q; Urteil des BGer 4A\_212/2013 vom 10. Oktober 2013, E. 3.1.

<sup>1145</sup> In diesem Sinne auch MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 65; im Ergebnis ebenso MAIER, Schweiz, S. 342.

## (2) Kündigungsparität

## (a) Grundsatz

Unabhängig von der Dauer des Agenturvertragsverhältnisses (Rz. 584) ist im Anwendungsbereich der ordentlichen Kündigung ein Weiteres zu beachten: Es gilt stets der Grundsatz der Kündigungsparität. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist es den Parteien des Agenturvertrages verboten, unterschiedliche Kündigungsfristen für Auftraggeber und Agenten vorzusehen (Art. 418q Abs. 3 OR). Offen ist vorderhand, ob die Kündigungsparität auch die Stipulierung einer einseitigen Berechtigung des Rechteinhabers zur Beendigung des Agenturvertrages aus einem bestimmten Anlass untersagt. Zwar werden diesfalls nicht unmittelbar unterschiedliche Kündigungsfristen vereinbart. Es wird aber bloss einer Partei das Recht verliehen, bei Vorliegen eines gewissen Grundes (konkret: bei Nichterreichen der vereinbarten Mindestertlöse) den Vertrag einseitig zu beenden.

585

## (b) Tragweite der Kündigungsparität

Ausgangspunkt für die Ermittlung der Tragweite der Kündigungsparität im Agenturvertragsrecht (Art. 418q Abs. 3 OR) ist die Feststellung, dass die Beendigung des Agenturvertrages im Gesetz zum Schutze des Agenten entsprechend der Beendigung des Arbeitsvertrages geregelt worden ist.<sup>1146</sup> Deshalb soll das Arbeitsvertragsrecht analog herangezogen werden können.<sup>1147</sup>

586

Im Arbeitsrecht ist der Grundsatz der Kündigungsparität in Art. 335a Abs. 1 OR verankert. Diese Bestimmung statuiert einzig, dass «[f]ür Arbeitgeber und Arbeitnehmer [...] keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden [dürfen]». Sie stimmt insofern mit dem agenturvertragsrechtlichen Art. 418q Abs. 3 OR überein. Unbesehen des eben wiedergegebenen Wortlauts von Art. 335a Abs. 1 OR erfasst die Kündigungsparität im Arbeitsrecht jedoch nicht bloss das Vereinbaren unterschiedlicher Kündigungsfristen für die beiden Parteien.<sup>1148</sup> Vielmehr verbietet sie dort nach der Rechtsprechung und der Lehre

587

<sup>1146</sup> BK-GAUTSCHI [1964], N 1a zu Art. 418p, m.w.H.; MIRFAKHRAEI, Rz. 220; Botschaft Agenturvertrag, S. 682. Die gesetzliche Ordnung des Agenturvertrages im OR hatte ganz allgemein eine Verbesserung der Rechtstellung des Agenten gegenüber seinem Auftraggeber zum Ziel (ZÜRCHER, S. 12; BK-GAUTSCHI [1964], N 4e Vorb. zu Art. 418a–418v).

<sup>1147</sup> BSK OR I-PÄRLI, N 1 zu Art. 418p; ZK-BÜHLER, N 2 Vorb. zu Art. 418p–418s, m.w.H.

<sup>1148</sup> BSK OR I-PORTMANN, N 2 zu Art. 335a; PORTMANN, Optionsklauseln, S. 204; vgl. ZK-STAEHELIN, N 2 zu Art. 335a; STREIFF ULLIN/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 335a.

überdies, einer Partei aus einem bestimmten Grund ein Beendigungsrecht zuzusprechen, das der Gegenpartei ihrerseits unter denselben Umständen nicht zukommen soll.<sup>1149</sup>

- 588 Auch der Zweck der Kündigungsparität spricht dafür, diese in Agentur- und Arbeitsvertragsrecht übereinstimmend zu verstehen. Im Arbeitsvertragsrecht dient dieses Institut dazu, die Parteien des Arbeitsvertrages vor Kündigungsregelungen, die einseitig zugunsten ihrer Gegenpartei ausfallen, zu schützen.<sup>1150</sup> Arbeitnehmer und Arbeitgeber sollen bezüglich der Vertragsbeendigung in rechtlicher Hinsicht gleichgestellt sein.<sup>1151</sup> Diese Parität lässt sich nun nicht nur direkt über das Festsetzen unterschiedlicher Kündigungsfristen unterlaufen, sondern genauso (wenn nicht noch stärker) über einseitige Kündigungsberechtigungen. Der Schutzzweck der Kündigungsparität spricht demnach dafür, auch und gerade solche Abreden im Agenturvertrag zu erfassen, die einseitig einer Partei die Möglichkeit verschaffen sollen, den Agenturvertrag zu beenden.<sup>1152</sup>
- 589 Die Kongruenz der gesetzlichen Regelung der Kündigungsparität in Agentur- und Arbeitsvertragsrecht ist folglich nicht bloss eine wörtliche, sondern eine inhaltliche. Damit ist aufgrund der Kündigungsparität im Sinne von Art. 418q Abs. 3 OR nicht bloss die Festsetzung unterschiedlicher Kündigungsfristen für Auftraggeber und Agent untersagt. Vielmehr erfasst die Kündigungsparität im Agenturvertragsrecht (genauso wie im Arbeitsvertragsrecht) «weitere[...] Fälle, in denen das Gleichgewicht zwischen den Parteien in ähnlicher Weise gestört ist».<sup>1153</sup> Der Grundsatz der Kündigungsparität ist demnach verletzt, wenn im Agenturvertrag unabhängig von der sonst anwendbaren Beendigungsordnung vereinbart wird, dass dem Auftraggeber das Recht zukommen soll, den Vertrag

---

<sup>1149</sup> In der Rechtsprechung etwa Urteil des BGer vom 12. Dezember 1996, in: JAR 1997, S. 160 f.; Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts BS in Sachen S./St. vom 22. Oktober 1979, in: BJM 1981, S. 303; Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts BS in Sachen K./B vom 4. März 1985 und Urteil des Appellationsgerichtes BS vom 10. Mai 1985, in: BJM 1987, S. 246 f.; Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich AN040186 vom 10. Mai 2004, in: ARV 2004, S. 159 f.; und in der Lehre etwa ZK-STAEHELIN, N 2 zu Art. 335a; BSK OR I-PORTMAN/RUDOLPH, N 3 zu Art. 335a; STREIFF ULLIN/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 335a; je unter Hinweis auf die vorgenannten Entscheide; ebenso LAMBERT CLAUDE, Arbeitsverträge mit der Geschäftsleitung unter der VegüV, GesKR 2014, S. 475 ff., S. 478; PORTMANN, Optionsklauseln, S. 204.

<sup>1150</sup> BGE 78 II 235 E. 2c S. 237; BGE 92 II 180 E. 2a S. 181; ZK-STAEHELIN, N 2 zu Art. 335a.

<sup>1151</sup> ZK-STAEHELIN, N 2 zu Art. 335a, m.w.H.; Urteil des BGer vom 12. Dezember 1996, in: JAR 1997, S. 160.

<sup>1152</sup> Vgl. Botschaft Agenturvertrag, S. 682.

<sup>1153</sup> BSK OR I-PORTMANN, N 2 zu Art. 335a; vgl. STREIFF ULLIN/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 335a; ZK-STAEHELIN, N 2 zu Art. 335a.

bei Vorliegen eines bestimmten Grundes ordentlich zu kündigen, ohne gleichzeitig die Kündigung durch den Agenten aus demselben Anlass zuzulassen. Denn das widerspricht, wenn nicht schon dem Wortlaut von Art. 418q Abs. 3 OR, so doch klarerweise dem Sinn und Zweck der Kündigungsparität.<sup>1154</sup>

(c) *Folgen für das Kündigungsrecht des Auftraggebers bei Nichterreichen eines Mindesterloßes*

Ist die Tragweite der Kündigungsparität nach Art. 418q Abs. 3 OR klar (Rz. 586 ff.), ergibt sich ohne weiteres, dass ein ordentliches Kündigungsrecht des Auftraggebers bei Nichterreichen eines Mindesterloßes im Agenturvertrag unzulässig ist. Unabhängig von der konkreten Vertragsdauer verstößt ein solch' einseitiges Recht nämlich stets gegen das Gebot der Kündigungsparität.<sup>1155</sup> Es bleibt zu prüfen, ob stattdessen der Weg über die ausserordentliche Kündigung gangbar ist.<sup>1156</sup> 590

iii *Ausserordentliche Beendigung*

Die ausserordentliche Beendigung des Agenturvertrages durch eine seiner Parteien knüpft, wie ausgeführt (Rz. 527 ff.), zwingend an das Vorliegen eines wichtigen Grundes an. Zugleich ist es den Parteien verwehrt, eigenständig darüber zu befinden, wann ein derartiger wichtiger Grund vorliegt (Rz. 529 ff.). Selbst wenn die Parteien also Gründe stipulieren, die zur sofortigen Beendigung des Agenturvertrages berechtigen sollen, ist ein derartiger Umstand nicht automatisch als wichtiger Grund im Sinne des Agenturvertragsrechtes zu qualifizieren. Davon ist nur auszugehen, wenn der betreffende Grund tatsächlich dazu führt, dass die Fortsetzung des Agenturvertrages für die Partei, die den Vertrag zu beenden sucht, unzumutbar wird (Rz. 530). 591

Ist die Bestimmung dessen, was wichtiger Grund ist, der Disposition der Parteien entzogen (Rz. 591), wirkt sich das auf die Vereinbarung, dass der Agenturvertrag bei Nichterreichen eines Mindesterloßes gekündigt werden können 592

---

<sup>1154</sup> Womit ein Verstoß gegen diesen Grundsatz vorliegt (BSK OR I–PORTMANN/RUDOLPH, N 2 zu Art. 335a).

<sup>1155</sup> MAIER, Schweiz, S. 342; MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 11 und S. 65; und unter Hinweis auf letztgenannte auch STEINMANN/KENEL/BILLOTTE, S. 202.

<sup>1156</sup> In diesem Sinne für den Fall der Ungültigkeit einer arbeitsvertraglichen Kündigungsbestimmung wegen Verstoß gegen die Kündigungsparität Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts BS in Sachen S./St. vom 22. Oktober 1979, in: BJM 1981, S. 303; oder Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts BS in Sachen K./B vom 4. März 1985 und Urteil des Appellationsgerichtes BS vom 10. Mai 1985, in: BJM 1987, S. 246.

soll, zunächst wie folgt aus: Beim Nichterreichen eines Mindesterloßes handelt es sich nicht schon *qua* entsprechender vertraglicher Festlegung tatsächlich um einen solchen wichtigen Grund. Die Vereinbarung ist insofern also nicht autoritativ. Vielmehr ist stets zu prüfen, ob in der Sache die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Rechtssinne gegeben sind ([Rz. 530](#)): Das Nichterreichen eines vereinbarten Mindesterloßes muss die Fortsetzung des Agenturvertrages für den Auftraggeber unzumutbar machen.<sup>1157</sup>

593 Wenn dem so wäre, würde eine entsprechende Kündigungsregelung im Agenturvertrag als Verschriftlichung dessen, was von Gesetzes wegen sowieso gilt (nämlich das Recht, den Vertrag aus wichtigem Grund zu beenden) zwar keine eigenständige Bedeutung haben. Nichtsdestotrotz wäre eine Kündigung diesfalls als ausserordentliche Beendigung *ex lege* zulässig. Sollte das Nichterreichen eines Mindesterloßes hingegen keinen wichtigen Grund im Rechtssinne darstellen, so bestünde umgekehrt auch kein Recht zur ausserordentlichen Beendigung des Agenturvertrages. Die anderslautende Vereinbarung der Parteien bliebe unwirksam ([Rz. 529 ff.](#)).

594 Nun wird dem Umstand, dass die mit dem Beizug eines Agenten verbundenen wirtschaftlichen Ziele nicht erreicht werden, die Eigenschaft als wichtiger Grund ausdrücklich abgesprochen.<sup>1158</sup> Das verdient nach hier vertretener Meinung uneingeschränkte Zustimmung. So ist die Vermittlung als charakteristische Tätigkeit des Agenten stets mit einer Unsicherheit im Hinblick auf ihren Erfolg behaftet. Denn ihr Ausgang hängt stets von Faktoren ab, die ausserhalb des Einflussbereiches von Agent und Auftraggeber liegen ([Rz. 555](#) und Fn. 1100). Deshalb weist der Agenturvertrag, nicht anders als der ebenso auf die Vermittlung von Geschäften gerichtete Mäklervertrag,<sup>1159</sup> aleatorischen Charakter auf.<sup>1160</sup> Anders gesagt: Die fehlende Gewissheit darüber, ob sich der erhoffte wirtschaftliche Erfolg tatsächlich realisiert, ist der Vermittlung als charakteristischer Tätigkeit im Agenturvertrag gerade inhärent. Ein dergestalt strukturelles Merkmal der Beziehung von Auftraggeber und Agent kann für

---

<sup>1157</sup> MAIER, Schweiz, S. 346.

<sup>1158</sup> ZK-BÜHLER, N 4 Vorb. zu Art. 418p-418s; ebenso BK-GAUTSCHI [1964], N 2b zu Art. 418r; und in dessen Folge UMBRICHT/GREYER, Rz. 222; siehe zu dieser Problematik zudem KULL/WILDHABER, S. 72.

<sup>1159</sup> Im Mäklervertragsrecht ist die Unsicherheit in Bezug auf den Ausgang der Vermittlung konstitutiv für dessen wesentypischen aleatorischen Charakter (siehe dazu FINK, S. 261 f.).

<sup>1160</sup> Siehe zum aleatorischen Charakter auch GUGGENBÜHL, S. 28.



sich genommen nicht zugleich Umstand sein, der geeignet ist, das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Agent derart zu beschädigen, dass erstgenanntem die Fortsetzung des Agenturvertrages nicht mehr zuzumuten ist.

Demgemäss scheidet die ausserordentliche Beendigung zur Begründung eines einseitigen Beendigungsrechtes des Auftraggebers bei Verpassen eines Mindesterloes ebenso aus wie die ordentliche Kündigung (Rz. 584).<sup>1161</sup> Es ist insgesamt nicht wirksam möglich, anstelle einer Garantie im Rechtssinne ein Beendigungsrecht zugunsten des Auftraggebers vorzusehen, wenn ein im Agenturvertrag fixierter Mindesterloes nicht erreicht wird (Rz. 573).<sup>1162</sup> 595

#### iv *Resolutive Bedingung als Alternative*

Alt Alternative zum Beendigungsrecht des Auftraggebers bei Verpassen eines vereinbarten Mindesterloes (Rz. 583 ff.) soll es nach der Lehre zulässig sein, einen Agenturvertrag für diesen Fall resolitiv zu bedingen.<sup>1163</sup> Resolutive Bedingung des Agenturvertrages meint im konkreten Kontext, den Wegfall des Agenturvertrages an das Verpassen des fraglichen Mindesterloes zu knüpfen (Rz. 131 f.). Eine Bedingung im Rechtssinne liegt dabei nur vor, wenn das Verfehlen des Mindesterloes tatsächlich ein künftiges und ungewisses Ereignis darstellt. Ob die jeweils vorgesehenen Mindesterloes erreicht werden, liegt bei Eingehen des Agenturvertrages in der Zukunft. Auch ist deren tatsächliche Erzielung – wie an anderer Stelle ausgeführt (Rz. 594) – vorgängig in keiner Weise sicher. Wird also vereinbart, dass der Agenturvertrag endet, sollte ein darin festgesetzter Mindesterloes nicht erreicht werden, so ist er klarerweise resolitiv bedingt.<sup>1164</sup> 596

Indes muss auch die Vereinbarung einer solchen Bedingung mit dem zwingenden Agenturvertragsrecht vereinbar sein, um Gültigkeit zu haben. Dafür ist namentlich zu beachten, dass nach der Lehre nur dann kein Verstoss gegen den Grundsatz der Kündigungssparität gemäss Art. 418q Abs. 3 OR (Rz. 585 ff.) vorliegt, wenn der Eintritt dieser resolutiven Bedingung nicht ausschliesslich 597

<sup>1161</sup> Vgl. auch MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 1, m.w.H.

<sup>1162</sup> Damit ist zugleich gesagt, dass jener Lehrmeinung nicht gefolgt werden kann, die das Beendigungsrecht des Auftraggebers als Ersatz für die ihrerseits im Agenturvertrag nicht zulässige Mindesterloesgarantie als Garantie im Rechtssinne ansieht (so TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5042; oder STEINMANN/KENEL/BILLOTTE, S. 202, m.w.H.).

<sup>1163</sup> MIRFAKHRAEI, Rz. 438; CHERPILLOD, Fin, Rz. 11.

<sup>1164</sup> Für die entsprechende resolutive Bedingung des Agenturvertrages TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5042; ZÜRCHER, S. 70 Anmerkung 5, m.w.H.

vom Willen der Parteien abhängt.<sup>1165</sup> Das Erzielen eines Mindesterloßes beruht klarerweise (auch) auf Umständen, die ausserhalb des Einflussbereiches von Auftraggeber und Agent liegen (Rz. 555 und Fn. 1100).

- 598 Richtigerweise ist es demnach zulässig, im Agenturvertrag vorzusehen, dass dieser bei Nichterreichen eines Mindesterloßes endet.<sup>1166</sup> Das Gebot der Kündigungsparität steht dem nicht entgegen. Im Unterschied zum blossen Beendigungsrecht hat das Vereinbaren einer auflösenden Bedingung aber zur Folge, dass der Vertrag mit deren Eintritt automatisch (*ex nunc*) dahinfällt (Rz. 596). Anders als bei einem einseitigen Beendigungsrecht hat es damit keine Partei des Agenturvertrages in der Hand, allein über die Weitergeltung des Agenturvertragsverhältnisses zu entscheiden. Auflösende Bedingtheit unterscheidet sich somit klar von der ordentlichen (Rz. 524 f.) oder ausserordentlichen (Rz. 527 ff.) Beendigung des Agenturvertrages. Sie ist diesen Instrumenten deshalb kein gleichwertiger Ersatz.

### **3 Recht zur Beendigung des Vermittlungsvertrages bei Nichterreichen eines Mindesterloßes**

#### **a Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag**

- 599 Gemäss dem bisher Ausgeführten (Rz. 579 ff.) ist für die Frage, inwiefern sich der Vermittlungsvertrag vom Rechteinhaber bei Nichterreichen eines Mindesterloßes beenden lässt, dessen Rechtsnatur entscheidend. Als Mäklervertrag ist der Vermittlungsvertrag unabhängig vom Vereinbarten jederzeit von jeder seiner Parteien beendbar (Art. 404 Abs. 1 OR; Rz. 579). Das Mäklervertragsrecht steht der Vertragsbeendigung bei Nichterreichen des Mindesterloßes damit keineswegs entgegen. Dem Rechteinhaber steht mithin frei, den Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag zu beenden, sollten sich die Mindesterloße nicht einstellen. Das Beendigungsrecht muss nicht einmal besonders vor-

---

<sup>1165</sup> CHERPILOD, Fin, Rz. 11; MAIER, Schweiz, S. 341; MAIER/MEYER-MARSILIUS, S. 61; je m.w.H. Nichts anderes ergibt sich unter Berücksichtigung der Kündigungsparität im Arbeitsrecht. Auch dort wird die Kündigungsparität als verletzt angesehen, wenn zwar für eine bestimmte Situation die Kündigungsregelung für beide Parteien gleich ist, aber nur eine der Parteien tatsächlich überhaupt die Möglichkeit hat, die Situation herbeizuführen, die die Anwendbarkeit dieser Kündigungsregelung zur Folge hat (BGE 96 II 52 E. 2a S. 55; BGE 108 II 115 E. 4a S. 117; BGE 116 II 145 E. 7a S. 152 f.; und in der Folge in der Lehre etwa BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 3 zu Art. 335a; oder ZK-STAEHELIN, N 2 zu Art. 335a).

<sup>1166</sup> Ebenso TERCIER/BIERI/CARRON BLAISE, Rz. 5042.

gesehen werden; es gilt zwingend von Gesetzes wegen. Allerdings ist das von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur zur Vertragsbeendigung Vereinbarte wegen Art. 404 Abs. 1 OR von vornherein nicht bindend. Entsprechend ist es der Vermarktungsagentur genauso unbenommen, den Vermittlungsvertrag zu beenden, wenn Mindesterlöse verfehlt werden, obgleich der Rechteinhaber die Zusammenarbeit weiterführen möchte und sein (vermittlungsvertraglich vorgesehenes) Beendigungsrecht deshalb nicht ausübt ([Rz. 579](#)).

Gänzlich ohne Rechtswirkung bleibt die vermittlungsvertragliche Festlegung eines Mindesterlöses in Kombination mit einem Beendigungsrecht zugunsten des Rechteinhabers bei Anwendbarkeit des gesetzlichen Mäklervertragsrechtes gleichwohl nicht ([Rz. 580 ff.](#)). So hat nach Art. 404 Abs. 2 OR derjenige, der den Mäklervertrag zur Unzeit beendet, seinem Kontrahenten den Schaden zu ersetzen, der aus ebenjener Unzeitigkeit herrührt ([Rz. 580](#)). Dabei bedingt Unzeitigkeit als Voraussetzung der Einstandspflicht nach dieser Bestimmung stets, dass der Vertrag ohne sachlichen Grund beendet wird ([Rz. 581](#)). Haben nun Rechteinhaber und Vermarktungsagentur an das Nichterreichen eines Mindesterlöses ein Beendigungsrecht geknüpft, bringen sie damit zum Ausdruck, dass sie darin gerade einen Grund für die Beendigung des Vermittlungsvertrages sehen. Deshalb kann die aus diesem Anlass vorgenommene Beendigung des Vermittlungsvertrages, der Mäklervertrag ist, nie unzeitig sein ([Rz. 582](#)).

600

## **b Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag**

Das gesetzliche Agenturvertragsrecht ist hinsichtlich der Möglichkeit zur vertragsautonomen Gestaltung der Vertragsbeendigung restriktiv. So lässt sich im Vermittlungsvertrag, der Agenturvertrag ist, weder die ordentliche Kündigung (Art. 418q OR; [Rz. 584 ff.](#)) noch die ausserordentliche Beendigung (Art. 418r Abs. 1 OR; [Rz. 591 ff.](#)) wirksam an das Nichterreichen eines Mindesterlöses knüpfen. Im Rahmen der ordentlichen Kündigung ist die zwingende Mindestkündigungsfrist von zwei Monaten einzuhalten, sofern zwischen Rechteinhaber und Vermarktungsagentur tatsächlich seit mindestens einem Jahr ein Agenturvertragsverhältnis besteht ([Rz. 584](#)). Zudem verletzt ein einseitiges Kündigungsrecht des Rechteinhabers im Falle des Nichterreichens eines Mindesterlöses unabhängig von der Dauer des Vermittlungsvertragsverhältnisses den Grundsatz der Kündigungsparität. Dieser verbietet es, dem Rechteinhaber im Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag eine Kündigungsmöglichkeit zuzugestehen, die der Vermarktungsagentur ihrerseits nicht zukommen soll ([Rz. 585 ff.](#)).

601

- 602 ausserordentliche Beendigungsrecht ([Rz. 591 ff.](#)) setzt in jedem Fall das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus. Was wichtiger Grund ist, entzieht sich der Vereinbarung durch die Parteien des Vermittlungsvertrages ([Rz. 529 ff.](#)). Damit ist es Rechteinhaber und Vermarktungsagentur nicht möglich, vertraglich Gründe festzulegen, welche die ausserordentliche Beendigung des Vermittlungsvertrages erlauben, soweit diese Gründe keine wichtigen Gründe im Rechtssinne sind (zum Begriff [Rz. 528](#)). Es bliebe mithin ein ausserordentliches Beendigungsrecht des Rechteinhabers nur denkbar, wenn das Nichterreichen eines von der Vermarktungsagentur als Agentin zu erzielenden versprochenen Mindesterlöses wichtiger Grund im Sinne des Agenturvertragsrechtes wäre. Dem ist jedoch gerade nicht so ([Rz. 594](#)). Die Ungewissheit in Bezug auf das Erzielen der Verwertungserlöse ist der Vermittlung vielmehr inhärent. Ein dergestalt strukturelles Merkmal der charakteristischen Leistung der Vermarktungsagentur unter dem Vermittlungsvertrag vermag nicht zugleich ein Umstand sein, der dem Rechteinhaber die Weiterführung des Vermittlungsvertrages unzumutbar macht. Will er dieses Risiko nicht eingehen, dürfte er von vornherein keinen Vermittlungsvertrag schliessen ([Rz. 594](#)).
- 603 Alternative zum Beendigungsrecht des Rechteinhabers bei Verpassen von Mindesterlösen kommt die auflösende Bedingung des Vermittlungsvertrages in Frage ([Rz. 596 ff.](#)). Im Unterschied zum Beendigungsrecht des Rechteinhabers stellt die auflösende Bedingung aber einen Automatismus dar. Der Rechteinhaber kann nicht mehr selbst entscheiden, ob er den Vermittlungsvertrag trotz Nichterreichen des Mindesterlöses weiterführen will oder nicht. Wird der Mindesterlös verfehlt, so hat dies ohne weiteres Zutun der Parteien das Ende des Vermittlungsvertrages zur Konsequenz ([Rz. 598](#)). Damit ist die auflösende Bedingung nur in begrenztem Umfang gleichwertiger Ersatz für ein einseitiges Recht des Rechteinhabers zur Vertragsbeendigung.

## **IV Voraussetzung für das Verdienen der Vergütung**

### **1 Erreichen eines Mindesterlöses als Vergütungsvoraussetzung gemäss einschlägigem Vertragstypenrecht im Allgemeinen**

- 604 im Rahmen der Besprechung der Vergütung von Mäkler und Agent wurde darauf hingewiesen, dass es zulässig ist, die Entstehung des (grundsätzlich erfolgsabhängigen) Vergütungsanspruches von der Erreichung bestimmter Mindestpreise abhängig zu machen ([Rz. 370 f.](#) bzw. [Rz. 373 f.](#)). Für den Agen-

turvertrag wird diese Gestaltung in der Lehre ausdrücklich als Möglichkeit zum Schutz des Auftraggebers vor ausbleibendem Erfolg der Tätigkeit des Agenten angeführt.<sup>1167</sup> Gleiches muss für den Mäklervertrag gelten, da der Beizug eines Mäklers ebenso die Vermittlung von Geschäften für den Auftraggeber bezweckt. In der Sache liegt dann eine sogenannte Mindestpreislimite vor. Ihr Gehalt ist im Mäkler- und im Agenturvertrag derselbe: Wird der fragliche Mindesterlös mit den vermittelten Zielgeschäften nicht erzielt, erhalten Mäkler respektive Agent keine Vergütung ([Rz. 371](#) bzw. [Rz. 373](#)). Damit ist die Mindestpreislimite zwar kein gleichwirkender Ersatz für die Mindesterlösgarantie ([Rz. 553 ff.](#)) oder das Beendigungsrecht bei Verpassen von Mindesterlösen ([Rz. 578 ff.](#)). Doch verhindert die Mindestpreislimite immerhin, dass der Auftraggeber den Mäkler bzw. Agenten zu vergüten hat, obgleich diese Erlöse ausbleiben.

## 2 Vereinbarung eines Mindesterlöses als Voraussetzung für das Verdienen der Vergütung der Vermarktungsagentur

im Vermittlungsvertrag fixierter Mindesterlös kann eine Vergütungsvoraussetzung sein ([Rz. 604](#)). Er ist dann Mindestpreislimite: Das Nichterreichen des Mindesterlöses hat zur Folge, dass die Vermarktungsagentur aus der Vermittlung von Verwertungsverträgen keinen Anspruch auf Vergütung erwirbt. Zwar sichert eine solche Mindestpreislimite dem Rechteinhaber nicht tatsächlich den Ertrag aus der ausgelagerten Vermarktung seiner Sportrechte. Und ebenso wenig erlaubt sie dem Rechteinhaber die Beendigung des Vermittlungsvertrages als Folge des Verpassens von Mindesterlösen. Doch vermindert eine Mindestpreislimite zumindest das ökonomische Risiko, das für den Rechteinhaber mit dem *Outsourcing* der Vermarktung seiner Sportrechte verbunden ist. Zeitigt die Fremdvermarktung das anvisierte wirtschaftliche Ergebnis nicht, hat der Rechteinhaber die Vermarktungsagentur nämlich nicht zu vergüten ([Rz. 604](#)). Um zu verhindern, dass anstelle einer Mindestpreislimite bloss ein Richtpreis angenommen wird, ist im Vermittlungsvertrag zweifelsfrei festzuhalten, dass das Erreichen der Mindesterlöse Vergütungsvoraussetzung ist ([Rz. 378 f.](#)).

605

<sup>1167</sup> Grundlegend LANGMACK, S. 47 f.; in dessen Folge etwa ZÜRCHER, S. 21; BURNAND, S. 40, m.w.H.; oder ZK-BÜHLER, N 4 Vorb. zu Art. 418p-418s, m.w.H.

## V Zusammenfassung

- 606 Geht es darum, das Interesse des Rechteinhabers an Ertragssicherheit vertraglich zu regeln, werden in der sportrechtlichen Praxis drei Instrumente angeführt: die Garantie eines Mindesterloßes ([Rz. 553 ff.](#)), die Vertragsbeendigung bei Nichterreichen eines Mindesterloßes ([Rz. 578 ff.](#)) und die Mindestpreislimate als Vergütungsvoraussetzung ([604 f.](#)). Allerdings lassen sich diese Instrumente teilweise nur (sehr) beschränkt wirksam in den Vermittlungsvertrag implementieren. So ist die Garantie eines Mindesterloßes im Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag nur wirksam, sofern der Garantiefall eintritt, während der Vermittlungsvertrag besteht. Sie ändert ausserdem nichts daran, dass der Vermittlungsvertrag jederzeit beendet werden kann (Art. 404 Abs. 1 OR), womit auch die Garantieverpflichtung bezüglich künftiger Garantiefälle entfällt ([Rz. 575 f.](#)). Bei Qualifikation als Agenturvertrag ist die Aufnahme einer Garantie im Rechtssinne in den Vermittlungsvertrag gar gänzlich ausgeschlossen ([Rz. 577](#)).
- 607 Das an das Nichterreichen des Mindesterloßes anknüpfende Beendigungsrecht lässt sich im Vermittlungsvertrag als Mäklervertrag vorsehen. Es ist aber insofern bloss «deklaratorischer» Natur, als beiden Parteien von Gesetzes wegen sowieso zwingend das Recht zur jederzeitigen, sofortigen Beendigung des Vertrages zukommt ([Rz. 579](#)). Immerhin bedeutet die Aufnahme dieses Beendigungsrechtes in den Vermittlungsvertrag, dass die Parteien im Verpassen des Mindesterloßes einen Grund zur Vertragsbeendigung durch den Rechteinhaber sehen. Deshalb ist eine solche Beendigung nie unzeitig im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR. Sie hat damit keine Ersatzfolgen ([Rz. 580 ff.](#)).
- 608 Im Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag verstösst das einseitige Beendigungsrecht des Rechteinhabers bei Nichterreichen eines Mindesterloßes als ordentliche Kündigung hingegen gegen den Grundsatz der Kündigungspartität (Art. 418q Abs. 3 OR; [Rz. 601](#)). Verwehrt ist diesfalls überdies der Rückgriff auf die ausserordentliche Beendigung (Art. 418r Abs. 1 OR). Es liegt kein wichtiger Grund im Rechtssinne vor. Die betreffende Qualität als wichtiger Grund kann auch nicht *qua* Parteivereinbarung begründet werden ([Rz. 602](#)). Möglich ist jedoch, den Vermittlungsvertrag als Agenturvertrag auflösend zu bedingen. Das Nichterreichen des Mindesterloßes hat dann das automatische Dahinfallen des Vermittlungsvertrages zur Konsequenz. Damit ist zwar das Ergebnis das gleiche wie bei der ordentlichen und ausserordentlichen Beendigung: Der Vertrag endet. Doch ist die Entscheidung hierüber dem Rechteinhaber (ebenso wie der Vermarktungsagentur) entzogen. Sie hängt lediglich noch vom Bedingungssein-

tritt ab. Der Rechteinhaber kann sich also nicht mehr einseitig dafür entscheiden, den Vermittlungsvertrag trotz Verpassen des Mindesterlöses weiterlaufen zu lassen oder eben zu beenden ([Rz. 603](#)).

Ist der vermittlungsvertraglich fixierte Mindestlös schliesslich Mindestpreislimate, hat die Vermarktungsagentur nur Anspruch auf Vergütung, wenn der Mindestlös tatsächlich erreicht wird. Das bewirkt zwar nicht, dass der Rechteinhaber effektiv erhält, was er sich aus der Fremdvermarktung seiner Sportrechte erhofft hat, oder dass er sich vom Vermittlungsvertrag lösen kann. Bleiben aber die Mindestlös aus, entgeht der Rechteinhaber immerhin der Pflicht, die Vermarktungsagentur vergüten zu müssen ([Rz. 605](#)).

609





## § 5 Fazit

Die vorliegende Darstellung des Vermittlungsvertrages in der Vermarktung von Sport ist hier an ihr Ende gelangt. Die wichtigsten Eckpunkte und Erkenntnisse der Untersuchung sind die folgenden. 610

### A Sportvermarktung

Vermarktung von Sportrechten meint, deren ökonomischen Wert zu realisieren ([Rz. 11 f.](#)). Sportrechte sind dabei keine Rechte im Rechtssinne. Vielmehr handelt es sich um werthaltige Positionen, die Akteuren des Sportes (wie etwa Einzelsportlern, Sportvereinen oder Sportverbänden; [Rz. 13 ff.](#) und [Rz. 34](#)) zustehen. Die Werthaltigkeit dieser Positionen ergibt sich aus ihrer rechtlich geschützten Ausschliesslichkeit ([Rz. 20 ff.](#)). Deshalb sind typischerweise absolute Rechte Grundlage von Sportrechten ([Rz. 22](#)). Eine relative Berechtigung schafft Ausschliesslichkeit, wenn sich der Rechteinhaber dazu verpflichtet ([Rz. 25](#)) und wenn das Lauterkeitsrecht die Verwertung einer vertraglichen Beziehung durch Nichtvertragspartner verbietet ([Rz. 26 ff.](#)). Die rechtliche Grundlage eines jeden Sportrechtes ist vor allem deshalb wichtig, weil sich über diese die Inhaberschaft am Sportrecht ergibt. Derjenige Akteur des Sportes, der über die Grundlage verfügt, die im Einzelfall die rechtlich geschützte Ausschliesslichkeit einer Position schafft, kann die betreffende Position vermarkten und verwerten: Er ist Rechteinhaber ([Rz. 34](#)). 611

Kategorisiert werden Sportrechte danach, über welche Arten der Nutzung die rechtlich geschützten Ausschliesslichkeitspositionen von Akteuren des Sportes typischerweise realisiert werden ([Rz. 36 ff.](#)). Konkret lassen sich Medienrechte ([Rz. 39 ff.](#)), Zugangsrechte ([Rz. 45](#)), Marketingrechte ([Rz. 46 ff.](#)) sowie Transferrechte ([Rz. 55 ff.](#)) unterscheiden. Die Realisierung an sich gestaltet sich dabei (ausser für die Transferrechte) jeweils gleich: Ein Dritter (der Verwertungspartner) wird vom Inhaber des Sportrechtes vertraglich gegen Entgelt in die Lage versetzt, die eigentlich von einem Ausschliesslichkeitsrecht erfasste Position zu nutzen. Dieser Vertrag ist der sogenannte Verwertungsvertrag ([Rz. 61 f.](#)). Das Entgelt, das für die Berechtigung zur Nutzung der Sportrechte fliesst, ist der Verwertungserlös ([Rz. 63](#)). 612

- 613 Zur Strukturierung der Vermarktung der Sportrechte existieren in der Praxis mehrere Modelle. Bei Eigenvermarktung nimmt der Inhaber eines Sportrechtes die Bestrebungen zur Realisierung dieses Rechtes vollständig selbst vor ([Rz. 65 f.](#)). Zieht er mehr oder weniger weitgehend eine Vermarktungsagentur bei, ist Fremdvermarktung gegeben ([Rz. 67 ff.](#)). Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell liegt vor, wenn es Aufgabe der Vermarktungsagentur ist, Verwertungsverträge für den Rechteinhaber herbeizuführen. Sie kann reine Vermittlerin sein oder zusätzlich als direkte Stellvertreterin Verwertungsverträge für den Rechteinhaber schliessen ([Rz. 74 ff.](#)). Wird die Vermarktungsagentur dagegen selbst Partei der Verwertungsverträge, nicht aber der Rechteinhaber, so stellen die Verwertungsverträge in rechtlicher Hinsicht Eigengeschäfte der Vermarktungsagentur dar ([Rz. 93](#)). Je nachdem, ob die Vermarktungsagentur diese Eigengeschäfte für Rechnung des Rechteinhabers oder für ihre eigene Rechnung schliesst, liegt Fremdvermarktung im Kommissionsmodell (also in indirekter Stellvertretung; [Rz. 98 ff.](#)) respektive im Buy-Out-Modell vor ([Rz. 113 ff.](#)).
- 614 Nach dem gewählten Modell der Fremdvermarktung richtet sich auch die Vergütungsstruktur. Im Vermittlungs- und im Kommissionsmodell ist es der Rechteinhaber, der die Vermarktungsagentur für ihre Vermarktungsleistungen vergütet. Dafür vereinnahmt er die Verwertungserlöse ([Rz. 129](#)). Im Buy-Out-Modell fließt die Vergütung umgekehrt von Vermarktungsagentur zu Rechteinhaber. Die Verwertungserlöse bleiben entsprechend bei der Vermarktungsagentur ([Rz. 135 f.](#)). Die Vergütung, die im Kontext der Fremdvermarktung von Sportrechten geleistet wird, kann vom Erfolg der Vermarktung abhängig (und damit suspensiv bedingt; [Rz. 133](#) und [Rz. 136](#)) sein oder auch nicht ([Rz. 134](#) und [Rz. 136](#)).
- 615 Für den Umfang der Fremdvermarktung von Sportrechten kann zwischen Gesamt- und Teilvermarktung unterschieden werden. Gesamtvermarktung bedeutet, dass die Vermarktungsagentur sämtliche Sportrechte eines Rechteinhabers ohne Einschränkung vermarktet. Teilvermarktung liegt vor, wenn die Auslagerung der Vermarktung nur einen Teil der Sportrechte umfasst oder in territorialer Hinsicht begrenzt ist ([Rz. 138 f.](#)).

## **B Vermittlungsvertrag als Grundlage des Beizuges der Vermarktungsagentur**

In der Praxis ist die Fremdvermarktung im Vermittlungsmodell absolut vorherrschend, wobei die Vermarktungsagentur vom Rechteinhaber in der Regel erfolgsabhängig vergütet wird ([Rz. 141](#)). Der Vertrag, der diesem Verhältnis zugrunde liegt, ist der Vermittlungsvertrag ([Rz. 142](#)). Er hat die Vermittlung von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber durch die Vermarktungsagentur gegen erfolgsabhängige Vergütung zum Inhalt ([Rz. 149](#)). Je nachdem, ob er einfaches Schuldverhältnis oder Dauerschuldverhältnis ist, ist der Vermittlungsvertrag als Mäkler- oder als Agenturvertrag zu qualifizieren ([Rz. 195 f.](#)). Einfaches Schuldverhältnis (und damit Mäklervertrag) ist der Vermittlungsvertrag, wenn die Vermarktungsagentur bloss eine begrenzte Zahl von Verwertungsverträgen zu vermitteln hat ([Rz. 191](#)). Ohne eine solche Begrenzung ist der Vermittlungsvertrag Dauerschuldverhältnis (und somit Agenturvertrag; [Rz. 190](#)). Unter beiden Vertragstypen ist der Rechteinhaber jeweils der Auftraggeber. Die Vermarktungsagentur ist Mäklerin respektive Agentin ([Rz. 197](#)). Die herbeizuführenden Verwertungsverträge sind in jedem Fall die Zielgeschäfte des Vermittlungsauftrages der Vermarktungsagentur ([Rz. 198](#)).

616

## C Ausgewählte Inhalte des Vermittlungsvertrages

- 617 Eine besondere Form ist für den Vermittlungsvertrag unabhängig von seiner Rechtsnatur nicht vorausgesetzt. Bei Qualifikation als Agenturvertrag muss jedoch beachtet werden, dass gewisse Abweichungen von der gesetzlichen Ordnung nur schriftlich wirksam sind ([Rz. 218 f.](#)). Aufgabe der Vermarktungsagentur ist unter dem Vermittlungsvertrag stets die Vermittlung von Verwertungsverträgen für den Rechteinhaber. Als Mäklerin ist die Vermarktungsagentur allerdings grundsätzlich nur dann zum Tätigwerden verpflichtet, wenn der Vermittlungsvertrag dies vorsieht. Als Agentin trifft die Vermarktungsagentur hingegen in jedem Fall eine Tätigkeitspflicht ([Rz. 221 ff.](#)).
- 618 Zum Inhalt des Vermittlungsvertrages gehört die Regelung der Kontrolle des Rechteinhabers über die ausgelagerte Vermarktung seiner Sportrechte ([Rz. 225 ff.](#)). Den Verlust an Einfluss, den diese Auslagerung für den Rechteinhaber mit sich bringt, gleicht einerseits eine Informationspflicht der Vermarktungsagentur aus ([Rz. 226 ff.](#)). Andererseits können Ausführungsabreden in den Vermittlungsvertrag aufgenommen werden ([Rz. 232 ff.](#)). Sie legen Einzelheiten in Bezug auf die möglichen Verwertungspartner ([Rz. 237 ff.](#)), die Verwertungsverträge ([Rz. 240 ff.](#)) sowie die Tätigkeit der Vermarktungsagentur ([Rz. 243 f.](#)) verbindlich fest. Diese Ausführungsabreden sind von Weisungen abzugrenzen ([Rz. 245 ff.](#)) und gehen einem allfälligen Weisungsrecht des Rechteinhabers in jedem Fall vor ([Rz. 252](#)). Wesentliche Kontrollmöglichkeit für den Rechteinhaber ist schliesslich seine Abschlussfreiheit in Bezug auf die von der Vermarktungsagentur vermittelten Verwertungsverträge ([Rz. 257 ff.](#)).
- 619 Der Rechteinhaber ist zur Mitwirkung an der Vermarktung verpflichtet ([Rz. 260 ff.](#)). Er muss nach Treu und Glauben zum Erfolg der Tätigkeit der Vermarktungsagentur beitragen ([Rz. 265](#)). Besonders bedeutsam ist diesbezüglich seine Pflicht, die Vermarktungsagentur über vermarktungsrelevante Umstände zu informieren ([Rz. 266 f.](#)). In Vermittlungsverträgen wird diese Pflicht üblicherweise in verschiedener Hinsicht konkretisiert ([Rz. 268 ff.](#)).
- 620 Ob die Vermarktung erfolgreich ist, hängt von verschiedenen Rahmenbedingungen ab. Es sind dies die vermarktungsrelevanten Umstände faktischer und rechtlicher Natur, unter denen der Vermittlungsvertrag eingegangen und ausgeführt wird ([Rz. 274 ff.](#)). Um Auswirkungen nachträglicher Änderungen solcher Rahmenbedingungen auf die Vermarktung gemäss Vermittlungsvertrag

aufzufangen, können Rechteinhaber und Vermarktungsagentur Anpassungsregeln vereinbaren. Diese geben Aufschluss darüber, was für den Vermittlungsvertrag gilt, wenn sich die vermarktungsrelevanten Umstände ändern (Rz. 285 ff.). Fehlen solche Anpassungsregeln, muss der Vermittlungsvertrag grundsätzlich erfüllt werden, wie er abgeschlossen worden ist (Rz. 284). Nur dann, wenn die nachträgliche Änderung der Rahmenbedingungen der Vermarktung objektiv nicht vorhersehbar war und eine erhebliche Störung des Vertragsverhältnisses zur Folge hat, kommt ausnahmsweise eine gerichtliche Vertragsanpassung in Frage (Rz. 296 ff.). Weil sich auch das Ausbleiben von Verhältnisänderungen auf den Vermittlungsvertrag auswirken kann, ist anzuraten, solche Fälle vermittlungsvertraglich zu regeln. Eine Berufung auf die gerichtliche Vertragsanpassung wird hier nämlich in der Regel ausscheiden (Rz. 311 ff.).

Nachträgliche Änderungen (oder Nichtänderungen) in den vermarktungsrelevanten Umständen können ausserdem einen Grundlagenirrtum begründen, sofern zumindest eine Partei mit Sicherheit von einer künftigen Entwicklung ausgegangen ist, die vom tatsächlichen Gang der Geschehnisse nach Abschluss des Vermittlungsvertrages abweicht (Rz. 318 ff.). Erforderlich ist immerhin, dass dieser Irrtum für den Irrenden *conditio sine qua non* zum Vertragsschluss war und die Gegenpartei das erkennen konnte (oder gar erkannt hat; Rz. 333 ff.). Die erfolgreiche Berufung auf den Grundlagenirrtum macht den Vermittlungsvertrag (teilweise) ungültig. Der mangelbehaftete Teil kann, statt zu entfallen, durch eine nach dem hypothetischen Parteiwillen gebildete Regelung ersetzt werden (Rz. 336 f.). Der Grundlagenirrtum hat gegenüber der gerichtlichen Vertragsanpassung den Vorteil, dass die objektive Unvorhersehbarkeit der künftigen Entwicklung der Rahmenbedingungen nicht massgeblich ist, sondern einzig auf das subjektive Element der sicheren Annahme abgestellt wird (Rz. 339 f.). Diese subjektive Sicherheit fehlt, wenn bereits der Vermittlungsvertrag für einen Fall Anpassungsregeln enthält. Zudem bedeutet die Geltendmachung der gerichtlichen Vertragsanpassung eine Genehmigung des Vertrages, die die gleichzeitige Berufung auf den Grundlagenirrtum ausschliesst (Rz. 341 f.).

Die Vergütung der Vermarktungsagentur (Rz. 351 ff.) ist in der vorliegend besprochenen Gestaltung des Vermittlungsvertrages stets suspensiv bedingt (da erfolgsabhängig; Rz. 358). Grundsätzlich sind die Voraussetzungen für die Entstehung des Vergütungsanspruches (i) das Zustandekommen eines vertragsgemässen Verwertungsvertrages (vor oder nach Beendigung des Vermittlungsvertrages), (ii) aufgrund eines kausalen Beitrages der Vermarktungsagen-

621

622

tur, (iii) wobei die Tätigkeit der Vermarktungsagentur dem vertraglich Vereinbarten entspricht und während Bestehens des Vermittlungsvertrages entfaltet worden ist ([Rz. 362 f.](#)).

- 623 Abweichende Parteivereinbarungen sind in unterschiedlicher Hinsicht möglich ([Rz. 361 ff.](#)). Die Parteien können ein anderes vergütungsbegründendes Ereignis als das Zustandekommen von Verwertungsverträgen vorsehen ([Rz. 374 ff.](#)) und den Vergütungsanspruch ausdrücklich vom Einhalten allfälliger vermittlungsvertraglicher Ausführungsabreden abhängig machen (wobei das für Ausführungsabreden, die nicht den Preis betreffen, im Zweifel sowieso gilt; [Rz. 377 ff.](#)). Ebenso lässt sich die Kausalität als Vergütungsvoraussetzung wegbedingen (es liegt dann eine reine Erfolgsprovision vor; [Rz. 380 ff.](#)). Schliesslich ist es möglich, die Vergütungsrelevanz des Zustandekommens von Verwertungsverträgen in zeitlicher Hinsicht einzuschränken, namentlich auf den Zeitraum des Bestehens des Vermittlungsvertrages ([Rz. 396](#)).
- 624 Schliesst der Rechteinhaber mit Verwertungspartnern, zu denen ursprünglich die Vermarktungsagentur den Kontakt hergestellt hat, weitere Verträge über seine Sportrechte ([Rz. 401 ff.](#)), hat die Vermarktungsagentur als Mäklerin nur bei entsprechender Vereinbarung Anspruch auf Vergütung ([Rz. 408](#)). Ist sie hingegen Agentin, kommt ihr von Gesetzes wegen grundsätzlich ein Vergütungsanspruch zu ([Rz. 409](#)). Deshalb ist eine eindeutige vertragliche Regelung in jedem Fall ratsam ([Rz. 410](#)).
- 625 Die Höhe der Vergütung ([Rz. 415 ff.](#)) beurteilt sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Typisch ist die Provision: Die Vergütungshöhe berechnet sich nach einem Bruchteil des Wertes der zu vermittelnden Verwertungsverträge ([Rz. 420 ff.](#)). Fehlt eine Regelung zur Bemessung der Vergütung der Vermarktungsagentur im Vermittlungsvertrag, ist subsidiär auf eine allfällige Übung abzustellen ([Rz. 429](#)). In letzter Priorität ist die Vergütungshöhe durch den Richter festzulegen ([Rz. 430](#)).
- 626 Kommt es auf Ebene der von der Vermarktungsagentur vermittelten Verwertungsverträge zu Störungen ([Rz. 433 ff.](#)), so hat das dann keine Folgen für ihren bereits entstandenen Vergütungsanspruch, wenn sie Mäklerin ist ([Rz. 441](#)). Als Agentin muss sie demgegenüber einen nachträglichen Wegfall ihres diesbezüglichen Anspruches an sich hinnehmen, wenn eine solche Störung nicht vom Rechteinhaber zu vertreten ist ([Rz. 442](#)). Auch hier gilt: Wegen der uneinheitlichen gesetzlichen Ordnung drängt sich eine vermittlungsvertragliche Regelung auf ([Rz. 443](#)).

Zur Sicherung der erfolgsabhängigen Vergütung der Vermarktungsagentur ([Rz. 446 ff.](#)) dient eine Abschlusspflicht des Rechteinhabers bezüglich der Verwertungsverträge ebenso wie die Provisionsgarantie, nach der bei Ablehnung des Abschlusses von vertragsgemäss vermittelten Verwertungsverträgen durch den Rechteinhaber ebenso ein Vergütungsanspruch entsteht ([Rz. 457 ff.](#)). Weiteres Mittel zur Vergütungssicherung ist die Exklusivität ([Rz. 463 ff.](#)). Im Mäklervertrag muss Exklusivität zu Lasten des Rechteinhabers ausdrücklich vorgesehen werden ([Rz. 490](#)). Im Agenturvertrag reicht die Zuweisung eines Kundenkreises oder Tätigkeitsgebietes für die Vermarktungsagentur bereits aus ([Rz. 491](#)). Ausserdem geht dort mit der Exklusivität ein Vergütungsanspruch (in der Form einer reinen Erfolgsprovision) einher (im Mäklervertrag ist demgegenüber auch für die reine Erfolgsprovision als Ergänzung oder Alternative zur Exklusivität eine bezügliche Vereinbarung vorausgesetzt; [Rz. 492](#)). Deshalb muss im Vermittlungsvertrag, der Agenturvertrag ist, unter Umständen die Exklusivität oder zumindest der damit einhergehende Vergütungsanspruch ausgeschlossen werden, sollen sie nach dem Willen von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur nicht greifen ([Rz. 495](#)).

627

Als Mäklerin darf die Vermarktungsagentur parallel für beliebige Rechteinhaber tätig sein, selbst wenn diese Rechteinhaber Konkurrenten sind ([Rz. 508](#)). Ist sie hingegen Agentin, hat die Vermarktungsagentur zumindest ein Konkurrenzverbot zu beachten ([Rz. 509 ff.](#)). Die klare Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der gleichzeitigen Tätigkeit der Vermarktungsagentur für mehrere Rechteinhaber im Vermittlungsvertrag macht eine Berufung auf die uneinheitliche gesetzliche Ordnung überflüssig ([Rz. 513 ff.](#)).

628

Ganz erheblich fallen die Unterschiede im gesetzlichen Vertragstypenrecht hinsichtlich Dauer und Beendigung des Vermittlungsvertrages ins Gewicht ([Rz. 519 ff.](#)). Im Mäklervertragsrecht gilt zwingend ein jederzeitiges Beendigungsrecht für beide Parteien ([Rz. 532 ff.](#)). Was diesbezüglich im Vermittlungsvertrag vorgesehen ist, ist demnach nicht verbindlich. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Vertrag bereits erfüllt ist ([Rz. 533](#)) oder eine Befristung des Vertrages abläuft, bevor eine Partei die Beendigung erklärt ([Rz. 532](#)). Auch als Agenturvertrag endet der Vermittlungsvertrag mit Ablauf einer bestimmten Laufzeit ([Rz. 537 f.](#)) Ist er unbefristeter Agenturvertrag, ist es dagegen primär die ordentliche Kündigung, die das Ende des Vermittlungsvertrages zur Folge hat ([Rz. 539 f.](#)). Ausserdem kann der Vermittlungsvertrag bei Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes aus wichtigem Grund jederzeit ausserordentlich beendet werden. Dieses Recht ist zwingend und der Parteidisposition in Gänze entzogen. ([Rz. 543 ff.](#)).

629

- 630 Sicherheit hinsichtlich der Verwertungserlöse lässt sich dem Rechteinhaber im Vermittlungsvertrag schliesslich nur sehr eingeschränkt vermitteln ([Rz. 551 ff.](#)). Eine Mindesterlösgarantie als Garantie im Rechtssinne wirkt im Mäklervertrag nur, wenn sich die zu tiefen Mindesterlöse vor Vertragsbeendigung einstellen ([Rz. 575 f.](#)). Im Agenturvertrag sind solche Mindesterlösgarantien gänzlich unwirksam ([Rz. 577](#)). Stattdessen ein Recht des Rechteinhabers zur Beendigung des Vermittlungsvertrages an das Verpassen der Mindesterlöse zu knüpfen, ist im Mäklervertrag ohne weiteres möglich, allerdings ebenso wenig verbindlich ([Rz. 599 f.](#)). Bei Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes scheidet diese Lösung dagegen aus; sie verstösst gegen die Kündigungsparität ([Rz. 601 f.](#)). Immerhin kann der Vermittlungsvertrag auflösend bedingt werden, sodass das Verpassen der Mindesterlöse dessen Wegfall zur Folge hat ([Rz. 603](#)). Unabhängig von der Rechtsnatur des Vermittlungsvertrages kann das Erreichen von Mindestverwertungserlösen ausserdem Voraussetzung dafür sein, dass die Vermarktungsagentur Anspruch auf Vergütung hat ([Rz. 604 f.](#)).







## **Curriculum Vitae**

Joel Fink, geboren 1991, erwarb seine Matura 2010 im Kanton Basel-Stadt. Von 2011 bis 2017 studierte er Rechtswissenschaften an der Universität Bern. Nach dem anschliessenden Anwaltspraktikum erwarb er 2019 das Anwaltspatent im Kanton Zürich. Von 2019 bis 2022 war er als Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Frédéric Krauskopf tätig. Seit 2022 ist Joel Fink als Rechtsanwalt in Zürich beschäftigt.

Die vorliegende Dissertation thematisiert die Vermarktung von Sport aus rechtlicher Perspektive. Der Fokus liegt dabei auf der vertraglich gestalteten Beziehung zwischen Inhabern von Sportrechten und Vermarktungsagenturen, die für erstere als Vermittlerinnen tätig sind. Der Verfasser analysiert den Gegenstand der Vermarktung, nämlich die sogenannten Sportrechte und deren rechtliche Einordnung. Auch schliesst die Analyse die hierbei beteiligten Parteien, vor allem die originären Inhaber ebenjener Sportrechte ein. Aufbauend auf diese grundlegenden Erwägungen befasst sich die Dissertation mit den verschiedenen Modellen der Sportvermarktung, und zwar mit dem Vermittlungsmodell, dem Kommissionsmodell und dem Buy-out Modell, wobei ein besonderer Fokus auf dem Vermittlungsmodell liegt. Für dieses wird das vertragliche Verhältnis zwischen Rechteinhabern und Vermarktungsagenturen im Kontext von Mäkler- und Agenturverträgen qualifiziert und in seinem Inhalt analysiert. Beleuchtet werden, ausgehend von den Interessen der beteiligten Parteien, u.a. die vertragliche Erfassung von Themen wie der Tätigkeit der Vermarktungsagentur und deren Kontrolle durch den Rechteinhaber, der Rahmenbedingungen der Vermarktung und von Änderungen derselben, der Vergütung der Vermarktungsagentur, der Dauer und Beendigung der Zusammenarbeit von Rechteinhaber und Vermarktungsagentur sowie von Instrumenten zur Ertragssicherung für den Rechteinhaber. Zentral ist in diesem Kontext jeweils die Frage, inwiefern dem parteiautonomen Interessenausgleich im Rahmen der Vertragsgestaltung durch den zwingend anwendbaren gesetzlichen Rahmen Grenzen gesetzt sind.