



## Gestaltungsmöglichkeiten beim Handelsreisendenvertrag

CHRISTOPH SENTI\*

Als Handelsreisender gilt, wer ausserhalb der Räumlichkeiten seines Arbeitgebers damit beschäftigt ist, auf Rechnung des Inhabers eines kaufmännischen Gewerbes Geschäfte abzuschliessen oder zu vermitteln. Umgangssprachlich häufig als Aussendienst bezeichnet, widmet das Arbeitsvertragsrecht dieser Beschäftigungsform eine besondere Vertragsart, in welcher sich diverse, spezifische Vorschriften finden. Um zu klären, welche Verkäufer überhaupt als Handelsreisende zu qualifizieren sind, werden in einem ersten Teil die Abgrenzungsmerkmale gegenüber anderen Vertragsarten innerhalb und ausserhalb des Arbeitsrechts erläutert. Der zweite Teil beleuchtet verschiedene Themenbereiche und deren Ausgestaltungsmöglichkeiten, die es bei Aussendienstmitarbeitenden in der Vertragspraxis regelmässig zu klären gilt.

Est considéré comme voyageur de commerce celui qui est chargé de négocier ou de conclure, pour le compte d'une entreprise commerciale, des affaires hors des locaux de son employeur. Le droit du contrat de travail consacre à cette forme d'activité, souvent désignée comme service externe dans le langage courant, un type de contrat spécial qui renferme plusieurs dispositions spécifiques. Afin de déterminer quels vendeurs doivent être qualifiés de voyageurs de commerce, la première partie de la contribution définit les critères qui les distinguent des autres types de contrats dans et hors du droit du travail. La deuxième partie met en évidence différents thèmes et les possibilités d'aménagement que la pratique contractuelle est souvent appelée à clarifier pour les collaborateurs du service externe.

### Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
- II. Grundlagen
  - A. Gesetzliche Rahmenbedingungen
  - B. Wesensmerkmale des Handelsreisendenvertrages
- III. Abgrenzungsfragen
  - A. Arbeitsvertrag oder Vertrag ausserhalb des Arbeitsrechts?
    - 1. Agenturvertrag
    - 2. Mäklervertrag
    - 3. Kommission
  - B. Arbeitsvertrag: Handelsreisender oder «normaler» Arbeitnehmer?
    - 1. Vermittlung oder Abschluss, aber keine Abwicklung von Geschäften
    - 2. Tätigkeit für ein kaufmännisches Unternehmen
    - 3. Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräume
    - 4. Vorwiegende Reisetätigkeit des Verkäufers
    - 5. Keine gelegentliche oder vorübergehende Tätigkeit
    - 6. Verkauf auf fremde Rechnung
- IV. Gedanken zur Vertragsgestaltung
  - A. Rechtsgrundlagen im konkreten Einzelfall
  - B. Verkaufsgebiet
    - 1. Anknüpfungspunkt
    - 2. Exklusivität
    - 3. (Einseitige) Veränderung des Verkaufsgebietes
  - C. Kompetenzen
    - 1. Vermittlung von Geschäften oder Abschlussvollmacht?
    - 2. Weitere Kompetenzen
  - D. Pflichten
    - 1. Allgemeine Bemerkungen
    - 2. Zuweisung anderer zumutbarer Arbeiten
    - 3. Gesetzlich geregelte Pflichten
  - E. Arbeitszeit
  - F. Entlohnung
    - 1. Zeit- und/oder Leistungslohn?
    - 2. Die vertragliche Ausgestaltung von Provisionsabreden
    - 3. Insbesondere: Lohnfortzahlungspflicht und Lohnersatzzahlungen

- G. Vertragsende
- H. Schlussbestimmungen
  - 1. Gerichtsstandsklausel
  - 2. Vertragliche Übernahme von Art. 347 ff. OR
- V. Schlussbemerkungen

### I. Vorbemerkungen

Handelsreisende sind aus arbeitsvertraglicher Sicht eine besondere Spezies. Als Arbeitnehmer unterstehen sie dem Weisungsrecht des Arbeitgebers. Trotzdem verfügen sie aufgrund ihrer reisenden Tätigkeit über sehr viel Freiheit. Als Schnittstelle zwischen Unternehmung und Kunden sind sie ausserdem entscheidende Informationslieferanten in beide Richtungen. Das Arbeitsvertragsrecht widmet dem Handelsreisenden eine besondere Vertragsart, wo sich diverse spezifische Vorschriften finden, welche dieser Art von Arbeitsleistung gerecht werden sollen. Von diesen Bestimmungen profitieren die Vertragsparteien jedoch nur, wenn der betreffende Arbeitnehmer die positiven und negativen Voraussetzungen eines Handelsreisenden erfüllt, was nicht immer einfach zu bestimmen ist. Der vorliegende Beitrag zeigt Probleme und Möglichkeiten auf, welche sich bei der vertraglichen Ausgestaltung von Aussendienstverträgen stellen.

\* CHRISTOPH SENTI, Dr. iur., Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen und an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Projektmitarbeiter am FAA-HSG, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Advokaturbüro Frei Steger Senti, Altstätten SG.

## II. Grundlagen

### A. Gesetzliche Rahmenbedingungen

Als besondere Vertragsart untersteht der Handelsreisendenvertrag sowohl den allgemeinen Bestimmungen des Einzelarbeits-<sup>1</sup> als auch den Bestimmungen des Handelsreisendenvertrages<sup>2</sup>.

Das Arbeitsgesetz nimmt den Handelsreisenden unter Vorbehalt von Art. 3a ArG vom Geltungsbereich aus.<sup>3</sup> Da die Aufzählung in Art. 3a ArG<sup>4</sup> den Handelsreisenden jedoch nicht erwähnt, sind die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes insgesamt irrelevant.<sup>5</sup> Weitere anwendbare öffentlich-rechtliche Erlasse sind das Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden<sup>6</sup>, die dazugehörige Verordnung<sup>7</sup> sowie kantonale Vorschriften<sup>8</sup>. Auf letztere wird vorliegend nicht näher eingegangen.<sup>9</sup>

Je nach Art des zu vertreibenden Produktes sind weitere spezialgesetzliche Vorschriften zu beachten. Für Arbeitnehmende bzw. Handelsreisende im Bereich des Versicherungswesens finden sich bereits im Obligationenrecht einzelne spezifische Vorschriften<sup>10</sup> und Art. 348b Abs. 3 OR verweist ausdrücklich auf das

VVG<sup>11</sup>. Darüber hinaus gelten für andere Branchen zusätzliche Vorschriften für den Verkauf, was jeweils im Vorfeld zu klären ist.<sup>12</sup>

### B. Wesensmerkmale des Handelsreisendenvertrages

Die Legaldefinition des Handelsreisendenvertrages ergibt sich im Wesentlichen aus Art. 347 Abs. 1 OR:

«Durch den Handelsreisendenvertrag verpflichtet sich der Handelsreisende, auf Rechnung des Inhabers eines Handels-, Fabrikations- oder andern nach kaufmännischer Art geführten Geschäftes gegen Lohn Geschäfte jeder Art ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers zu vermitteln oder abzuschliessen.»

Als besondere Art des Einzelarbeitsvertrages bedingt auch der Handelsreisendenvertrag das Vorliegen der vier allgemeinen Merkmale eines Arbeitsvertrages, nämlich:<sup>13</sup>

- Erbringen einer Arbeitsleistung;
- Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis);
- privatrechtliches Dauerschuldverhältnis;
- Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung.

Hinzu kommen weitere Merkmale, welche einen Einzelarbeitsvertrag zum Handelsreisendenvertrag werden lassen:<sup>14</sup>

- Vermittlung oder Abschluss von Geschäften;
- für ein kaufmännisches Unternehmen;
- ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers.

<sup>1</sup> Art. 355 OR i.V.m. Art. 319 ff. OR.

<sup>2</sup> Art. 347 ff. OR.

<sup>3</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. g ArG.

<sup>4</sup> Einhaltung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz.

<sup>5</sup> Erwähnenswert ist meines Erachtens, dass der Handelsreisende noch weniger Schutz geniesst als ein höherer leitender Angestellter im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG: Für letzteren gelten die Vorschriften des Gesundheitsschutzes (vgl. Art. 3 ArG i.V.m. Art. 3a lit. b ArG). Dazu erklärte das Bundesgericht, dass Arbeitszeiten von gegen 100 Stunden pro Woche mit Sicherheit gegen die Gesundheitsvorschriften des Arbeitsgesetzes verstossen (BGer, 2P.251/2001, 2A.407/2001, beide 14.6.2002, E. 5.3). Da der Handelsreisende in Art. 3a ArG unerwähnt bleibt, ist diese Feststellung somit für ihn nicht relevant. Fragen könnte man sich allerdings, ob ein solches Arbeitspensum nicht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR) verletzt, sofern letzterer überhaupt davon weiss.

<sup>6</sup> Bundesgesetz vom 23. März 2001 über das Gewerbe der Reisenden (SR 943.1).

<sup>7</sup> Verordnung vom 4. September 2002 über das Gewerbe der Reisenden (SR 943.11).

<sup>8</sup> Bspw. Kanton SG: Verordnung vom 4. Februar 2003 zur Bundesgesetzgebung über das Gewerbe der Reisenden (sGS 552.21), welche allerdings nur noch behördliche Zuständigkeiten festlegt (vgl. dort Art. 1); Kanton ZH: Gesetz vom 11. April 2005 über die Märkte und das Reisengewerbe (935.31) mit der dazugehörigen Märkte- und Reisengewerbeverordnung vom 30. Mai 2007 (935.311).

<sup>9</sup> Vgl. ausführlich zu den früheren und aktuell gültigen privat- und öffentlich-rechtlichen Grundlagen DAVID AUBERT, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Articles 347 à 350a du Code des obligations, Diss. Genf 2006, Lausanne 2010, N 9 ff.

<sup>10</sup> Art 322b Abs. 2 OR; Art. 339 Abs. 2 OR; Art. 348a Abs. 3 OR.

<sup>11</sup> Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

<sup>12</sup> Vgl. bspw. das derzeit geplante Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), Internet: <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilung.msg-id-59331.html> (Abruf 22.8.2016).

<sup>13</sup> AUBERT (FN 9), N 48 und 101 ff.; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 319 OR N 2; ADRIAN STAEHELIN, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 319–330a OR, *Der Arbeitsvertrag*, 4. A., Zürich 2006, Art. 319 OR N 2 ff., sowie ADRIAN STAEHELIN, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 330b–355, Art. 361–362 OR, *Der Arbeitsvertrag*, 4. A., Zürich 2013, Art. 347 OR N 3 (beide zit. ZK-STAEHELIN); MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 319–330b OR, *Der Arbeitsvertrag*, 2. A., Bern 2010, sowie MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, *Der Arbeitsvertrag*, 2. A., Bern 2014, Art. 319 OR N 1 ff. (beide zit. BK-REHBINDER/STÖCKLI).

<sup>14</sup> AUBERT (FN 9), N 131 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 2; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 8; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 8; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3. A., Bern 2015, N 150.

Bemerkenswert ist, dass Art. 347 OR nicht nur eine positive Legaldefinition enthält, sondern in Absatz 2 zusätzlich negative Abgrenzungsmerkmale nennt:

«Nicht als Handelsreisender gilt der Arbeitnehmer, der nicht vorwiegend eine Reisetätigkeit ausübt oder nur gelegentlich oder vorübergehend für den Arbeitgeber tätig ist, sowie der Reisende, der Geschäfte auf eigene Rechnung abschliesst.»

Diese Bestimmung schliesst das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages also aus, sofern der Verkäufer:

- nicht vorwiegend eine Reisetätigkeit ausübt;
- nur gelegentlich oder vorübergehend für den Arbeitgeber tätig ist;
- Geschäfte nicht auf fremde, sondern eigene Rechnung abschliesst.

Auf diese positiven und negativen Merkmale des Handelsreisendenvertrages wird nachfolgend einzugehen sein.<sup>15</sup> Nicht näher ausgeleuchtet werden vorliegend die unterschiedlichen Kategorien von Handelsreisenden.<sup>16</sup>

### III. Abgrenzungsfragen

Bevor sich der Verfasser mit dem Inhalt eines Handelsreisendenvertrages zu befassen hat, ist vorab zu entscheiden, ob der Vertrieb via Arbeitsverträge oder über eine Vertragsart ausserhalb des Arbeitsrechts abgewickelt werden soll.<sup>17</sup> Entscheidet man sich für ein Arbeitsverhältnis, kommt ein Handelsreisendenvertrag nur dann in Frage, wenn die durch den Arbeitnehmer effektiv ausgeübte Tätigkeit diese Vertragsart nicht ausschliesst.<sup>18</sup>

#### A. Arbeitsvertrag oder Vertrag ausserhalb des Arbeitsrechts?

##### 1. Agenturvertrag

Arbeitet der Verkäufer in einem Auftragsverhältnis, liegt in aller Regel ein Agenturvertrag vor,<sup>19</sup> eine besondere Art des Auftragsrechts.<sup>20</sup> Agentur- und Handelsreisendenvertrag weisen viele Gemeinsamkeiten auf. Das im Zweifelsfall ausschlaggebende Unterscheidungsmerkmal ist das Element der Subordination bzw. die Frage, wie stark der Verkäufer in die Organisation des Vertragspartners

eingebunden ist und dessen Weisungen untersteht.<sup>21</sup> Eine kompaktere Darstellung bietet die Übersicht auf folgender Seite.

Ob ein Verkäufer im Auftrags- oder Arbeitsverhältnis tätig sein soll, richtet sich nach den Bedürfnissen des Arbeit- bzw. Auftraggebers und somit nicht ausschliesslich nach rechtlichen Gesichtspunkten. Die Vertragsgestaltung ist im konkreten Fall umso einfacher, je mehr sich die betriebliche Situation mit dem dispositiven oder zwingenden Gesetzesrecht der jeweiligen Vertragsart deckt. Aus diesem Grund bietet es sich an, im konkreten Fall die spezifischen Eigenheiten beider Vertragsarten in Betracht zu ziehen und diejenige zu wählen, welche mit den Verhältnissen eher übereinstimmt.

##### 2. Mäklervertrag

Wie der Agenturvertrag gilt auch der Mäklervertrag als eine besondere Art des Auftrags.<sup>22</sup> Gemeinsam ist diesen beiden Vertragsarten das Abgrenzungsmerkmal des fehlenden Subordinationsverhältnisses gegenüber dem Handelsreisendenvertrag.<sup>23</sup> Hinzu kommt beim Mäklervertrag, dass diese Vertragsart im Unterschied zum Agentur- und Handelsreisendenvertrag nicht als Dauerschuldverhältnis gilt.<sup>24</sup> Schliesslich obliegt dem Mäkler *keine Pflicht* zum Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers, und er ist auch nicht zu dessen Vertretung ermächtigt.<sup>25</sup>

##### 3. Kommission

Der Kommissionär verkauft Waren in eigenem Namen, aber auf Rechnung seines Auftraggebers.<sup>26</sup> Auch bei dieser Vertragsart fehlt es an einem Subordinationsverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten,<sup>27</sup> lehnt sich das Gesetzesrecht doch an die Bestimmungen des Auftragsrechts an.<sup>28</sup> Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ist allerdings der Vertragsabschluss in eigenem Namen,<sup>29</sup>

<sup>15</sup> Vgl. unten III.B.

<sup>16</sup> Vgl. dazu AUBERT (FN 9), N 64 ff.

<sup>17</sup> Vgl. nachfolgend III.A.

<sup>18</sup> Vgl. unten III.B.

<sup>19</sup> Art. 418a ff. OR; vgl. dazu ausführlich AUBERT (FN 9), N 204 ff.

<sup>20</sup> Vgl. dazu die Titelstruktur zu Art. 394 ff. OR.

<sup>21</sup> BGer, 4C.276/2006, 25.1.2007, E. 5; ausführlich BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 11 ff.; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 9; AUBERT (FN 9), N 231 ff.

<sup>22</sup> Art. 412 ff. OR; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 15.

<sup>23</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 13; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 15; GEISER/MÜLLER (FN 14), N 153; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 3.

<sup>24</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 13; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 15; GEISER/MÜLLER (FN 14), N 153.

<sup>25</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 15.

<sup>26</sup> Art. 425 Abs. 1 OR.

<sup>27</sup> GEISER/MÜLLER (FN 14), N 154; AUBERT (FN 9), N 359.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 425 Abs. 2 OR.

<sup>29</sup> GEISER/MÜLLER (FN 14), N 154; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 15; AUBERT (FN 9), N 359.

Wesensmerkmale	Handelsreisendenvertrag	Agenturvertrag
<b>Tätigkeit</b>	Verkaufstätigkeit in Form von Abschluss oder Vermittlung von Geschäften auf fremde Rechnung. <sup>30</sup>	
<b>Ort der Tätigkeit</b>	Ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten des Arbeitgebers. <sup>31</sup>	In aller Regel Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten. <sup>32</sup>
<b>Organisation</b>	Subordinationsverhältnis zum Arbeitgeber. <sup>33</sup>	Keine Vorgaben; darf aber nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. <sup>34</sup>
<b>Vertragliche Beziehung</b>	Dauerschuldverhältnis <sup>35</sup> und darf zudem nicht nur gelegentlich oder vorübergehend sein. <sup>36</sup>	Dauerschuldverhältnis, <sup>37</sup> andernfalls würde ein Mäklervertrag <sup>38</sup> vorliegen. <sup>39</sup>
<b>Gegenleistung</b>	Vergütung. <sup>40</sup>	
<b>Formvorschriften</b>	<p>Als <i>Gültigkeitserfordernis</i>:<sup>41</sup></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Dauer und Beendigung des Arbeitsvertrages, Kündigungsfristen;<sup>42</sup></li> <li>– Vollmacht des Handelsreisenden;<sup>43</sup></li> <li>– Entgelt und Auslagenersatz;<sup>44</sup></li> <li>– anwendbares Recht und Gerichtsstand;<sup>45</sup></li> <li>– weitere Formvorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts.<sup>46</sup></li> </ul> <p><i>Weitere Formvorschriften:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Tätigkeit auf eigene Rechnung oder Rechnung Dritter;<sup>47</sup></li> <li>– nicht exklusive Zuteilung des Verkaufsgebietes.<sup>48</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vom Gesetz abweichende Vereinbarungen für nebenberufliche Agenten;<sup>49</sup></li> <li>– Verbot der Tätigkeit für andere Auftraggeber;<sup>50</sup></li> <li>– Haftung für Vertrags- oder Inkassokosten;<sup>51</sup></li> <li>– nicht exklusive Tätigkeit in einem Verkaufsgebiet;<sup>52</sup></li> <li>– Ausschluss des Provisionsanspruches für Geschäfte, die der Agent nicht vermittelt hat, jedoch mit von ihm gewonnenen Kunden abgeschlossen werden;<sup>53</sup></li> <li>– vom Gesetz abweichender Zeitpunkt der Entstehung des Provisionsanspruches;<sup>54</sup></li> <li>– Pflicht zur Erstellung einer Provisionsabrechnung durch Agenten;<sup>55</sup></li> <li>– Vereinbarung vom Gesetz abweichender, kürzerer Kündigungsfristen;<sup>56</sup></li> <li>– abweichende Vereinbarung bezüglich Fälligkeit des Provisionsanspruches.<sup>57</sup></li> </ul>

Tabelle: Charakteristika des Handelsreisendenvertrags und des Agenturvertrags im Vergleich.

<sup>30</sup> Art. 347 OR; Art. 418a OR.

<sup>31</sup> Art. 347 OR

<sup>32</sup> Im Agenturvertrag findet sich keine Vorschrift, wonach eine Tätigkeit ausserhalb der Räumlichkeiten des Auftraggebers stattfinden muss (vgl. zu den Merkmalen THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 418a–418v OR, Der Agenturvertrag, 3. A., Zürich 2000 [zit. ZK-BÜHLER], Art. 418a OR N 5). Dies wird vermutlich aber eher die Regel sein: Eigene Büroräumlichkeiten des Agenten sind ein typisches Indiz für eine selbständige Tätigkeit (ebd., Art. 418 OR N 18). Umgekehrt kann eine Verkaufstätigkeit in den Räumen des «Auftraggebers» ein Hinweis auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses sein (bspw. BK-REHBINDER/STÖCKLI [FN 13], Art. 319 OR N 7). Dies hätte dann aber zur Folge, dass kein Handelsreisendenvertrag, sondern ein Einzelarbeitsvertrag vorliegt (vgl. Art. 347 Abs. 1 OR).

<sup>33</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 319 OR N 2; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 319 OR N 26 und Art. 347 OR N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 319 OR N 6 und Art. 347 OR N 11 ff.

<sup>34</sup> Art. 418a Abs. 1 OR; ZK-BÜHLER (FN 32), Art. 418a OR N 17.

<sup>35</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 319 OR N 2 ff. und Art. 347 OR N 3.

<sup>36</sup> Art. 347 Abs. 2 OR; vgl. unten III.B.5.

<sup>37</sup> ZK-BÜHLER (FN 32), Art. 418a OR N 6.

<sup>38</sup> Art. 412 ff. OR.

<sup>39</sup> Vgl. ZK-BÜHLER (FN 32), Art. 418a OR N 38.

<sup>40</sup> Art. 319 OR; Art. 418g ff. OR.

<sup>41</sup> Werden diese Formvorschriften nicht eingehalten, gilt die gesetzliche Regelung (Art. 347a Abs. 2 OR). Es kommt aber trotzdem ein Arbeitsvertrag zustande (Art. 320 Abs. 2 OR); vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347a OR N 1; GEISER/MÜLLER (FN 14), N 157.

<sup>42</sup> Art. 347a Abs. 1 lit. a OR; Art. 335b Abs. 2 OR; Art. 335c Abs. 2 OR; eingehend dazu AUBERT (FN 9), N 425 ff.

<sup>43</sup> Art. 347a Abs. 1 lit. b OR; Art. 348b OR.

<sup>44</sup> Art. 347 Abs. 1 lit. c OR; Art. 348a Abs. 2 und 3 OR; Art. 349a Abs. 2 und 3 OR; Art. 349c Abs. 2 OR; Art. 349d Abs. 1 OR; Art. 327a Abs. 2 OR.

<sup>45</sup> Art. 347a Abs. 1 lit. d OR; vgl. auch Art. 121 Abs. 3 IPRG.

<sup>46</sup> Bspw. Art. 321c Abs. 3 OR; Art. 324a Abs. 4 OR etc.; vgl. ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 320 OR N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 320 OR N 14 ff.

<sup>47</sup> Art. 348 Abs. 1 OR.

<sup>48</sup> Art. 349 Abs. 1 OR.

<sup>49</sup> Art. 418a Abs. 2 OR.

<sup>50</sup> Art. 418c Abs. 2 OR.

<sup>51</sup> Art. 418c Abs. 3 OR.

<sup>52</sup> Art. 418f Abs. 3 OR.

<sup>53</sup> Art. 418g Abs. 1 OR.

<sup>54</sup> Art. 418g Abs. 3 OR.

<sup>55</sup> Art. 418k Abs. 1 OR.

<sup>56</sup> Art. 418q Abs. 1 OR.

<sup>57</sup> Art. 418t Abs. 3 OR.

das heisst, der Verkäufer handelt als indirekter Stellvertreter des Kommittenten.<sup>58</sup>

## B. Arbeitsvertrag: Handelsreisender oder «normaler» Arbeitnehmer?

Entscheidet man sich für ein Arbeitsverhältnis, ist im Auge zu behalten, dass nur dann ein Handelsreisendenvertrag nach Art. 347 ff. OR vereinbart werden kann, wenn sowohl die positiven als auch negativen Merkmale dieser Vertragsart erfüllt sind.<sup>59</sup> Dazu im Einzelnen:

### 1. Vermittlung oder Abschluss, aber keine Abwicklung von Geschäften

Im Sinne des Gesetzes gilt nur derjenige Arbeitnehmer als Handelsreisender, dessen Tätigkeit auf die Vermittlung oder den Abschluss von Verträgen abzielt.<sup>60</sup> REHBINDER/STÖCKLI sprechen von der Notwendigkeit einer «Geschäftsbesorgung».<sup>61</sup> Konkret geht es um den Absatz von Waren oder den Vertrieb von Dienstleistungen.<sup>62</sup>

Die Abgrenzung ist nicht immer einfach,<sup>63</sup> insbesondere bei grösseren Geschäften, deren Anbahnung und Vertragsabschluss über längere Zeit andauern:<sup>64</sup> Die Tätigkeit muss auf die *Vermittlung* oder den *Abschluss* eines Vertrages ausgerichtet sein, was bspw. bei einer Kundenbetreuung der Fall sein kann, aber nicht sein muss.<sup>65</sup> Entscheidend ist nach Auffassung von HIRT die Frage, ob die Handlungen auf einen konkreten Geschäftsabschluss abzielen, welchen der Verkäufer selbst verwirklicht oder in Form einer Bestellung dem Arbeitgeber übermitteln will.<sup>66</sup> Nicht als solche Tätigkeiten gelten Handlungen, die lediglich *verkaufsfördernden* Charakter haben.<sup>67</sup> Für Beispiele von Tätigkeiten, welche als solche eines Handelsreisenden gelten und welche nicht, sei vorliegend auf die entsprechenden Hinweise in der Literatur verwiesen.<sup>68</sup>

Das Erfordernis des beabsichtigten Geschäftsabschlusses kann meines Erachtens im Extremfall dazu führen, dass dieselbe Tätigkeit bei unterschiedlichen Rahmenbedingungen einmal als Verkaufstätigkeit qualifiziert wird, in einem anderen Fall aber nicht. Dazu folgendes Beispiel: Ein Unternehmen benötigt eine neue Maschine. Wurde diese beschafft, besteht in aller Regel für die darauffolgenden fünf bis zehn Jahre kein Bedarf für weitere Beschaffungen. In einem solchen Fall gelten wohl die Kontakte des Verkäufers *vor* dem Kauf als Verkaufstätigkeit. Wurde die Maschine allerdings beschafft und hat der Kunde keinen weiteren Bedarf, kann der darauffolgende Kontakt mit demselben Kunden an sich keine auf die Vermittlung oder den Abschluss eines (weiteren) Vertrages abzielende Tätigkeit sein. Insofern wäre die Kundenbetreuung durch den Verkäufer vor dem Kauf als Tätigkeit eines Handelsreisenden zu betrachten, nach dem Kauf wäre dies allerdings nicht mehr der Fall.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich die Tätigkeit des Handelsreisenden auf die Vermittlung oder den Abschluss von Verträgen zu beschränken hat, nicht jedoch auch noch die *Abwicklung* des Geschäfts umfassen darf.<sup>69</sup> So fällt insbesondere der Direktverkauf im Sinne von Vertragsabschluss mit gleichzeitiger Vertragsabwicklung nicht unter die Vorschriften des Handelsreisendenrechts.<sup>70</sup>

### 2. Tätigkeit für ein kaufmännisches Unternehmen

Art. 347 Abs. 1 OR verlangt, dass die Verkaufstätigkeit auf Rechnung «[...] des Inhabers eines Handels-, Fabrikations- oder andern nach kaufmännischer Art geführten Geschäftes [...]» erfolgen muss. Diese Formulierung verweist auf ein kaufmännisches Gewerbe im Sinne von Art. 934 OR bzw. der Handelsregisterverordnung (HRegV).<sup>71</sup> Während die frühere HRegV den Begriff des kaufmännischen Gewerbes noch näher umschrieb,<sup>72</sup> definiert die aktuell gültige HRegV nur noch den Be-

<sup>58</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 N 15; AUBERT (FN 9), N 359.

<sup>59</sup> Vgl. oben II.B.

<sup>60</sup> THOMAS HIRT, Zum Begriff des Handelsreisendenvertrages, ArbR 1991, 63 ff., 66.

<sup>61</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 2.

<sup>62</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 6.

<sup>63</sup> Vgl. HIRT (FN 60), 67 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 3, oder BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 3.

<sup>64</sup> Bspw. der Verkauf oder die Vermittlung von grösseren Anlagen, Maschinen oder Bauten.

<sup>65</sup> HIRT (FN 60), 67.

<sup>66</sup> HIRT (FN 60), 67.

<sup>67</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 3.

<sup>68</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 3 (Verkaufschef, Verkaufstrainer, Demonstrant, Vorführdame etc.);

BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 3 (Beratung, Kundenbetreuung, Schadensinspektion); ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 7 (Verkaufschef oder -trainer, Salespromoter).

<sup>69</sup> HIRT (FN 60), 68; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 4.

<sup>70</sup> HIRT (FN 60), 68; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 4.

<sup>71</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 7, mit Verweis auf Art. 53 und 54 aHRegV. Dies ist mit dem Hinweis verbunden, dass der in Art. 347 Abs. 1 OR erwähnte Begriff «kaufmännisches Geschäft» statt «kaufmännisches Gewerbe» ein redaktionelles Versehen ist; vgl. auch HIRT (FN 60), 76, und STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 2.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 53 f. aHRegV.

griff des «Gewerbes»<sup>73</sup> und hat für die Rechtsform des Einzelunternehmens die Umsatzgrenze von mindestens CHF 100'000 als Voraussetzung einer Eintragungspflicht übernommen.<sup>74</sup> *Materiellrechtlich* dürfte jedoch die Totalrevision der HRegV in Bezug auf das Handelsreisendenrecht nichts verändert haben.

Zu beachten sind in diesem Zusammenhang zwei Aspekte: Erstens ist nur zwingend, dass die Tätigkeit für ein kaufmännisches Unternehmen erfolgt. Nicht notwendig ist, dass es sich dabei um den Arbeitgeber handelt. Das «kaufmännische Unternehmen» kann also auch ein Dritter sein, sofern auf dessen Rechnung Absatzgeschäfte getätigt werden.<sup>75</sup> Zweitens hängt die Qualifikation eines Arbeitnehmers als Handelsreisender nur davon ab, ob er für ein kaufmännisches Unternehmen tätig ist oder nicht. Unwesentlich ist jedoch, ob dieses im Handelsregister auch effektiv eingetragen ist oder nicht, auch wenn es sich hätte eintragen lassen müssen.<sup>76</sup> Keine Eintragungspflicht besteht für Einzelunternehmen, wenn sie die Umsatzgrenze von CHF 100'000 pro Jahr nicht erreichen.<sup>77</sup> Diverse Autoren scheinen die Meinung zu vertreten, dass bei Unterschreiten dieser Umsatzgrenze kein kaufmännisches Gewerbe vorliegt, weil keine Eintragungspflicht besteht.<sup>78</sup> Diese Meinung ist meines Erachtens aus folgenden Gründen zu hinterfragen: Art. 36 HRegV<sup>79</sup> sieht eine Eintragungspflicht vor, wenn ein kaufmännisch geführtes Gewerbe betrieben *und* der Jahresumsatz von CHF 100'000 überschritten wird. Gemäss dem eigentlichen Wortlaut dieser Regelung ist es damit auch möglich, dass bei einem Jahresumsatz von weniger als CHF 100'000 ein Gewerbe nach kaufmännischen Grundsätzen geführt wird, welches aber nicht eintragungspflichtig ist. Meines Erachtens sind diese beiden Fragen zu trennen. Der Begriff des kaufmännischen Unternehmens richtet sich nach Art. 934 OR<sup>80</sup> bzw. der *Art* der Tätigkeit<sup>81</sup> und hängt nicht vom Jahresumsatz ab. Folgt man dieser Meinung, hätte dies zur Konsequenz, dass auch dann ein Handelsreisendenvertrag vorliegen kann, wenn die Geschäftsbesorgung für ein

Einzelunternehmen erfolgt, welches den für eine Eintragung im Handelsregister notwendigen Jahresumsatz nicht erreicht und entweder gar nicht eingetragen ist oder sich freiwillig eintragen lässt.<sup>82</sup>

### 3. Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräume

Nach allgemeiner Auffassung gilt nur derjenige Arbeitnehmer als Handelsreisender, welcher mehr als 50% seiner Arbeitszeit «ausserhalb der Geschäftsräume»<sup>83</sup> des Arbeitgebers verbringt.<sup>84</sup> Dieses negative Abgrenzungsmerkmal wirft die Frage auf, was als «Geschäftsräume» im Sinne von Art. 347 OR gilt. Unbestritten dürfte sein, dass alle Räumlichkeiten des Arbeitgebers<sup>85</sup> als solche Geschäftsräume gelten. Leistet der Verkäufer seine Arbeit von zu Hause oder einem selbst gemieteten Büro aus, gilt er als Heimarbeiter.<sup>86</sup> REHBINDER/STÖCKLI stellen weniger auf den Ort der Tätigkeit ab, als vielmehr auf die Tatsache, dass eine *Reisetätigkeit* vorliegen muss, der Ort der Verkaufstätigkeit also wechselt.<sup>87</sup> Wohin die Reise geht, das heisst, ob der Handelsreisende die Kunden an ihrem Wohn- oder Geschäftssitz, an Messen oder sonst wo aufsucht, spielt hingegen keine Rolle.<sup>88</sup>

Eine Qualifikation zum Handelsreisenden bedingt meines Erachtens, dass die Reisetätigkeit mit dem Produkteverkauf verknüpft sein muss. Ein Kundenberater, welcher überwiegend reist, dabei jedoch keine Verträge abschliesst oder vermittelt, sondern die Kunden anderweitig betreut, gilt nicht als Handelsreisender.<sup>89</sup> Ebenfalls nicht als Handelsreisender gilt ein Verkäufer, welcher in den Geschäftsräumlichkeiten des Arbeitgebers via Telefon Absatzgeschäfte abschliesst oder vermittelt.<sup>90</sup> Ein Arbeitnehmer, welcher zu 60% seiner Arbeitszeit die erste Tätigkeit (Reisen ohne Verkauf) und zu 40% die zweite Tätigkeit ausübt (Verkauf im Innendienst), erfüllt zwar

<sup>73</sup> Art. 2 lit. b HRegV.

<sup>74</sup> Vgl. Art. 36 Abs. 1 HRegV und Art. 54 aHRegV.

<sup>75</sup> HIRT (FN 60), 77; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 7; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 4, mit Hinweis auf Vertriebsstrukturen im Versicherungsgewerbe.

<sup>76</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 7, mit weiteren Verweisen; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 4.

<sup>77</sup> Art. 36 HRegV; Art. 54 aHRegV.

<sup>78</sup> HIRT (FN 60), 77; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 7; ausdrücklich ZK-STAEHELIN (FN 12), Art. 347 OR N 4.

<sup>79</sup> Und auch die alte Regelung in Art. 53 f. aHRegV.

<sup>80</sup> Diese Bestimmung sieht ebenfalls keinen Mindestumsatz von jährlich CHF 100'000 vor.

<sup>81</sup> Vgl. dazu Art. 53 aHRegV.

<sup>82</sup> Anderer Meinung ausdrücklich ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 4.

<sup>83</sup> Art. 347 OR.

<sup>84</sup> Vgl. oben II.B.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 2; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 4 ff.; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 1 ff.

<sup>85</sup> Betriebliche Räumlichkeiten am Sitz des Arbeitgebers, Zweigniederlassungen, Aussenbüros etc.

<sup>86</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 8; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 7, beide mit Verweis auf Art. 351 ff. OR.

<sup>87</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 8.

<sup>88</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 8; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 7.

<sup>89</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 6 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 2 ff.

<sup>90</sup> HIRT (FN 60), 71; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 8.

formal die Merkmale als Handelsreisender, gilt aber meines Erachtens trotzdem nicht als solcher.

Vermittelt der Arbeitnehmer auf seiner überwiegenden Reisetätigkeit Verträge oder schliesst er solche ab, spielt es keine Rolle, wenn dieser die Reisetätigkeit auch noch zu anderen Zwecken nutzt.<sup>91</sup> Auch wenn die für die Verkaufstätigkeit aufgewendete Arbeitszeit im Vergleich zur restlichen Arbeitszeit<sup>92</sup> weniger als 50% beträgt, gilt der Arbeitnehmer als Handelsreisender, obwohl die eigentliche Verkaufstätigkeit zeitlich nicht überwiegt.<sup>93</sup>

Sowohl REHBINDER/STÖCKLI<sup>94</sup> als auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH<sup>95</sup> werfen ausserdem die Frage auf, ob angesichts der heutigen Kommunikationsmittel derart formal wie bisher am Kriterium der «überwiegenden Reisetätigkeit» festgehalten werden soll.

#### 4. Vorwiegende Reisetätigkeit des Verkäufers

Aus dem Erfordernis der «vorwiegenden Reisetätigkeit»<sup>96</sup> wird allgemein geschlossen, dass kein Handelsreisendenvertrag vorliegt, wenn der Arbeitnehmer weniger als 50% seiner Arbeitszeit für den Verkauf ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten des Arbeitgebers verbringt.<sup>97</sup>

#### 5. Keine gelegentliche oder vorübergehende Tätigkeit

Eine *gelegentliche* Tätigkeit im Sinne von Art. 347 Abs. 2 OR liegt «[...] vor allem dann vor, wenn eine Person [...] von Zeit zu Zeit Geschäfte für ein Unternehmen vermittelt oder abschliesst [...]».<sup>98</sup> Nach Auffassung von REHBINDER/STÖCKLI handelt es sich dann aber um eine sporadische Tätigkeit ohne Arbeitspflicht, womit per se kein Arbeitsverhältnis besteht.<sup>99</sup> Der im Gesetz erwähnte aus-

drückliche Ausschluss einer gelegentlichen Tätigkeit ist also überflüssig.<sup>100</sup>

Heikler hingegen ist das Kriterium der *vorübergehenden* Tätigkeit.<sup>101</sup> Dieses Kriterium wurde aus dem früheren Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden<sup>102</sup> übernommen, wobei Art. 1 Abs. 3 HRAG im Wortlaut klarstellte, dass die vorübergehende Dauer der Tätigkeit *vereinbart* sein musste.<sup>103</sup> Die Notwendigkeit einer solchen Vereinbarung wurde bei der Gesetzesrevision jedoch nicht in Art. 347 Abs. 2 OR übernommen und die Botschaft ging davon aus, dass jegliche Arten einer vorübergehenden Tätigkeit das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages ausschliessen:<sup>104</sup> «*Es kommt dabei nicht darauf an, ob schon bei Abschluss des Arbeitsvertrages eine lediglich vorübergehende Tätigkeit vereinbart worden ist oder sie tatsächlich nur vorübergehend war.*»<sup>105</sup> Eine solche Einschränkung wirkt natürlich erhebliche praktische Probleme auf, da der Handelsreisendenvertrag, auch wenn er für eine längere Zeit abgeschlossen wurde, sich zu Beginn, also während einer vorübergehenden Periode, quasi in einem Schwebezustand befindet.<sup>106</sup> Aus praktischer Sicht sehr zu begrüssen, wenn auch dogmatisch nicht begründbar, ist die in der Literatur vorgeschlagene Lösung, dass die Dauer der gesetzlich vorgesehenen Probezeit von einem Monat als Obergrenze gelten soll.<sup>107</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit soll aber auch dann ein Handelsreisendenvertrag vorliegen, wenn das Arbeitsverhältnis für eine längere Periode, bspw. als unbefristeter Vertrag, eingegangen wurde, letzterer aber nach kurzer Zeit wieder gekündigt wird. «*[D]enn die Rechtssicherheit erfordert es, dass die rechtliche Qualifikation des Vertrages von Anfang an feststeht [...].*»<sup>108</sup>

<sup>91</sup> Bspw. allgemeine Kundenbetreuung, Montage, Reparaturen etc.

<sup>92</sup> Reisezeit für «Nicht-Verkauf» und Innendienst.

<sup>93</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 8, mit Verweis auf KGer GR, PKG.1970, 25.8.1970, 69 ff. und 71 ff., sowie BEAT MEYER, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss. Zürich, Zürich 1978, 8 f.

<sup>94</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 8.

<sup>95</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 3.

<sup>96</sup> Vgl. Art. 347 Abs. 2 OR.

<sup>97</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 2; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 4 ff.; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 1 ff.

<sup>98</sup> Botschaft vom 6. Dezember 1940 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden, BBl 1940 I 1317 ff. (zit. Botschaft Anstellungsverhältnis Handelsreisende), 1330.

<sup>99</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 9, mit Verweis auf das Auftrags- oder Maklerrecht.

<sup>100</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 9; HIRT (FN 60), 75.

<sup>101</sup> Vgl. Art. 347 Abs. 2 OR.

<sup>102</sup> Bundesgesetz vom 13. Juni 1941 über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden (BS 2 776), aufgehoben per 1. Januar 1972.

<sup>103</sup> «[...] oder bei deren Abschluss eine lediglich vorübergehende Tätigkeit des Reisenden vereinbart worden ist.»; vgl. auch Botschaft Anstellungsverhältnis Handelsreisende (FN 98), 1330 und 1351.

<sup>104</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 10; HIRT (FN 60), 73 f.

<sup>105</sup> Botschaft vom 25. August 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels<sup>bis</sup> des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBl 1967 II 241 ff., 409.

<sup>106</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 10; HIRT (FN 60), 73 f.; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 8.

<sup>107</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 8, mit weiteren Verweisen; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 8; HIRT (FN 60), 74.

<sup>108</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 8, mit weiteren Verweisen.

## 6. Verkauf auf fremde Rechnung

Das negative Abgrenzungsmerkmal des Verkaufs auf eigene Rechnung wird in positiver Form bereits in Art. 347 Abs. 1 OR erwähnt. Es gelten nur solche Verkäufer als Handelsreisende, welche auf *fremde Rechnung* Geschäfte abschliessen oder vermitteln. Dabei muss es sich jedoch nicht zwingend um Geschäfte handeln, welche auf Rechnung des (eigenen) Arbeitgebers lauten. Es genügt, wenn dies für ein kaufmännisches Unternehmen geschieht, welches auch ein Dritter sein kann und nicht zwingend der Arbeitgeber sein muss.<sup>109</sup> Sofern der Arbeitnehmer mit schriftlicher Bewilligung des Arbeitgebers Geschäfte auf eigene Rechnung abschliesst, untersteht eine solche Nebentätigkeit nicht den Bestimmungen des Handelsreisendenvertrages.<sup>110</sup>

Nach Auffassung von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH schliesst das Gesetz nicht aus, dass der Handelsreisende zwar auf fremde Rechnung, jedoch *in eigenem Namen* Geschäfte abschliesst oder vermittelt.<sup>111</sup> Die Vermittlung oder der Abschluss von Verträgen in eigenem Namen (aber auf fremde Rechnung) spricht also nicht gegen das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages.

## IV. Gedanken zur Vertragsgestaltung

### A. Rechtsgrundlagen im konkreten Einzelfall

Die allgemeinen, für den Handelsreisenden relevanten Rechtsgrundlagen wurden bereits aufgezeigt.<sup>112</sup> Im konkreten Fall hat der betreffende Arbeitgeber regelmässig weitere spezifische Rechtsgrundlagen zu prüfen, die für den Handelsreisenden bedeutsam sein können. Dazu gehören insbesondere:

1. (*Allgemeinverbindliche*) *Gesamtarbeitsverträge*: Unterliegt der Arbeitgeber einem (allgemeinverbindlichen) Gesamtarbeitsvertrag (GAV), ist zu klären, ob Handelsreisende vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst werden. Häufig ist dies nicht der Fall, bspw. weil Handlungsbevollmächtigte<sup>113</sup>, Arbeitnehmende im administ-

rativen Bereich<sup>114</sup> oder das kaufmännische Personal im Allgemeinen<sup>115</sup> vom Geltungsbereich des GAV ausgenommen werden.

2. *Reglemente und Weisungen des Arbeitgebers*: Gilt im Unternehmen des Arbeitgebers ergänzend zum Arbeitsvertrag ein (allgemeines) Reglement, ist zu entscheiden, ob dessen Übernahme für Handelsreisende sinnvoll ist. Häufig ist dies nicht der Fall, weil letztere aufgrund ihrer Verkaufstätigkeit ausserhalb des Unternehmens einen Sonderstatus geniessen, für welchen die in Reglementen getroffenen Vereinbarungen nicht immer sinnvoll sind.<sup>116</sup> Dies gilt umso mehr, wenn es sich nicht um ein allgemeines, sondern um ein spezifisches Arbeitsreglement handelt, wie bspw. Spesen-, Fahrzeug- oder Arbeitszeitreglement. Ebenfalls zu prüfen ist die Anwendbarkeit von schriftlich erlassenen und bekannt gegebenen Weisungen des Arbeitgebers. Auch diese sind häufig darauf ausgerichtet, dass die Arbeit im Unternehmen selbst verrichtet wird.<sup>117</sup>

3. *Allgemeine (Versicherungs-)Bedingungen*: Verfügt der Arbeitgeber über eine Krankentaggeldversicherung, wird diese in «normalen» Arbeitsverträgen oder Reglementen nicht selten in der jeweils gültigen Form als Vertragsbestandteil deklariert. Dasselbe gilt für das Reglement der Pensionskasse. Ob die Übernahme dieser Reglemente in dieser Form auch für Handelsreisende sinnvoll ist, sollte im Einzelfall geprüft werden.

### B. Verkaufsgebiet

Bei Vertragsabschluss wird dem Handelsreisenden in aller Regel ein bestimmtes Verkaufsgebiet zugewiesen.<sup>118</sup> Wie genau dieses Gebiet bestimmt bzw. abgegrenzt wird, steht vor Vertragsabschluss häufig bereits fest.<sup>119</sup> Im Zu-

<sup>109</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 347 OR N 7. Dies bedingt dann aber eine schriftliche Bewilligung des Arbeitgebers (ebd., Art. 348 OR N 1).

<sup>110</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 347 OR N 8.

<sup>111</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 2, mit weiteren Verweisen; anderer Ansicht HIRT (FN 60), 69.

<sup>112</sup> Vgl. oben II.A.

<sup>113</sup> Art. 2 Abs. 4 Bundesratsbeschluss vom 25. April 2013 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Holzbaugewerbe.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. b Bundesratsbeschluss vom 23. Januar 2014 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Schweizerische Carrossiergewerbe; Art. 2 Abs. 4 lit. b Bundesratsbeschluss vom 22. Mai 2014 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Metallgewerbe.

<sup>115</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. b Bundesratsbeschluss vom 10. Juli 2003 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die Schweizerische Betonwaren-Industrie.

<sup>116</sup> Regelungen betreffend Arbeitszeit, Pausen, Überstunden, Kurzaussetzungen, Meldepflichten, Regelungen bezüglich Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit etc.

<sup>117</sup> Bspw. Weisungen betreffend EDV, Umgang mit Betriebsmitteln, Verhalten am Arbeitsplatz etc.

<sup>118</sup> Eine geografische Aufteilung der Verkaufsgebiete ist allerdings nicht zwingend. Denkbar sind auch andere Kriterien wie bspw. Grösse des Kunden, Art der nachgefragten Produkte etc.

<sup>119</sup> Kantonale Grenzen, Sprachräume, einzelne Gemeinden oder auch selbst definierte Regionen.

sammenhang mit der Gebietszuweisung stellen sich regelmässig weitere Fragen. Auch wenn eine ausdrückliche vertragliche Regelung nicht zwingend notwendig ist, wird empfohlen, sich bei Vertragsabschluss darüber Gedanken zu machen, um allfällige Streitigkeiten zu vermeiden:

## 1. Anknüpfungspunkt

Fundamental ist zu wissen, welches Kriterium bestimmt, ob ein bestimmter Kunde dem Verkaufsgebiet des Handelsreisenden zugeordnet wird oder nicht.<sup>120</sup> Ebenfalls zu klären sind allfällige Abgrenzungsfragen. Weiter ist bspw. zu regeln, wie vorzugehen ist, wenn der Kunde eines bestimmten Verkaufsgebietes Produkte bezieht, deren Umsatz dem Verkaufsgebiet eines anderen Handelsreisenden zugerechnet werden müsste.<sup>121</sup> Ebenso kommt es nicht selten vor, dass aufgrund persönlicher Beziehungen der Handelsreisende Geschäfte ausserhalb seines Verkaufsgebietes bzw. im Verkaufsgebiet seines Kollegen abschliessen kann.

## 2. Exklusivität

Bei Vertragsabschluss ist darüber zu entscheiden, ob dem Handelsreisenden ein exklusives Verkaufsgebiet zugewiesen wird oder nicht. Wird nichts Abweichendes *schriftlich* vereinbart, gilt das zugewiesene Verkaufsgebiet als exklusiv, wobei dem Arbeitgeber selbst aber trotzdem das Recht zusteht, Geschäfte direkt mit Kunden abzuschliessen.<sup>122</sup> Aus diesem Recht entsteht dem Handelsreisenden jedoch kein finanzieller Schaden, da ihm nach Art. 349b Abs. 1 OR auch die durch den Arbeitgeber erzielten Umsätze angerechnet werden.<sup>123</sup>

Der Exklusivitätsanspruch nach Art. 349 Abs. 1 OR erstreckt sich nicht nur auf andere Handelsreisende, sondern auch auf alle übrigen Verkäufer des Arbeitgebers.<sup>124</sup>

Was als «exklusive Tätigkeit» gilt, wird nicht immer einfach zu beantworten sein. Handelt es sich um ein exklusives Verkaufsgebiet, wenn der Handelsreisende in

seinem Verkaufsgebiet exklusiv das Produkt X verkauft, seine Kollegen im gleichen Verkaufsgebiet aber auch das Produkt Y, welches ebenfalls durch den Arbeitgeber verkauft wird? Meines Erachtens ist hierbei auf die vertraglich vereinbarte Tätigkeit des Handelsreisenden abzustellen: Der Exklusivitätsanspruch umfasst alle Produkte oder Dienstleistungen, zu deren Verkauf oder Vermittlung der Handelsreisende gemäss Arbeitsvertrag befugt ist. AUBERT vertritt die Auffassung, dass der Exklusivitätsanspruch für den Arbeitgeber ein Verbot zur direkten oder indirekten Konkurrenzierung bedeutet, sei dies über weitere Arbeitnehmende (Handelsreisende) oder auch in Bezug auf die Beauftragung externer Verkäufer mittels Agenturvertrag.<sup>125</sup>

## 3. (Einseitige) Veränderung des Verkaufsgebietes

### a. Vertraglich vereinbartes Verkaufsgebiet

Wurde ein bestimmtes Verkaufsgebiet vertraglich vereinbart, stellt sich die Frage, ob und wie der Arbeitgeber dieses Verkaufsgebiet an geänderte Bedürfnisse anpassen kann. Kundenstrukturen, Kundendichte oder Kundenbedürfnisse können sich ändern, was regelmässig eine Anpassung der Gebietseinteilung und damit eine Änderung des vertraglich vereinbarten Verkaufsgebietes notwendig macht.

Vertragliche Vereinbarungen binden den Arbeitgeber, weshalb dieser im Prinzip das mit dem Handelsreisenden im Vertrag vereinbarte Verkaufsgebiet nicht einseitig anpassen darf. Solche Änderungen sind nicht zuletzt auch deshalb heikel, weil sich ein verändertes Verkaufsgebiet direkt auf die Höhe eines allfälligen Leistungslohnes auswirken wird.<sup>126</sup> Wie ist in solchen Fällen vorzugehen?<sup>127</sup>

Erstens bedarf es keiner weiteren Ausführungen, dass eine Anpassung des Verkaufsgebietes in Form der einvernehmlichen Vertragsänderung jederzeit und ohne weiteres möglich ist.<sup>128</sup> Vielleicht wäre zu überlegen, ob in solchen

<sup>120</sup> Sitz des Kunden gemäss Handelsregister? Ort der Büroräumlichkeiten? Sitz der Muttergesellschaft (Firmengruppe), der juristischen Person als Vertragspartei (Tochtergesellschaft) oder der Zweigniederlassung? Lieferort der Ware (bspw. Baustelle)? Der Ort, wo das Projekt realisiert wird (womöglich im Ausland)?

<sup>121</sup> Wenn bspw. ein Kunde für eine Drittfirma bestellt oder ein Projekt in einem anderen Verkaufsgebiet realisiert.

<sup>122</sup> Art. 349 Abs. 1 OR.

<sup>123</sup> Dass diese Regelung dispositiver Natur ist, ist insofern unbedeutend, als die Exklusivität ja ohnehin vertraglich wegbedungen oder umgestaltet werden kann.

<sup>124</sup> Verkauf im Innendienst etc.; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 349 OR N 2.

<sup>125</sup> AUBERT (FN 9), N 1231, mit Verweis auf BK-REHBINDER und ZK-STAEHELIN/Vischer[andere Autoren?].

<sup>126</sup> Vgl. Art. 322b OR; Art. 349b OR.

<sup>127</sup> Vgl. allgemein zur Thematik der (einseitigen) Vertragsanpassung CONRADIN CRAMER, Die Anpassung von Arbeitsverträgen mit und ohne Änderungskündigung – Möglichkeiten für die Implementierung geänderter Arbeitsbedingungen, in: Eva-Maria Bani/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 129 ff.

<sup>128</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 349 OR N 4, mit dem Hinweis, dass die Änderung der Exklusivität der Schriftform bedarf (vgl. Art. 349 Abs. 1 OR); BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 349 OR N 4; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 349 OR N 3; AUBERT (FN 9), N 1247.

Fällen diejenigen Grenzen einzuhalten sind, welche Literatur und Rechtsprechung zu den Aufhebungsverträgen entwickelt haben.<sup>129</sup> Immerhin hängt bei einer leistungsorientierten Entlohnung das Einkommen des Handelsreisenden direkt vom Verkaufsgebiet oder dem Kundenkreis ab, womit sich der Lohn als Gegenleistung für die geleistete Arbeit stark reduzieren kann.

Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber dieses Problem erkannte und dazu in Art. 349 Abs. 2 OR eine ausdrückliche Regelung erliess. Demgemäss darf der Arbeitgeber das vertraglich festgelegte Verkaufsgebiet oder den vertraglich definierten Kundenkreis einseitig abändern, wenn ein begründeter Anlass eine solche Änderung vor Ablauf der Kündigungsfrist notwendig macht; jedoch bleiben Entschädigungsansprüche des Handelsreisenden vorbehalten wie auch das Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund.<sup>130</sup> Zu dieser Regelung vertreten REHBINDER/STÖCKLI die Auffassung, dass vorgängig zwingend eine Änderungskündigung des Handelsreisendenvertrages zu erfolgen hat und Art. 349 Abs. 2 OR nur zum Ausdruck bringt, dass diese Änderung, im Unterschied zur Änderungskündigung, noch vor Ablauf der Kündigungsfrist durch den Arbeitgeber einseitig in Kraft gesetzt werden kann.<sup>131</sup> STAEHELIN erachtet eine Änderungskündigung nicht als zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 349 Abs. 2 OR, räumt aber ein: *«Eine solche [Änderungs-]Kündigung wird freilich der einseitigen Abänderung des Tätigkeitsbereiches regelmässig folgen, da deren Auswirkungen zeitlich bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist begrenzt sind.»*<sup>132</sup> Gemeinsam ist den beiden Lehrmeinungen, dass trotz des einseitigen Rechts zur Anpassung des Reisegebietes nach Art. 349 Abs. 2 OR das Aussprechen einer Änderungskündigung notwendig ist, sofern diese Änderung über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus gelten soll.<sup>133</sup> Einer Änderungskündigung bedarf es in jedem Fall. Eine sofortige einseitige Anpassung ist nur in «begründeten Fällen» möglich,<sup>134</sup> wobei für die Frage, wann ein begründeter Fall vorliegt, auf Art. 340c Abs. 2 OR<sup>135</sup> oder Art. 336 Abs. 2 lit. b OR<sup>136</sup>

verwiesen wird.<sup>137</sup> Vorbehalten bleiben nach Art. 349 Abs. 2 OR zudem die Entschädigungsansprüche des Handelsreisenden<sup>138</sup> und das Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses.<sup>139</sup> Diese Rechte stehen dem Arbeitnehmer auch dann zu, wenn ein «begründeter Anlass» zur sofortigen Anpassung des Reisegebietes vorlag.<sup>140</sup> Zusammenfassend ergibt sich somit, dass Art. 349 Abs. 2 OR einem Arbeitgeber nur marginal zusätzliche Rechte verleiht: Er darf das vertraglich vereinbarte Reisegebiet sofort einseitig anpassen, dies aber nur aus begründetem Anlass. Kann er sich auf einen begründeten Anlass berufen, begeht er zwar keine Vertragsverletzung, wird aber trotzdem schadenersatzpflichtig gegenüber dem Arbeitnehmer, sofern dem Handelsreisenden aus dieser Vertragsänderung eine Lohneinbusse entsteht.

Eine dritte Möglichkeit zur Anpassung des vertraglich vereinbarten Verkaufsgebietes ist das Aussprechen einer Änderungskündigung. Die Zulässigkeit dieses Gestaltungsrechts ist unbestritten.<sup>141</sup> Es hat allerdings den Nachteil, dass die Änderung erst nach Ablauf der Kündigungsfrist in Kraft tritt, dass unter Umständen Sperrfristen einzuhalten sind<sup>142</sup> und eine Änderungskündigung auch missbräuchlich sein kann<sup>143</sup>. *«Eine Änderungskündigung ist gültig und auch nicht missbräuchlich, sofern der Arbeitgeber formell richtig verfährt, namentlich die Kündigungsfrist einhält, und das Vorgehen nicht zur Durchsetzung von unbilligen Änderungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen missbraucht, für die weder marktbedingte noch betriebliche Gründe bestehen [...]»*<sup>144</sup>

Viertens ist das Instrument der Teilkündigung zu erwähnen, welches auch im Arbeitsvertragsrecht zulässig ist, sofern eine solche Möglichkeit vertraglich vorgesehen wurde.<sup>145</sup> Der Vorteil einer solchen Vertragsabrede liegt darin, dass die Kündigung des Vertragsgebietes als Teilkündigung in Abweichung zur Kündigung des gesamten

<sup>129</sup> Vgl. dazu bspw. MARCO KAMBER, Die Aufhebungsvereinbarung im Arbeitsvertragsrecht, ArbR 2013, 43 ff., passim.

<sup>130</sup> Vgl. Art. 349 Abs. 2 OR.

<sup>131</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 349 OR N 4.

<sup>132</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 349 OR N 4, a.E.

<sup>133</sup> Gleicher Meinung wohl auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 349 OR N 4.

<sup>134</sup> Vgl. Art. 349 Abs. 2 OR.

<sup>135</sup> Dahinfallen des Konkurrenzverbotes bei Kündigung mit oder ohne «begründeten Anlass».

<sup>136</sup> Kündigung eines Arbeitnehmervertreters aus «begründetem Anlass».

<sup>137</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 349 OR N 4; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 349 OR N 4; AUBERT (FN 9), N 1253.

<sup>138</sup> Vgl. dazu AUBERT (FN 9), N 1255 ff.

<sup>139</sup> Vgl. dazu AUBERT (FN 9), N 1259 ff.

<sup>140</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 349 OR N 5.

<sup>141</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 349 OR N 4; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 349 OR N 4; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 349 OR N 4; AUBERT (FN 9), N 1246.

<sup>142</sup> Art. 336c OR.

<sup>143</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 349 OR N 4, mit Verweis auf die Kommentierung in Art. 335 OR N 3 und Art. 336 OR N 4; BGer, 4C.398/1999, 8.2.2000.

<sup>144</sup> BGer, 4C.398/2001, 6.6.2002, mit Verweis auf BGE 123 III 246 E. 3b und BGE 125 III 70 E. 2a.

<sup>145</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 335 OR N 3; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 335 OR N 8; zurückhaltend BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 335 OR N 5; BGer, 4C.398/2001, 6.6.2002, E. 2.2.1.

Arbeitsvertrages mit einer kürzeren Frist von bspw. einem Monat<sup>146</sup> vorgesehen werden kann. Damit eröffnet sich die Möglichkeit, dass sich auch bei langjährigen Mitarbeitenden mit längeren Kündigungsfristen das Verkaufsgebiet innert Monatsfrist anpassen lässt. Aber auch diese Option hat nicht nur Vorteile. «Die Teilkündigung untersteht den gleichen Regeln wie die ordentliche Kündigung. Namentlich sind die Kündigungsfristen (Art. 335a ff. OR) einzuhalten und ist der Kündigungsschutz (Art. 336 ff. OR) zu beachten.»<sup>147</sup> Macht bspw. eine längere Arbeitsunfähigkeit des Handelsreisenden infolge eines Unfalls die Anpassung des Verkaufsgebietes notwendig, ist die Teilkündigung des Handelsreisendenvertrages während der Sperrfrist ausgeschlossen.<sup>148</sup> Zudem hat eine Teilkündigung des Verkaufsgebietes lediglich zur Folge, dass dieser Teil des Arbeitsvertrages «endet», sich die Vertragsparteien also quasi im luftleeren Raum befinden. Die Zuweisung eines neuen Verkaufsgebietes bedarf der Zustimmung durch den Handelsreisenden. Insofern bedingt die Anpassung des Verkaufsgebietes keine Teilkündigung, sondern eine *Teiländerungskündigung*, welche der Arbeitnehmer ablehnen kann. Tut er dies, obliegt es dem Arbeitgeber, mit Verhandlungen oder der Kündigung des gesamten Arbeitsvertrages darauf zu reagieren. Andernfalls besteht ein Arbeitsverhältnis ohne definiertes Verkaufsgebiet, und es stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber in Annahmeverzug<sup>149</sup> gerät, wenn der Handelsreisende mangels zugewiesenen Kunden seine Tätigkeit nicht ausüben kann.

Fünftens lässt sich fragen, ob in den Handelsreisendenvertrag der Hinweis aufgenommen werden darf, dass dem Arbeitgeber das jederzeitige Recht zur Anpassung des Verkaufsgebietes zusteht.<sup>150</sup> Es geht also um eine Vertragsklausel mit dem Recht zur einseitigen Vertragsänderung. Zur Zulässigkeit einseitiger Anpassungsklauseln äusserte sich das Bundesgericht im Zusammenhang mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen eines Versicherungsvertrages wie folgt:

«Rechnen die Parteien bei Vertragsabschluss mit künftigen Ereignissen, können sie für diesen Fall eine Anpassung vertraglich vorsehen. Dadurch wird der einen Partei das (Gestaltungs-) Recht eingeräumt, vom Prinzip der Vertragstreue abzuweichen und einseitig die Vertragsbestimmungen zu ändern. Damit Anpassungsklauseln aber überhaupt gültig sind, müssen regelmässig sowohl das erwartete Ereignis als auch der Umfang der Anpassung vertraglich bestimmt werden; denn ein Vertrag kommt

nur zustande, wenn Leistungsinhalt sowie -umfang mindestens bestimmbar sind und so auch erfüllt werden können [...]. Ein undefiniertes Gestaltungsrecht zur einseitigen Abänderung vertraglicher Leistungspflichten widerspräche der Natur und dem Zweck des Vertrags, mit dem Rechte und Pflichten jeder Vertragspartei gerade definiert werden sollen.»<sup>151</sup>

Wie bereits erwähnt,<sup>152</sup> verändert die Anpassung des Verkaufsgebietes in aller Regel unmittelbar auch das Einkommen des Handelsreisenden, wenn ein Leistungslohn vereinbart wurde. Insofern liegt die Problematik einseitiger Anpassungsklauseln darin, dass der Arbeitgeber über die Definition des Verkaufsgebietes auch die Lohnhöhe des Arbeitnehmers einseitig beeinflussen kann. Dass dies durch den Gesetzgeber so nicht gewünscht ist, ergibt sich aus Art. 349 Abs. 2 OR.<sup>153</sup> Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass Art. 349 Abs. 2 OR dispositiv ist. STAEHELIN vertritt die Auffassung, dass Vereinbarungen zulässig sind, «[...] welche die Befugnis des Arbeitgebers zur einseitigen Änderung des Tätigkeitskreises erweitern, gänzlich ausschliessen oder an vom Gesetz abweichende Bedingungen knüpfen».<sup>154</sup> Dieser Meinung ist sicherlich zuzustimmen, wenn der Lohn des Handelsreisenden ganz oder überwiegend aus einem monatlichen Fixgehalt besteht, dieses sich bei einer Anpassung des Verkaufsgebietes also überhaupt nicht oder nur unwesentlich reduziert. Ebenfalls unproblematisch ist eine Neugestaltung des Verkaufsgebietes natürlich, wenn dem Arbeitnehmer daraus ein höheres Einkommen resultiert.<sup>155</sup> Meines Erachtens ist ein einseitiges Anpassungsrecht umso heikler, je höher eine damit einhergehende Lohnreduktion ausfällt oder ausfallen kann. Im Handelsreisendenvertrag findet

<sup>151</sup> BGE 135 III 1 E. 2.5.

<sup>152</sup> Vgl. oben die Bemerkungen im Haupttext bei FN 126.

<sup>153</sup> Bei einer sofortigen, einseitigen Anpassung des Verkaufsgebietes steht dem Handelsreisenden selbst dann ein Schadenersatzanspruch zu, wenn die Anpassung aus begründetem Anlass erfolgte. Dies ist m.E. ein Anwendungsfall des bei VON KAENEL erwähnten Ansatzes, wonach eine solche Regelung dem Schutzzweck der zwingenden Kündigungsfristen widerspricht und daher als Gesetzesumgehung zu betrachten ist (vgl. ADRIAN VON KAENEL, Einseitige Veränderungsrechte des Arbeitgebers, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (Hrsg.), *Regards croisés sur le droit du travail*, Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zürich 2015, 331 ff., 339 f.).

<sup>154</sup> ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 349 OR N 6; gleicher Meinung STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 349 OR N 7, und BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 349 OR N 6.

<sup>155</sup> Diesbezüglich ist dann die Frage zu stellen, ob ein höheres Einkommen sofort resultieren muss oder sich auch erst im Laufe der Zeit realisieren kann. Und dies wiederum endet in der Diskussion, ob ein allfälliges, sich nicht realisiertes Einkommen auf die Veränderung des Verkaufsgebietes oder eine mangelhafte Arbeitsleistung des Handelsreisenden zurückzuführen ist (vgl. dazu anschaulich BGer, 4A\_68/2008, 10.7.2008, E. 3.2).

<sup>146</sup> Art. 335c Abs. 2 OR.

<sup>147</sup> BGer, 4C.398/2001, 6.6.2002, E. 2.2.1.

<sup>148</sup> Art. 336c OR.

<sup>149</sup> Art. 324 OR.

<sup>150</sup> Bspw. «Die Arbeitgeberin behält sich vor, das Verkaufsgebiet an die geänderten Bedürfnisse anzupassen.»

sich Art. 349a Abs. 2 OR als Schutznorm, welche verhindert, dass der Arbeitnehmer keinen angemessenen Lohn erzielt, wenn er ausschliesslich oder vorwiegend mittels Provisionen entschädigt wird. Insofern liesse sich die Zulässigkeit eines vertraglich vereinbarten Anpassungsrechts damit begründen, dass Art. 349 Abs. 2 OR dispositiver Natur ist und das Einkommen des Handelsreisenden durch Art. 349a Abs. 2 OR geschützt wird. Eine generelle Grenze in solchen Fällen setzt Art. 27 ZGB, wonach sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Im Bereich der wirtschaftlichen Persönlichkeitsbeschränkung gehen nach Ansicht von VON KAENEL die Gerichte nur mit Zurückhaltung von einer unzulässigen Beschränkung aus.<sup>156</sup> Das Bundesgericht betrachtet eine Selbstbindung dann als unzulässig, wenn sich der Verpflichtende damit der Willkür der anderen Vertragspartei ausliefert.<sup>157</sup> Trotzdem erachtet es auch im Arbeitsvertragsrecht einseitige Abänderungsklauseln als grundsätzlich zulässig, insbesondere auch in Bezug auf den Lohn,<sup>158</sup> wogegen nach VON KAENEL die «wichtigen Elemente» eines Arbeitsvertrages, insbesondere auch Lohnbestimmungen, einem einseitigen Abänderungsrecht nicht zugänglich sind.<sup>159</sup>

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang schliesslich die Formvorschrift von Art. 349 Abs. 1 OR: Wird dem Handelsreisenden ein Verkaufsgebiet zugewiesen, gilt die Vermutung der Exklusivität, sofern nicht *schriftlich* eine abweichende Vertragsabrede getroffen wird. Insofern drängt sich bei Anpassungen die Schriftform auf, wenn dem Handelsreisenden ein neues, nicht exklusives Verkaufsgebiet zugewiesen wird.

#### b. Zuteilung des Verkaufsgebietes via Weisung des Arbeitgebers?

Kann sich der Arbeitgeber vertraglich vorbehalten, die Zuteilung des Verkaufsgebietes einseitig anzuordnen? In diesem Fall wäre das Verkaufsgebiet nicht vertraglich vereinbart, sondern würde durch den Arbeitgeber gestützt auf sein Weisungsrecht<sup>160</sup> definiert. In diesem Zusammenhang sind meines Erachtens zwei Problemfelder zu beachten:

<sup>156</sup> VON KAENEL (FN 153), 337.

<sup>157</sup> VON KAENEL (FN 153), 337, u. a. mit Verweis auf BGE 123 III 337 E. 5 und BGE 138 III 322 E. 4.3.2.

<sup>158</sup> BGer, 4A\_552/2013, 4.3.2014, E. 4.1: «L'employeur ne peut réduire unilatéralement le salaire du travailleur sans que celui-ci ne donne son accord ou qu'une clause contractuelle le permette [...]» (mit Verweis auf BGer, 4A\_608/2009, 25.2.2010, E. 3.1.).

<sup>159</sup> VON KAENEL (FN 153), 338.

<sup>160</sup> Art. 321d OR.

Wie bereits erwähnt,<sup>161</sup> liegt die Problematik einer Anpassung des Verkaufsgebietes in einer damit einhergehenden Lohnreduktion, falls mit dem Handelsreisenden ein Leistungslohn vereinbart wurde. Meines Erachtens können für diese Diskussion daher die vorangehend gemachten Ausführungen zum vertraglich vorbehaltenen Recht einer einseitigen Anpassung des Verkaufsgebietes unmittelbar übernommen werden.<sup>162</sup>

Eine Änderung des Verkaufsgebietes hat zur Folge, dass der Handelsreisende in einer anderen Region seinen Verkaufsbemühungen nachgeht. Auch wenn die Bestimmung eines Arbeitsortes besonders bei Handelsreisenden nicht immer möglich ist,<sup>163</sup> lässt sich fragen, ob die diesbezüglichen Grundsätze analog beigezogen werden können.<sup>164</sup> Dies bedeutet einerseits, dass kein Weisungsrecht besteht, wenn das Verkaufsgebiet vertraglich festgelegt wurde, was in solchen Fällen eine vertragliche Schranke darstellt.<sup>165</sup> Zweitens unterliegt eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Arbeitgeber das Verkaufsgebiet und damit den «Arbeitsort» bestimmt, den Grenzen von Art. 27 ZGB.<sup>166</sup> Bei ganzlichem Fehlen einer vertraglichen Regelung ist die Situation unklar: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH verweisen (mit kritischer Würdigung) auf den Entscheid eines Genfer Gerichts, welches von der Zulässigkeit einer solchen Weisung ausging.<sup>167</sup> Wie verhält sich diese Betrachtungsweise zu Art. 349 Abs. 2 OR, welcher dem Arbeitgeber ausdrücklich das Recht zugesteht, selbst ein vertraglich vereinbartes Verkaufsgebiet einseitig abzuändern? Meines Erachtens führt Art. 349 Abs. 2 OR zu einer zusätzlichen Einschränkung: Zur Rechtslage im Zusammenhang mit der einseitigen Änderung des Arbeitsortes bei analoger Anwendung dieser Grundsätze kommen die Anforderungen von Art. 349 Abs. 2 OR hinzu, soweit dies nicht anderweitig vereinbart wurde.<sup>168</sup> Diese Bestimmung regelt nur die Rechtslage während der Kündigungsfrist, verlangt dafür einen begründeten Anlass und erklärt zusätzlich den Vorbehalt der Rechte des Handelsreisenden.

Zusammenfassend darf meines Erachtens festgestellt werden, dass eine einseitige Anpassung des Verkaufsge-

<sup>161</sup> Vgl. oben die Bemerkungen im Haupttext bei FN 126.

<sup>162</sup> Vgl. vorangehend IV.B.3.a.

<sup>163</sup> Vgl. dazu unten IV.H.1.

<sup>164</sup> Vgl. zu den Schranken des Weisungsrechts in Bezug auf den Arbeitsort STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 321d OR N 3.

<sup>165</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 321d OR N 3.

<sup>166</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 321d OR N 3, mit weiteren Verweisen.

<sup>167</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 321d OR N 3, mit Verweis auf CA GE in JAR 2008 376 E.4.6., und insb. 380.

<sup>168</sup> Art. 349 Abs. 2 OR ist dispositiver Natur.

bietes via Weisung unproblematisch sein dürfte, wenn dies ohne wesentliche Auswirkungen auf das Einkommen des Handelsreisenden bleibt. Wieweit längere Fahrzeiten ein Problem darstellen, ist fraglich: Erstens ist der Handelsreisende per se auf Reisen. Im Unterschied zum «normalen» Arbeitnehmer gilt diese Reisezeit aber nicht als unbezahlter Arbeitsweg, welcher zusätzlich zur ordentlichen Arbeitszeit geleistet werden muss. Unproblematisch ist meines Erachtens eine einseitige Änderung des Verkaufsgebietes durch Hinzufügen von Randgebieten oder eine Verkleinerung des Verkaufsgebietes zwecks besserer Abdeckung und Betreuung von Kunden. Sofern solche Änderungen keine Einkommensreduktion mit sich bringen, wird wohl auch ein damit einhergehender grösserer Reiseaufwand zumutbar sein.

## C. Kompetenzen

### 1. Vermittlung von Geschäften oder Abschlussvollmacht?

Art. 347a Abs. 1 lit. b OR gebietet, dass die Frage der Bevollmächtigung des Handelsreisenden im schriftlichen Vertrag zu regeln ist. Dazu gehört insbesondere die Frage, ob der Handelsreisende nur zur Vermittlung oder auch zum Abschluss von Verträgen befugt ist. Wird keine schriftliche Vereinbarung getroffen, ist der Handelsreisende nur zur Vermittlung, nicht aber zum Abschluss von Geschäften befugt.<sup>169</sup>

Die schriftlich erteilte Ermächtigung zum Abschluss von Verträgen stellt eine Vertragsvereinbarung dar, womit diese an sich nicht einseitig geändert werden kann. Dies steht im Widerspruch zu Art. 34 OR, wonach Vollmachten jederzeit widerrufbar sind und auf das Widerrufsrecht im Voraus nicht verzichtet werden darf. Dem war sich der Gesetzgeber bewusst, weshalb die Vorgängernorm zu Art. 348b OR, Art. 7 Abs. 3 HRAG, die jederzeitige Widerrufbarkeit der Vollmacht ausdrücklich erwähnte.<sup>170</sup> Ein solcher Vorbehalt findet sich im nun geltenden Art. 348b OR nicht mehr, und trotzdem wird die Meinung vertreten, dass auch eine schriftlich vereinbarte Abschlussvollmacht durch den Arbeitgeber jederzeit rechtsgültig widerrufen werden kann.<sup>171</sup> Wie sich dieser Widerspruch begründen lässt, versuchen REHBINDER/STÖCKLI zu erklären. Sie gehen davon aus, dass die vertragliche Vereinbarung zur

Vermittlung oder zum Abschluss von Geschäften<sup>172</sup> keine Bevollmächtigung darstellt, sondern lediglich eine Abrede betreffend den Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung. Die dazu notwendige und jederzeit widerrufbare Bevollmächtigung ist eine separate Erklärung durch den Arbeitgeber und hat ebenfalls schriftlich zu erfolgen.<sup>173</sup> Dieser Ansatz löst das Problem meines Erachtens nur teilweise: Art. 348b Abs. 1 OR schreibt nämlich vor, dass die *Ermächtigung* zum Abschluss von Geschäften einer schriftlichen *Vereinbarung* bedarf. Wenn eine solche Ermächtigung vertraglich vereinbart werden muss, impliziert dies meines Erachtens auch eine entsprechende Vollmacht. Kommt hinzu, dass in der Praxis eine – zusätzlich zum schriftlichen Handelsreisendenvertrag – separate, schriftlich abgefasste und unterzeichnete Vollmacht nicht allzu häufig anzutreffen sein wird. Eine Lösung aus diesem Dilemma wäre vielleicht, dass im Handelsreisendenvertrag keine bedingungslose Kompetenz zum Vertragsabschluss vereinbart, sondern zusätzlich ein entsprechendes Widerrufsrecht aufgenommen wird.<sup>174</sup>

Ist der Handelsreisende zum Abschluss von Verträgen ermächtigt, ergibt sich der Umfang seiner Bevollmächtigung aus Art. 348b Abs. 2 OR. Der Handelsreisende darf alle Rechtshandlungen vornehmen, «[...] welche die Ausführung dieser Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt; jedoch darf er ohne besondere Ermächtigung Zahlungen von Kunden nicht entgegennehmen und keine Zahlungsfristen bewilligen.»<sup>175</sup> Zur Zulässigkeit einzelner Geschäfte sei auf die entsprechende Literatur verwiesen.<sup>176</sup> Darauf hinzuweisen ist, dass sich der erste Halbsatz dieser Bestimmung weitgehend mit der Handlungsvollmacht nach Art. 462 OR deckt.<sup>177</sup> Insofern bietet es sich an, bei allfälligen Abgrenzungsfragen Literatur und Rechtsprechung zu Art. 462 Abs. 1 OR beizuziehen. Es gibt jedoch auch Unterschiede: Art. 348 Abs. 2 OR zweiter Halbsatz stellt klar, dass der Handelsreisende ohne besondere Ermächti-

<sup>169</sup> Art. 348b Abs. 1 OR.

<sup>170</sup> Vgl. Botschaft Anstellungsverhältnis Handelsreisende (FN 98), 1337 und 1353; vgl. auch BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 348b OR N 4.

<sup>171</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 348b OR N 4; ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 348b OR N 6.

<sup>172</sup> Vgl. Art. 348b Abs. 1 OR.

<sup>173</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 348b OR N 4.

<sup>174</sup> Bspw. «Der Handelsreisende ist zum Abschluss von Verträgen befugt, vorbehalten bleibt der Widerruf dieser Bevollmächtigung durch den Arbeitgeber.» oder «Der Arbeitgeberin steht das Recht zu, die Kompetenz zum Vertragsabschluss zu entziehen, ein solcher Widerruf hat schriftlich zu erfolgen.»

<sup>175</sup> Art. 348b Abs. 2 OR.

<sup>176</sup> Vgl. ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 348b OR N 3 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 348b OR N 3 und 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 348b OR N 4.

<sup>177</sup> Art. 348b Abs. 2 OR: «[...] alle *Rechtshandlungen*, welche die *Ausführung dieser Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt*»; Art. 462 Abs. 1 OR: «[...] alle *Rechtshandlungen*, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die *Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt*» (Hervorhebung hinzugefügt).

gung Zahlungen von Kunden nicht entgegennehmen und keine Zahlungsfristen bewilligen darf. Zu diesem Thema äussert sich Art. 462 OR nicht, erwähnt jedoch in Absatz 3 die fehlende Kompetenz zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, Aufnahme von Darlehen und Prozessführung, sofern eine solche Befugnis nicht ausdrücklich erteilt wird.<sup>178</sup> Im Unterschied zur Prokura<sup>179</sup> lassen sich weder die Handlungsvollmacht<sup>180</sup> noch die Vollmacht des Handelsreisenden zum Abschluss von Verträgen im Handelsregister eintragen.

Ergänzend bleibt zu erwähnen, dass der Handelsreisende die Geschäfte im Namen des Vertretenen und auf fremde Rechnung abschliesst.<sup>181</sup> Es handelt sich um eine Stellvertretung im Sinne von Art. 32 ff. OR, womit auch die damit einhergehenden Modalitäten und Rechtsfolgen zu beachten sind,<sup>182</sup> insbesondere wenn eine Vollmacht beschränkt oder gar widerrufen wird.<sup>183</sup>

## 2. Weitere Kompetenzen

Neben der Vollmacht zum Vertragsabschluss richten sich die weiteren Kompetenzen primär nach den Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers.<sup>184</sup> Im Handelsreisendenrecht finden sich jedoch diverse Tatbestände, welche eine ausdrückliche, zum Teil schriftliche Regelung verlangen.<sup>185</sup>

Selbstverständlich steht es dem Arbeitgeber offen, die Kompetenzen des Handelsreisenden nach den eigenen Bedürfnissen auszugestalten bzw. zu definieren. Meines Erachtens empfiehlt es sich diesbezüglich, solche Aspekte nicht im (verbindlichen) Arbeitsvertrag zu regeln, sondern in einer (einseitig abänderbaren) Stellenbeschreibung<sup>186</sup> oder einer Weisung. Zu den einzelnen Kompeten-

zen wie der Entgegennahme von Mängelrügen, Abgabe von Erklärungen etc. sei auf die entsprechende Literatur verwiesen.<sup>187</sup>

Es ist darauf zu achten, dass der Handelsreisende nicht mit der Abwicklung von Geschäften betraut wird. Andernfalls gilt er nicht mehr als solcher, sondern als «normaler» Arbeitnehmer.<sup>188</sup>

## D. Pflichten

### 1. Allgemeine Bemerkungen

Die Pflichten eines Handelsreisenden finden sich zum Teil im Gesetz<sup>189</sup> und ergeben sich auch aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitsvertragsrechts<sup>190</sup>. Wie bei den Kompetenzen ist auch hier danach zu fragen, ob die Pflichten des Handelsreisenden schriftlich zu vereinbaren sind<sup>191</sup> oder im Stellenbeschrieb oder einer Weisung definiert werden können. Auch hier ist darauf zu achten, dass keine Pflichten vereinbart werden, welche den Handelsreisendenvertrag zu einem gewöhnlichen Einzelarbeitsvertrag machen.<sup>192</sup>

### 2. Zuweisung anderer zumutbarer Arbeiten

#### a. Vertragsvereinbarung oder Weisungsrecht?

Häufig findet sich im schriftlichen Vertrag die Kompetenz des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer bei Bedarf auch andere, ihm zumutbare Arbeiten zuweisen zu dürfen. Ein solcher Anspruch besteht gestützt auf das Weisungsrecht auch ohne vertragliche Abrede mindestens dann, wenn dringende betriebliche Bedürfnisse dies erfordern.<sup>193</sup> Nach Auffassung von REHBINDER/STÖCKLI schliesst eine solche Vertragsabrede im Unterschied zum Weisungsrecht aus, dass dem Arbeitnehmer bei Zuweisung einer vorübergehenden höherwertigen Arbeitstätigkeit eine Lohnerhöhung zusteht.<sup>194</sup>

#### b. Der stille Tod des Handelsreisendenvertrages

Wie eingangs aufgezeigt, definiert sich der Handelsreisendenvertrag über diverse positive und negative Wesens-

tragsbestandteil deklariert wird und damit nicht einseitig angepasst werden kann.

<sup>178</sup> Vgl. ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 348b OR N 2; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 348b OR N 3.

<sup>179</sup> Vgl. zu diesem negativen Abgrenzungsmerkmal oben III.B.1.

<sup>180</sup> Vgl. Art. 348 f. OR.

<sup>181</sup> Art. 321 ff. OR.

<sup>182</sup> Bspw. 348a Abs. 2 OR (Haftung für Delkredere).

<sup>183</sup> Vgl. oben die Bemerkungen zu FN 188.

<sup>184</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 321d OR N 3.

<sup>185</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 321 OR N 7.

<sup>178</sup> Das Gesetz verlangt nur eine ausdrückliche, nicht aber *schriftliche* Bevollmächtigung.

<sup>179</sup> Vgl. Art. 458 Abs. 2 OR.

<sup>180</sup> BSK OR I-WATTER, Art. 462 N 3, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015.

<sup>181</sup> Dies wird in der Regel der Arbeitgeber sein, was jedoch nicht zwingend ist (vgl. oben III.B.6.).

<sup>182</sup> Vgl. insbesondere Art. 33 Abs. 2 und 3 OR; Art. 34 Abs. 3 OR; Art. 35 oder Art. 38 OR.

<sup>183</sup> Vgl. bspw. ZK-STAEHELIN (FN 13), Art. 348b OR N 6, oder BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 348 OR N 7 und Art. 348b OR N 2.

<sup>184</sup> Art. 321d OR.

<sup>185</sup> Besondere Ermächtigung zur Entgegennahme von Zahlungen oder Gewährung von Zahlungsfristen (Art. 348b Abs. 2 OR); Vermittlung oder Abschluss von Geschäften auf eigene Rechnung oder eines Dritten (Art. 348 Abs. 1 OR).

<sup>186</sup> Dies bedingt selbstredend, dass im schriftlichen Arbeitsvertrag die Stellenbeschreibung nicht als womöglich noch integrierender Ver-

merkmale.<sup>195</sup> Eine alternative oder zusätzliche Tätigkeit eines Aussendienstmitarbeiters birgt die Gefahr, dass es deshalb zu einer Umqualifizierung der Vertragsart kommt und der Arbeitnehmer damit nicht mehr als Handelsreisender im Sinne von Art. 347 ff. OR gilt.

Dies ist in Bezug auf das Handelsreisendenvertragsrecht<sup>196</sup> selbst mindestens dann nicht allzu kritisch, wenn die Rechte und Pflichten, namentlich die Entlohnung, im Vertrag selbst ausführlich geregelt wurden. Sehr viel schwerer wiegt allerdings, dass der Arbeitnehmer durch den Verlust seines Status als Handelsreisender den Vorschriften des Arbeitsgesetzes untersteht und damit insbesondere sämtliche öffentlich-rechtlichen Vorschriften bezüglich Arbeitszeit und deren Erfassung einzuhalten sind.<sup>197</sup> Kommt hinzu, dass damit auch die wöchentlichen Höchstarbeitszeiten<sup>198</sup> verbindlich sind und dem vermeintlichen Handelsreisenden daraus ein Anspruch auf Kompensation oder Auszahlung von Überzeitanträgen entsteht.<sup>199</sup>

Ob und allenfalls wann eine solche Vertragsmutation stattfindet, ist weitgehend ungeklärt.<sup>200</sup> Steht die Qualifikation der Vertragsart zur Diskussion, bietet es sich an, vorab auf das zur Diskussion stehende Abgrenzungskriterium abzustellen.<sup>201</sup> Nicht selten wird dies aber nicht zu einer definitiven Antwort führen und zwar insbesondere dann nicht, wenn bei ausschliessenden Tätigkeiten nicht auf einen bestimmten Stichtag abgestellt, sondern auch die historische Entwicklung mitberücksichtigt werden soll. Dies ist meines Erachtens deshalb zwingend, weil andernfalls unangemessene Ergebnisse resultieren.<sup>202</sup>

Ebenso ungeklärt sind die Rechtsfolgen, wenn ein Handelsreisendenvertrag nur vorübergehend, bspw. während zwei oder drei Monaten, zum Einzelarbeitsvertrag mutiert und anschliessend wieder zurück. Wie ist in solchen Fällen zu verfahren?

Meines Erachtens sollte eine Umqualifizierung nur mit Zurückhaltung angenommen werden.<sup>203</sup> Geht der Aussendienstmitarbeiter nur vorübergehend Tätigkeiten nach, die einem Handelsreisendenvertrag entgegenstehen, sollte dies nicht umgehend zum Wegfall der Anwendbarkeit von Art. 347 ff. OR führen.<sup>204</sup> Ausserdem wäre zu überlegen, ob in Fällen einer solchen «verbotenen Tätigkeit» auf diejenige Dauer abzustellen ist, wie sie beim Merkmal der «nicht vorübergehenden Tätigkeit» gefordert wird.<sup>205</sup>

### 3. Gesetzlich geregelte Pflichten

Im Unterschied zum allgemeinen Arbeitsvertragsrecht<sup>206</sup> finden sich im Handelsreisendenrecht ganz konkrete Pflichten des Arbeitnehmers.<sup>207</sup> Hierbei handelt es sich teilweise um dispositives Recht,<sup>208</sup> womit die Vertragsparteien über den notwendigen Handlungsspielraum verfügen, um im Vertrag ihre eigenen Bedürfnisse abzubilden. Konkret erwähnt sind:

- die Pflicht zum Besuch der Kundschaft in der vom Arbeitgeber vorgeschriebenen Art und Weise<sup>209</sup> sowie das Verbot zur Vermittlung oder zum Abschluss von Geschäften auf eigene Rechnung oder Rechnung Dritter;
- die Pflicht zur Einhaltung der arbeitgeberseitigen Vorgaben bezüglich Preis und anderen Geschäftsbedingungen;<sup>210</sup>

<sup>195</sup> Vgl. oben II.B. und III.B.

<sup>196</sup> Art. 347 ff. OR.

<sup>197</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. g ArG.

<sup>198</sup> Art. 9 ArG.

<sup>199</sup> Art. 13 ArG.

<sup>200</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 347 OR N 2, a.E., erwähnen bspw. lediglich, dass aus einem gewöhnlichen Arbeitsvertrag ein Handelsreisendenvertrag entstehen kann (mit Verweis auf GEISER/MÜLLER [FN 14], N 150a, welche ebenfalls nur auf die Problemstellung aufmerksam machen).

<sup>201</sup> Bspw. die Dauer des Vertragsverhältnisses, wenn es um die Frage geht, ob ein vorübergehendes Arbeitsverhältnis oder die effektiv ausgeübte Tätigkeit vorliegt, wenn der Verkauf oder die Vermittlung von Geschäften zur Diskussion steht.

<sup>202</sup> Beispiel Nr. 1: Ein Handelsreisender ist dauerhaft und überwiegend im Aussendienst im Einsatz. Ende Jahr wird ihm der Auftrag erteilt, alle während des Jahres abgeschlossenen Geschäfte und die diesbezüglichen Provisionsabrechnungen zu überprüfen. Diese Tätigkeit nimmt im Monat Dezember mehr als zwei Wochen in Anspruch. Würde man nun in Bezug auf die Tätigkeit nicht auf das ganze Jahr, sondern nur auf den Monat Dezember abstellen, wäre für jenen Monat das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages ausgeschlossen. Beispiel Nr. 2: Aus bestimmten Gründen will der Arbeitgeber gegenüber einem potentiellen Kunden nicht in eigenem Namen

aufzutreten. Der Arbeitgeber vereinbart mit dem Handelsreisenden, dass letzterer das Geschäft mit jenem Kunden in eigenem Namen abschliesst. Wird der Handelsreisende nun aufgrund dieses Einzelfalls zum Kommissionär? (vgl. oben III.A.3.).

<sup>203</sup> Diese Meinung scheinen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13) insofern zu teilen, als sie in der Kommentierung erwähnen, dass «mit dem Laufe der Zeit» aus einem gewöhnlichen Einzelarbeitsvertrag ein Handelsreisendenvertrag entstehen kann (vgl. dort, Art. 347 OR N 2).

<sup>204</sup> Meines Erachtens wäre es nicht angemessen, wenn ein Aussendienstmitarbeiter deshalb zum gewöhnlichen Arbeitnehmer mutiert, weil er in einigen wenigen Ausnahmefällen und nur vorübergehend Geschäfte nicht nur abschliesst, sondern auch noch abwickelt.

<sup>205</sup> Vgl. oben III.B.5.

<sup>206</sup> Vgl. Art. 321 ff. OR.

<sup>207</sup> Vgl. Art. 348 und Art. 348a OR.

<sup>208</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 348 OR N 7, Art. 348a OR N 8, Art. 348b N 7.

<sup>209</sup> Art. 348 Abs. 1 OR.

<sup>210</sup> Art. 348 Abs. 2 OR.

- die Pflicht zur regelmässigen Berichterstattung (Reporting), sofortigen Übermittlung von Bestellungen und eine allgemeine Informationspflicht;<sup>211</sup>
- die Pflicht zur Haftung für Forderungsausfälle, soweit die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind und eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen wurde.<sup>212</sup>

Darüber hinaus gilt natürlich auch der Pflichtenkatalog des allgemeinen Arbeitsvertragsrechts wie bspw. die Pflicht zur Erstellung einer Provisionsabrechnung<sup>213</sup> oder die mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einhergehenden Pflichten<sup>214</sup>.

## E. Arbeitszeit

Der Handelsreisende untersteht nicht den Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes.<sup>215</sup> Damit entfällt die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung und die Vertragsparteien sind bei der vertraglichen Ausgestaltung der zu leistenden Arbeitszeit weitestgehend frei. Möglich sind verschiedene Modelle. Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang regelmässig die Thematik der Überstundenregelung:

- Die Vertragsparteien vereinbaren eine konkrete Arbeitszeit, deren Erfassung erfolgt durch den Handelsreisenden und die Überstundenarbeit wird durch Kompensation und/oder Auszahlung, mit oder ohne Zuschlag, abgegolten.<sup>216</sup>

Da mangels Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes keine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung besteht, muss ein Arbeitszeitreporting auch nicht zwingend den gesetzlichen Anforderungen<sup>217</sup> genügen.<sup>218</sup> Solche besonderen bzw. vereinfachten Arbeitszeitreportings können sich auch deshalb anbieten, weil der Arbeitgeber nicht oder rudimentär in der Lage ist, die Angaben des Arbeitnehmers zu überprüfen. Insofern kann es genügen, das Arbeitszeitreporting auf wesentliche Eckdaten zu

beschränken, welche sich womöglich aus anderen Informationssystemen entnehmen lassen.<sup>219</sup>

- Die Vertragsparteien verzichten gänzlich auf die Festlegung einer bestimmten zu leistenden Arbeitszeit und beschränken sich darauf, eine «Vollzeitanstellung» zu vereinbaren. Dies in dem Sinne, als der Handelsreisende seine gesamte Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt und keiner Nebentätigkeit nachgeht, welche die Arbeitsleistung beeinträchtigen würde. In solchen Fällen ist es an sich nicht notwendig, irgendwelche Regelungen bezüglich Überstundenarbeit zu vereinbaren. Überstundenarbeit definiert sich als diejenige Arbeitszeit, welche über das vertragliche oder übliche Mass hinaus geleistet wird.<sup>220</sup> Wurde weder eine konkrete Arbeitszeit vereinbart noch gilt für den Handelsreisenden eine übliche Arbeitszeit, kann per definitionem auch keine Mehrarbeit entstehen.<sup>221</sup>
- Die Vertragsparteien definieren eine zu leistende Arbeitszeit, deklarieren diese aber als Richtgrösse, welche – je nach vertraglicher Ausgestaltung – mehr oder weniger verbindlich ist. Diesfalls empfiehlt es sich, trotz Fehlen einer verbindlich zu leistenden Arbeitszeit die Frage der Überstundenarbeit im Vertrag zu regeln. Dies deshalb, weil die vereinbarte Richtgrösse zwar keine verbindlich vereinbarte Arbeitszeit ist, dieser Wert aber als «übliche Arbeitszeit» im Sinne von Art. 321c Abs. 1 OR betrachtet werden könnte.

## F. Entlohnung

### 1. Zeit- und/oder Leistungslohn?

Handelsreisende werden häufig mittels Leistungslohn in Form einer Provision entschädigt.<sup>222</sup> Die Höhe dieser Provision hängt vom erarbeiteten Umsatz, Deckungsbeitrag oder einer anderen Kennzahl ab. Eine solche Provisionierung kommt in der Regel zum Zeit- bzw. Monatslohn hinzu. Unter Beachtung von Art. 349a OR ist es aber auch zulässig, den Handelsreisenden ausschliesslich mittels Provisionen zu entschädigen.<sup>223</sup>

Während ein fester Monatslohn wohl keine besonderen Probleme aufwirft, stellen sich bei der Provisionierung infolge der auftretenden Schwankungen und der

<sup>211</sup> Art. 348 Abs. 3 OR.

<sup>212</sup> Art. 348a Abs. 2 und 3 OR, woraus BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 348 OR N 10, eine beschränkte Pflicht des Handelsreisenden zur Prüfung der Bonität des Kunden ableiten.

<sup>213</sup> Art. 322c Abs. 1 OR.

<sup>214</sup> Art. 339 ff. OR.

<sup>215</sup> Vgl. oben II.A.

<sup>216</sup> Vgl. Art. 321c OR, wobei die Wegbedingung des Überstundenzuschlages eine schriftliche Vertragsabrede erfordert.

<sup>217</sup> Vgl. dazu Art. 73 ArGV 1 [konkretisieren? Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ARGV 1; SR 822.11)].

<sup>218</sup> Bspw. die Gutschrift von Zeitpauschalen, Verzicht auf die Erfassung von Pausen, reduzierte Anrechnung von Reisezeit als Arbeitszeit etc.

<sup>219</sup> So ist bspw. denkbar, dass ein Kundenreporting oder ein Fahrtenbuch auch zur Arbeitszeiterfassung verwendet wird.

<sup>220</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 321c OR N 4.

<sup>221</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 321c OR N 4, mit Verweis auf BGer, 4C.256/1992, 16.12.1992.

<sup>222</sup> Art. 322b OR; vgl. dazu ausführlich AUBERT (FN 9), N 862.

<sup>223</sup> Voraussetzung ist, dass daraus ein «angemessenes Entgelt» resultiert (vgl. Art. 349a Abs. 2 OR).

Unkenntnis über die zukünftigen Vergütungen diverse Fragen.<sup>224</sup> Zudem finden sich im Handelsreisendenrecht diverse Bestimmungen, welche zu den Gesetzesbestimmungen im Einzelarbeitsvertrag<sup>225</sup> hinzukommen oder diese abweichend regeln:

- Die vertragliche Abrede der Vergütung hat schriftlich zu erfolgen;<sup>226</sup>
- eine Mithaftung für Zahlungsausfälle ist nur zulässig, wenn mit dem Handelsreisenden eine angemessene Delkredere-Provision verabredet wird;<sup>227</sup>
- Zulässigkeit eines Lohnes, welcher ausschliesslich oder vorwiegend aus Provisionen besteht;<sup>228</sup>
- dispositive Regelung zum Provisionsanspruch des Handelsreisenden bei exklusivem oder nicht exklusivem Verkaufsgebiet;<sup>229</sup>
- Fälligkeit der Provision bei Unkenntnis des Wertes eines abgeschlossenen oder vermittelten Geschäfts;<sup>230</sup>
- Höhe der Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung des Handelsreisenden;<sup>231</sup>
- besondere Kündigungsfristen und -termine bei saisonal erheblich schwankendem Provisionseinkommen;<sup>232</sup>
- Anspruch und Fälligkeit der Provision bei Vertragsbeendigung.<sup>233</sup>

## 2. Die vertragliche Ausgestaltung von Provisionsabreden

Die Entlohnung ist ein zentraler Punkt, weshalb sich diesbezüglich eine detaillierte vertragliche Regelung empfiehlt, insbesondere in Bezug auf nachfolgende Aspekte:

- Welcher Tatbestand lässt eine Provision entstehen? Genügt der Kundennachweis oder wird ein Vertragsabschluss vorausgesetzt?<sup>234</sup>
- Genaue Definition der Bemessungsgrundlage: Welche Grösse bildet die Grundlage für die Berechnung der Provision oder Erfolgsbeteiligung?<sup>235</sup>

- Zeitpunkt der Auszahlung von Provisionen: Werden Akontozahlungen gemacht? In welchem Rhythmus werden die definitiven Abrechnungen erstellt?<sup>236</sup>
- Sollen die Provisionssätze einseitig verändert werden dürfen?<sup>237</sup>
- Wie soll die Abrechnung und Auszahlung bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ausgestaltet sein (Fälligkeit der Zahlung, berücksichtigte Umsätze, noch nicht umsatzwirksame Geschäfte, Behandlung des Risikos von Zahlungsausfällen etc.)?<sup>238</sup>
- Pauschalisierung der Provision im Falle einer Lohnfortzahlungspflicht.

## 3. Insbesondere: Lohnfortzahlungspflicht und Lohnersatzzahlungen

Besondere und nicht einfache Fragen ergeben sich häufig aus der Pflicht zur Lohnzahlung, obwohl der Arbeitnehmer keine Arbeit leistet. Dies betrifft erstens die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung infolge Krankheit, Unfall oder aus anderen Gründen.<sup>239</sup> Hierbei geht es nicht nur um die Frage, welchen Lohn der Handelsreisende verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte, sondern auch darum, wie hoch der versicherte Verdienst sein soll, wenn dieser der betreffenden Versicherung im Voraus zu melden ist und davon die Höhe der Versicherungsleistung abhängt.

Zweitens gibt es weitere Situationen, bei welchen der Handelsreisende keine Arbeit leistet und trotzdem Anspruch auf den vollen Lohn hat. Diesbezüglich zu erwähnen sind Ferien, Kurzabsenzen, Freistellung während der Kündigungsfrist oder auch die Möglichkeit eines Annahmeverzuges durch den Arbeitgeber.<sup>240</sup> Auch hier gilt der Grundsatz, dass dem Handelsreisenden ein Anspruch auf denjenigen Lohn zusteht, welchen er verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte.<sup>241</sup> Erwähnenswerte Ausnahme ist diesbezüglich die im Handelsreisendenvertrag zu findende Spezialbestimmung in Art. 349c OR.<sup>242</sup>

<sup>224</sup> Vgl. dazu CHRISTOPH SENTI, Lohnfortzahlungen und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen, AJP 2015, 695 ff., 697 ff.

<sup>225</sup> Art. 322b OR; Art. 322c OR; Art. 323 Abs. 2 OR; Art. 339 Abs. 2 OR.

<sup>226</sup> Art. 347a Abs. 1 lit. c OR; Art. 349a Abs. 1 OR.

<sup>227</sup> Art. 348a Abs. 2 OR.

<sup>228</sup> Art. 349a Abs. 2 OR.

<sup>229</sup> Art. 349b Abs. 1 und 2 OR.

<sup>230</sup> Art. 349b Abs. 3 OR.

<sup>231</sup> Art. 349c Abs. 1 und 2 OR.

<sup>232</sup> Art. 350 OR.

<sup>233</sup> Art. 350a OR.

<sup>234</sup> Vgl. dazu die dispositive Regelung in Art. 349b Abs. 1 und 2 OR.

<sup>235</sup> Berücksichtigung von Skonti, Rabatten, Rückvergütungen an Kunden, WIR-Zahlungen, Zahlungen von Inkassofirmen für verkaufte Forderungen, Zahlungen von Kreditschutzversicherungen etc.

<sup>236</sup> Vgl. dazu die relativ zwingende Regelung in Art. 349b Abs. 3 OR.

<sup>237</sup> Ein solcher Vorbehalt kann sinnvoll sein, wenn die Unternehmung mit saisonalen Produkten handelt, deren Verkauf während eines bestimmten Zeitraums verstärkt gefördert werden soll. Verändert man die Provisionssätze, verstärkt man auch beim Aussendienst den Anreiz zum Verkauf jener Produkte.

<sup>238</sup> Vgl. Art. 350a OR und CHRISTOPH SENTI, Rückforderung und Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber, AJP 2014, 40 ff., 44, Ziff. 1.2.3.

<sup>239</sup> Art. 324a f. OR und Art. 349c OR.

<sup>240</sup> SENTI (FN 224), 699.

<sup>241</sup> SENTI (FN 224), 703; AUBERT (FN 9), N 1191 ff.

<sup>242</sup> Vgl. dazu SENTI (FN 224), 700 f., und AUBERT (FN 9), N 1207 ff.

Das Vorgehen ist im Grundsatz in allen Fällen identisch: Der geschuldete Lohn wird mit Hilfe des Lohnausfall- und/oder Referenzperiodenprinzips bestimmt.<sup>243</sup> Nicht selten ist ausserdem auch noch darüber zu befinden, wie allfällige Provisionen aus den während der arbeitsfreien Zeit zusätzlich vermittelten oder abgeschlossenen Geschäften zu berücksichtigen sind.<sup>244</sup>

## G. Vertragsende

Die Beendigung des Handelsreisendenvertrages richtet sich im Wesentlichen nach dem allgemeinen Arbeitsvertragsrecht.<sup>245</sup> Eine rechtlich zwingende Abweichung von diesen Bestimmungen findet sich in Art. 350 OR für Handelsreisende, deren Provision mindestens einen Fünftel des Lohnes ausmacht und erheblichen saisonalen Schwankungen unterliegt. In diesem Fall darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Handelsreisenden, «[...] der seit Abschluss der letzten Saison bei ihm gearbeitet hat, während der Saison nur auf das Ende des zweiten der Kündigung folgenden Monats kündigen».<sup>246</sup> Wie diese wenig verständliche Regelung zu verstehen ist, schildern REHBINDER/STÖCKLI anschaulich:<sup>247</sup> Im ersten Dienstjahr gilt im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht eine Kündigungsfrist von einem Monat.<sup>248</sup> Diese Frist wird für Handelsreisende auf zwei Monate erhöht,<sup>249</sup> sie gilt allerdings nur während der Saison,<sup>250</sup> also in der Zeit, wenn der Arbeitnehmer ein hohes Provisionseinkommen erzielt.<sup>251</sup> Die Regelung in Art. 350 Abs. 2 OR schützt den Arbeitgeber, indem vice versa für den Handelsreisenden in Zeiten mit schlechtem Provisionseinkommen dieselben Kündigungsbeschränkungen gelten.<sup>252</sup> Während sich der für die Anwendbarkeit von Art. 350 OR notwendige Provisionsanteil am Gesamtlohn einfach errechnen lässt, richtet sich

die Frage, wann erhebliche saisonmässige Schwankungen vorliegen, nach dem richterlichen Ermessen.<sup>253</sup>

Eine besondere Regelung findet sich weiter in Art. 350a Abs. 1 OR: Sie verpflichtet den Arbeitgeber zur Ausrichtung der Provision auf allen Geschäften, welche der Arbeitnehmer abgeschlossen oder vermittelt hat, sowie auf allen Bestellungen, die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist eingehen, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Annahme dieser Offerten oder Ausführung der Arbeiten.<sup>254</sup>

Im Übrigen stellen sich bei der Vertragsbeendigung des Handelsreisendenvertrages nicht selten praktische Fragen im Zusammenhang mit der Rückgabe des Geschäftsfahrzeuges<sup>255</sup>, des Mobiltelefons<sup>256</sup> oder der dem Handelsreisenden überlassenen Unterlagen, Arbeitsutensilien (z.B. Laptop<sup>257</sup>) oder Muster.<sup>258</sup> In diesen Themenbereich gehört auch das Retentionsrecht des Arbeitnehmers<sup>259</sup>, welches für den Handelsreisenden in Art. 349e OR noch einmal ausdrücklich erwähnt wird. Welchen zusätzlichen Nutzen diese Bestimmung bringt, ist allerdings fraglich, weshalb STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH diese Norm als «eigentlich überflüssig» bezeichnen.<sup>260</sup>

## H. Schlussbestimmungen

### 1. Gerichtsstandsklausel

Die örtliche Zuständigkeit für Streitigkeiten ergibt sich aus dem Zivilprozessrecht und ist insofern zwingender Natur, als der Arbeitnehmer im Voraus oder durch Einlassung darauf nicht verzichten kann.<sup>261</sup> Die Gerichtsstände in Art. 34 ZPO sind für den Arbeitnehmer, nicht aber den Arbeitgeber zwingend.<sup>262</sup> Am gewöhnlichen Arbeitsort besteht nur dann ein Gerichtsstand, wenn sich ein solcher «gewöhnlicher Arbeitsort» bestimmen lässt. Andernfalls verbleibt einzig der Gerichtsstand am Sitz bzw. Wohnsitz

<sup>243</sup> Vgl. SENTI (FN 224), 703 ff.

<sup>244</sup> So kann es ohne weiteres sein, dass der Handelsreisende während eines Unfalls von zu Hause aus und via Telefon einer – wenn auch eingeschränkten – Verkaufstätigkeit nachgeht (vgl. SENTI [FN 224], 707 f.).

<sup>245</sup> Art. 334 ff. OR.

<sup>246</sup> Art. 350 Abs. 1 OR.

<sup>247</sup> Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 350 OR N 1.

<sup>248</sup> Art. 335c Abs. 1 OR.

<sup>249</sup> Vgl. Art. 350 Abs. 1 OR: «[S]o darf der Arbeitgeber dem Handelsreisenden, der seit Abschluss der letzten Saison bei ihm gearbeitet hat [...] nur auf das Ende des zweiten der Kündigung folgenden Monats kündigen».

<sup>250</sup> Art. 350 Abs. 1 OR.

<sup>251</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 350 OR N 1.

<sup>252</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 350 OR N 1.

<sup>253</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 13), Art. 350 OR N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 350 OR N 3.

<sup>254</sup> Vgl. dazu oben IV.F.2.

<sup>255</sup> Es geht um die Weigerung der Rückgabe gestützt auf den Anspruch zur privaten Nutzung des Geschäftsfahrzeuges während der Kündigungsfrist bei Freistellung (Lohnbestandteil).

<sup>256</sup> Es geht darum, wem die SIM-Karte oder die Telefonnummer gehört, auf welche Kunden auch in Zukunft noch anrufen.

<sup>257</sup> Es geht um die Sicherung der beim Handelsreisenden vorhandenen Daten bzw. um die Verhinderung der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen.

<sup>258</sup> Vgl. dazu auch Art. 350a OR.

<sup>259</sup> Art. 339a OR, insbesondere Absatz 3 i.V.m. Art. 895 ff. ZGB.

<sup>260</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Art. 349e OR N 3.

<sup>261</sup> Art. 34 ZPO und Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO.

<sup>262</sup> Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO e contrario.

der beklagten Partei.<sup>263</sup> Definieren nun die Vertragsparteien den «gewöhnlichen Arbeitsort» im Vertrag, so steht beiden Vertragsparteien ein zusätzlicher Gerichtsstand zur Verfügung. In diesem Fall ist zu prüfen, ob der so definierte neue Gerichtsstand im Ergebnis eine Vereinbarung zugunsten oder zulasten des Handelsreisenden (Arbeitnehmer) darstellt: Befindet sich der gewöhnliche Arbeitsort am Wohnort des Handelsreisenden, bspw. weil er sich dort ein Büro einrichtete, begründet dies einen zusätzlichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Arbeitnehmers. Eine solche Vereinbarung wäre in der Regel wohl zugunsten des Arbeitnehmers und daher kein unzulässiger Verzicht im Sinne von Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO.<sup>264</sup> Stellt der Vertrag hingegen fest, dass der gewöhnliche Arbeitsort sich am Sitz des Arbeitgebers befindet, ist meines Erachtens unabhängig von einer solchen Vereinbarung zu prüfen, ob dies den Tatsachen entspricht.<sup>265</sup> Handelt es sich hierbei tatsächlich um einen gewöhnlichen Arbeitsort, gilt dieser als Gerichtsstand nach Art. 34 Abs. 1 ZPO. Wenn nicht, fällt diese Möglichkeit dahin. Die zwingenden Gerichtsstände nach Art. 34 ZPO lassen sich meines Erachtens nicht mit Hilfe einer falschen Sachverhaltsfeststellung im Vertrag umgehen.

## 2. Vertragliche Übernahme von Art. 347 ff. OR

Wie bereits erwähnt,<sup>266</sup> können während des laufenden Arbeitsverhältnisses die Voraussetzungen eines Handelsreisendenvertrages dahinfallen, womit der Aussendienstmitarbeiter als gewöhnlicher Arbeitnehmer zu qualifizieren ist. Werden die Rechte und Pflichten des Handelsreisenden im Arbeitsvertrag detailliert geregelt, ergeben sich daraus wohl nur beschränkt konkrete Nachteile. Verzichten die Parteien auf einen detaillierten Vertrag, wäre darüber nachzudenken, ob Art. 348 OR bis Art. 350a OR im Arbeitsvertrag selbst als subsidiär geltende Regelungen übernommen werden sollen. Dies hätte zur Folge, dass das Handelsreisendenrecht infolge vertraglicher Übernahme auch dann gilt, wenn der betreffende Arbeitnehmer

nicht oder nicht mehr als Handelsreisender nach Art. 347 OR zu qualifizieren ist. Selbstverständlich wäre aber eine solche Regelung nur unter Vorbehalt des im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht geltenden zwingenden Rechts möglich.<sup>267</sup>

## V. Schlussbemerkungen

Mit dem vorliegenden Beitrag konnte dem interessierten Leser hoffentlich aufgezeigt werden, dass Arbeitsverträge mit Handelsreisenden einige Spezialitäten aufweisen, auf welche es bei der Vertragsgestaltung zu achten gilt. Für den Arbeitgeber sicherlich von Vorteil ist, dass Handelsreisende nicht unter die Vorschriften des Arbeitsgesetzes fallen und dass damit die ganze Thematik der wöchentlichen Höchstarbeitszeit, Wochenend- oder Nacharbeit dahinfällt. Umgekehrt aber resultieren aus den positiven und negativen Abgrenzungsmerkmalen einige Hürden, die es bei der Vertragsgestaltung zu beachten gilt. Dies gilt insbesondere für die spezialgesetzlichen Regelungen im Bereich der Entlohnung.

<sup>263</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), Der Arbeitsprozess, Ziff. 3.1.1.1 lit. e a.E..

<sup>264</sup> Anders wäre vielleicht zu entscheiden, wenn der Handelsreisende nach Vertragsabschluss seinen Wohnsitz verlegt und damit der vertraglich definierte Gerichtsstand an einem bestimmten Ort nicht mehr mit seinem Wohnsitz übereinstimmt.

<sup>265</sup> Bspw. ist zu prüfen, ob der Handelsreisende so häufig am Sitz des Arbeitgebers administrative Arbeiten erledigte, dass «ein deutlich erkennbarer, geografischer Schwerpunkt vorliegt, welcher den fraglichen Arbeitsort [...] als der hauptsächlichste erscheinen lässt» (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 13], Der Arbeitsprozess, Ziff. 3.1.1.1 lit. e).

<sup>266</sup> Vgl. oben IV.D.2.b.

<sup>267</sup> Somit wäre wohl die Übernahme der Regelung bezüglich Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 349c OR nicht zulässig, da sich insbesondere dessen Absatz 2 nur schwerlich mit Art. 324a OR vereinbaren lässt.