

Arbeitsverträge für Aussendienstmitarbeitende

Unterlagen zum Referat der Weiterbildungsveranstaltung des
Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts

Freitag, 27. Oktober 2004, Grand Casino Luzern

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro

Frei Steger Grosser Senti

Kriessernstr. 40

9450 Altstätten

www.9450.ch

FAA

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht

Guisanstr. 92

9010 St. Gallen

www.faa.unisg.ch

Inhaltsverzeichnis

1 Vorbemerkungen	1
1.1 Mögliche Vertragsarten beim Aussendienst	1
1.2 Gesetzliche Grundlagen	1
2 Handelsreisendenvertrag	2
2.1 Handelsreisendenvertrag als besonderer Arbeitsvertrag	2
2.2 Negative Abgrenzung	4
2.2.1 Vorwiegende Reisetätigkeit	4
2.2.2 Keine gelegentliche oder vorübergehende Tätigkeit	5
2.2.3 Tätigkeit auf fremde Rechnung	6
2.3 Formvorschriften beim Handelsreisendenvertrag	6
3 Agenturvertrag	7
3.1 Gegenstand des Agenturvertrages	8
3.2 Agenturvertrag als Unterart des Auftrags	8
3.3 Formvorschriften beim Agenturvertrag	9
4 Gemeinsamkeiten und Unterschiede	10
4.1 Gemeinsamkeiten von Handelsreisenden- und Agenturvertrag	10
4.2 Unterschiede zwischen Handelsreisenden und Agenten	11
4.2.1 Umfang des Weisungsrechts	11
4.2.1.1 Weisungsrecht bezüglich der Gestaltung der Tätigkeit	12
4.2.1.2 Weisungsrecht in zeitlicher Hinsicht	12
4.2.1.3 Rapportierungspflicht: Weisungsrecht bezüglich Informationsherausgabe	12
4.2.2 Arbeitsorganisation	12
4.2.3 Übernahme des Geschäftsrisikos	13
5 Vertragsgestaltung	13
5.1 Vorgehen bei der Ausgestaltung von Verträgen	13
5.1.1 Klärung des Aufgabenprofils	13
5.1.2 Welche Art von Zusammenarbeit ist gewünscht?	14
5.2 Detailfragen zum Handelsreisenden- und Agenturvertrag	15
5.2.1 Vertragspartei beim Agenturvertrag	15
5.2.2 Aufgaben und Kompetenzen	15
5.2.2.1 Vertragsvermittlung oder -abschluss?	15
5.2.2.2 Entgegennahme von Zahlungen	15

5.2.2.3 Anderweitige Tätigkeiten	16
5.2.3 Entlohnung und Auslagenersatz	16
5.2.3.1 (Variable) Entlohnung	16
5.2.3.1.1 Handelsreisendenvertrag	16
5.2.3.1.2 Agenturvertrag	17
5.2.3.2 Kosten und Spesen	18
5.2.3.3 Vertragliche Ausgestaltung der Entschädigung	19
5.2.4 Arbeitszeit	19
5.2.5 Lohnfortzahlung	20
5.2.5.1 Lohnfortzahlungspflicht beim Handelsreisenden	20
5.2.5.2 „Lohnfortzahlungspflicht“ beim Agenturvertrag	21
5.2.6 Beendigung des Vertragsverhältnisses	23
6 Fazit	24

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

1 Vorbemerkungen

1.1 Mögliche Vertragsarten beim Aussendienst

Der Vertrieb von Produkten oder Dienstleistungen mit Hilfe von Aussendienstmitarbeitenden¹ ist eine sehr verbreitete Vertriebsform. Vertraglich lässt sich diese im Wesentlichen auf zwei Arten ausgestalten: Entweder schliesst die Unternehmung mit dem Aussendienstmitarbeiter einen Handelsreisendenvertrag ab oder es wird ein Agenturvertrag vereinbart, welcher nicht dem Arbeitsvertrags- sondern dem Auftragsrecht zuzuordnen ist. Beide Vertragsarten haben ihre spezifischen Vor- und Nachteile und unterscheiden sich in wesentlichen Punkten voneinander.

1.2 Gesetzliche Grundlagen

Die gesetzlichen Grundlagen für den Handelsreisendenvertrag finden sich primär im besonderen Teil des Obligationenrechts². Die Vorschriften des Arbeitsgesetzes sind auf den Handelsreisenden nicht anwendbar³.

Beim Agenturvertrag handelt es sich um eine besondere Art des Auftrags, welcher in Art. 418a ff. OR geregelt ist. Wie beim Handelsreisenden wird auch beim Agenten unterschieden zwischen denen, die nur zur Vermittlung von Verträgen befugt sind (Vermittlungsagenten) und solchen die Verträge im Namen des Geschäftsherrn abschliessen dürfen (Abschlussagenten)⁴. Für den Vermittlungsagenten kommen ergänzend die Vorschriften über den Mäklervertrag und für den Abschlussagenten diejenigen über die Kommission zur Anwendung⁵. Da es sich beim Agenten nicht um einen Arbeitnehmer handelt, sind hier die Vorschriften des Arbeitsgesetzes nicht anwendbar⁶.

Weiter von Bedeutung sind öffentlichrechtliche Vorschriften, namentlich das Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden⁷ und die dazugehörige Verordnung⁸. Dieses Gesetz unterstellt den Verkauf bzw. das Anbieten von Waren durch Reisende einer Bewilligungspflicht⁹ und legt die Mindestanforderungen fest, welche zum Schutze der Konsumenten aufgestellt wurden¹⁰. Für Aussendienstmitarbeiter besteht nur dann eine Bewilligungspflicht, wenn Waren oder Dienstleistung einer Konsumentin oder einem Konsumenten angeboten werden¹¹. Für den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen an gewerbliche Kunden (Zwischenhändler, gewerbliche Abneh-

1 Mit „Aussendienstmitarbeitenden“ ist die Tätigkeit der betreffenden Person gemeint. Der Begriff bezieht sich nachfolgend sowohl auf Arbeitnehmende, welche als Handelsreisende angestellt werden, als auch auf Beauftragte, welche im Rahmen eines Agenturvertrages tätig sind.

2 Art. 347 ff. OR.

3 Art. 3 Abs. 1 lit. g ArG. Sofern es sich beim Handelsreisenden jedoch gleichzeitig auch um einen Arbeitnehmer mit einer höheren leitenden Tätigkeit handelt, gelten immerhin die Vorschriften des Arbeitsgesetzes über den Gesundheitsschutz (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 3a Abs. 1 lit. b ArG).

4 Art. 418a OR.

5 Art. 418b OR.

6 Art. 1 Abs. 2 ArG; seco, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, Art. 1, S. 001-2.

7 Vom 23. März 2001, SR 943.1.

8 Vom 4. September 2002, SR 943.11.

9 Art. 2 f. BG über das Gewerbe der Reisenden.

10 Art. 4 BG über das Gewerbe der Reisenden.

11 Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a und b BG über das Gewerbe der Reisenden.

mende, etc.) besteht folglich keine Bewilligungspflicht. Unabhängig ist die Bewilligungspflicht von der privatrechtlichen Ausgestaltung der Geschäftsbeziehung und besteht sowohl für Handelsreisende als auch für Agenten¹².

Schliesslich sind auch noch kantonale Vorschriften zu beachten¹³, auf welche im vorliegenden Aufsatz jedoch nicht näher eingegangen wird.

2 Handelsreisendenvertrag

2.1 Handelsreisendenvertrag als besonderer Arbeitsvertrag

"Durch den Handelsreisendenvertrag verpflichtet sich der Handelsreisende, auf Rechnung des Inhabers eines (...) nach kaufmännischer Art geführten Geschäftes gegen Lohn Geschäfte jeder Art ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers zu vermitteln oder abzuschliessen." ¹⁴

Bereits aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich, dass der Handelsreisendenvertrag eine besondere Art des Einzelarbeitsvertrages ist¹⁵. Entsprechend finden sich bei den vertragstypischen Merkmalen eines Handelsreisendenvertrages auch diejenigen des Arbeitsvertrages. Den Arbeitsvertrag charakterisieren folgende vier Wesensmerkmale¹⁶:

1. Arbeitsleistung

Die Tätigkeit der oder des Angestellten ist eine planmässige, auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete körperliche oder geistige Verrichtung¹⁷.

2. Abhängigkeitsverhältnis

Die Arbeitsleistung erfolgt im Dienst des Arbeitgebers. Der Angestellte arbeitet also in einer unselbständigen Stellung¹⁸. Dieser Aspekt ist das zentrale Abgrenzungsmerkmal gegenüber dem Auftrag¹⁹, bzw. Agenturvertrag und wird eingehend zu behandeln sein²⁰.

¹² ZK-Staehelin, Art. 347 N 12; BK-Rehbinder, Art. 347 N 14.

¹³ Bspw. im Kanton St. Gallen: VO zur Bundesgesetzgebung über das Gewerbe der Reisenden, vom 4. Februar 2003 (sGS 552.21); Wandergewerbegesetz, vom 20. Juni 1985 (sGS 552.4), mit der dazugehörigen Verordnung (sGS 552.41).

¹⁴ Art. 347 Abs. 1 OR.

¹⁵ Ausserdem erklärt Art. 355 OR die Vorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts als ergänzend anwendbar.

¹⁶ Rehbinder, Arbeitsrecht, Rz 43 ff.; Vischer, Arbeitsvertrag, S. 2 ff.; Streiff/von Kaenel, Art. 319 N 2.

¹⁷ Rehbinder, Arbeitsrecht, Rz 44.

¹⁸ Rehbinder, Arbeitsrecht, Rz 45; Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 2.

¹⁹ Vischer, Arbeitsvertrag, S. 32; Rehbinder, Arbeitsrecht, Rz 45.

²⁰ Vgl. unten, Ziff. 4.2, S. 11.

3. Dauerschuldverhältnis

Die vertraglichen Verpflichtungen sind auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit begründet. Der Arbeitsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, welches nicht wie typische Austauschverträge durch eine einmalige Leistung erfüllt werden kann²¹.

4. Entgeltlichkeit

Die Entrichtung eines Lohnes ist die Hauptleistung des Arbeitgebers und ein wesentliches Element des Arbeitsvertrages²². Unentgeltliche Arbeitsleistungen richten sich nach den Vorschriften des Auftragsrechts oder werden als Gefälligkeit qualifiziert²³.

In Bezug auf die Entlohnung ist beim Handelsreisenden erwähnenswert, dass das Gesetz in Art. 349a Abs. 2 OR eine vollständig erfolgsorientierte Entlohnung ausdrücklich zulässt. Angestellter und Arbeitgeber können vereinbaren, dass der Lohn ausschliesslich aus Provisionen bestehen soll. Eingeschränkt wird dieser Grundsatz immerhin dahingehend, als aus diesen Provisionen ein „angemessenes Entgelt“ für die Tätigkeit des Handelsreisenden resultieren muss²⁴.

Zu den wesentlichen Merkmalen des Einzelarbeitsvertrages kommen die spezifischen Merkmale des Handelsreisendenvertrages hinzu²⁵:

5. Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers

Die oder der Handelsreisende ist vorwiegend ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers tätig²⁶. Auf dieses Merkmal wird nachfolgend näher einzugehen sein²⁷.

6. Vermittlung oder Abschluss von Verträgen

Die Tätigkeit der oder des Angestellten umfasst die Vermittlung oder den Abschluss von Verträgen²⁸.

Üblicherweise erfolgt der Abschluss von Verträgen in fremdem Namen²⁹. Der Handelsreisende tritt also als direkter Stellvertreter auf. REHBINDER und VISCHER sind der Ansicht, dass der Abschluss von Verträgen in eigenem Namen nicht möglich sei, weil dadurch auch die Abwicklung des Geschäfts in den Aufgabenbereich des Angestellten fällt und dies keine „Vermittlung von Geschäften“ im Sinne von Art. 347 OR darstellt³⁰. Nach der Meinung anderer Autoren darf die oder der Handelsreisende zwar auf keinen Fall mit der Abwicklung des Geschäfts

21 Reh binder, Arbeitsrecht, Rz 49; Vischer, Arbeitsvertrag, S. 3.

22 Vischer, Arbeitsvertrag, S. 4; Reh binder, Arbeitsrecht, Rz 53.

23 Vgl. dazu Vischer, Arbeitsvertrag, S. 4 f.; Reh binder, Arbeitsrecht, Rz 53.

24 Vgl. Art. 349a Abs. 2 OR, letzter Halbsatz.

25 Reh binder, Arbeitsrecht, Rz 399 ff.; ZK-Staehelin, Art. 347 N 3; Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 2.

26 Reh binder, Arbeitsrecht, Rz 400; BK-Reh binder, Art. 347 N 8; ZK-Staehelin, Art. 347 N 7.

27 Vgl. unten, Ziff. 2.2.14.

28 BK-Reh binder, Art. 347 N 3 ff.

29 Hirt, S. 64; BK-Reh binder, Art. 347 N 6; ZK-Staehelin, Art. 347 N 5.

30 BK-Reh binder, Art. 347 N 6; Vischer, Arbeitsvertrag, S. 213.

betrault sein, der Abschluss von Verträgen in fremdem Namen ist aber trotzdem kein begriffswesentliches Merkmal und muss daher nicht zwingend vorliegen³¹. Die Geschäftsvermittlung im Sinne von Art. 347 OR muss eine unmittelbar auf den Absatz ausgerichtete Tätigkeit sein³². Geschäftsvermittler ist nur der eigentliche Verkäufer, d.h. die Tätigkeit des Angestellten muss auf den Abschluss oder die Vermittlung von Verträgen abzielen³³. Abgrenzungsprobleme ergeben sich in diesen Fällen vor allem wenn der Aussendienstmitarbeiter zum Verkauf hinzu zusätzliche Aufgaben, wie (allgemeine) Kundenbetreuung, Beratung, Überwachung von Projekten etc. übernimmt³⁴.

Nicht zur Tätigkeit des Handelsreisenden gehören der Direktverkauf oder Aufgaben im Zusammenhang mit der Abwicklung des Vertrages³⁵. Nimmt der Aussendienstmitarbeiter zusätzliche Verkaufs-, Service- oder Vertriebsaufgaben wahr, sprengt dies den Tätigkeitsbereich eines Handelsreisenden.

7. Tätigkeit für eine im Handelsregister eingetragene Firma

Der Geschäftsherr muss ein kaufmännisches Gewerbe i.S. von Art. 53 und 54 der Handelsregisterverordnung³⁶ betreiben³⁷. Diese Voraussetzung wird bei Unternehmen mit eigenem Aussendienst regelmässig gegeben sein und ist nachfolgend nicht weiter von Interesse³⁸.

2.2 Negative Abgrenzung

In Art. 347 Abs. 2 OR macht der Gesetzestext gleich selbst eine negative Abgrenzung, indem er ausführt, welche Tätigkeiten nicht unter den Handelsreisendenvertrag fallen:

2.2.1 Vorwiegende Reisetätigkeit

Als wesentlicher Aspekt ist der Arbeitsort der oder des Angestellten zu nennen. Nicht als Handelsreisender gilt, wer "(...) nicht vorwiegend eine Reisetätigkeit ausübt (...)"³⁹. Nach Auffassung einiger Autoren muss diese Tätigkeit mehr als 50 % der Arbeitszeit ausmachen⁴⁰, was vom Obergericht des Kantons BL in einem Entscheid bestätigt wurde⁴¹. Nach Ansicht von STREIFF/VON KAENEL ist fraglich, ob im Hinblick

31 ZK-Staehelin, Art. 347 N 5; Offen gelassen: Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 2.

32 Hirt, S. 66; BK-Rehbinder, Art. 347 N 3.

33 Hirt, S. 67; BK-Rehbinder, Art. 347 N 3.

34 Hirt, S. 67; BK-Rehbinder, Art. 347 N 3.

35 Hirt, S. 68; BK-Rehbinder, Art. 347 N 4.

36 Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937, SR 221.411.

37 BK-Rehbinder, Art. 347 N 7; ZK-Staehelin, Art. 347 N 4; Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 2.

38 Immerhin sei angemerkt, dass eine Aussendiensttätigkeit für nicht kaufmännische Gewerbe nicht unter die Vorschriften des Handelsreisendenvertrages fällt (bspw. Verkauf von Abzeichen für gemeinnützige Organisationen); vgl. ZK-Staehelin, Art. 347 N 4.

39 Art. 347 Abs. 2 OR.

40 BK-Rehbinder, Art. 347 N 8, m.V.a. K. BRUNNER, Das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent und seine Drittwirkungen, Diss. Zürich, 1981, S. 49; B. MEYER, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss. Zürich, 1978, S. 8; ZK-Staehelin, Art. 347 N 8.

41 OGer BL in JAR 1990, S. 356 f.

auf die inzwischen sophistische Kommunikationstechnologie an dieser 50 %-Regel festgehalten werden kann⁴².

Das Kriterium der "vorwiegenden Reisetätigkeit" ist m. E. sehr beachtenswert und in Bezug auf die Rechtssicherheit nicht ungefährlich: Ist eine Aussendienstmitarbeiterin ursprünglich sehr viel unterwegs, fällt ihre Tätigkeit wohl unter die Vorschriften des Handelsreisendenvertragsrechts und die Vereinbarung ist nach den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften auszurichten⁴³. Verlagert sie im Laufe der Tätigkeit ihren Aussendienst immer mehr in Richtung Telefondienst, kann es zu einer schleichenden Neuqualifikation des Arbeitsvertrages kommen⁴⁴. Dabei ist es unerheblich, ob der oder die Angestellte ihre Tätigkeit im Betrieb der Arbeitgeberin, einem Aussenbüro oder gar von zu Hause aus ausführt⁴⁵. Die Tätigkeit an einem stationären Ort ist kein "Reisen". Verschärfen kann sich diese Problematik zusätzlich, wenn die Mitarbeiterin weniger reist, weil sie zusätzliche administrative Arbeiten wahrnimmt, sei dies im direkten Zusammenhang mit dem Aussendienst⁴⁶ oder im Rahmen einer anderen, zusätzlich übernommenen Funktion innerhalb der Unternehmung⁴⁷.

2.2.2 Keine gelegentliche oder vorübergehende Tätigkeit

Nicht als Handelsreisender gilt, wer nur gelegentlich oder vorübergehend für den Arbeitgeber tätig ist⁴⁸. Der Ausschluss einer gelegentlichen Tätigkeit in dem Sinne, als die verpflichtete Person nur von Zeit zu Zeit für den Arbeitgeber tätig wäre, ist nach Ansicht von REHBINDER selbstverständlich⁴⁹. Ist es dem „Angestellten“ überlassen, ob und wie häufig er für den „Arbeitgeber“ tätig sein will, fehlt es an der Arbeitspflicht, was das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ausschliesst⁵⁰.

Von grösserer Bedeutung ist die Voraussetzung, dass ein Angestellter nicht nur vorübergehend tätig ist. Dieses Kriterium verursacht Probleme, als im Voraus oft gar nicht bekannt ist, ob eine Aussendiensttätigkeit nur kurze oder längere Zeit dauern wird, und der Handelsreisendenvertrag befände sich insbesondere zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, namentlich während der Probezeit, „in der Schwebe“⁵¹. Um solche Unklarheiten zu vermeiden, wird der Vorschlag gemacht, auf die ursprüngliche, im Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden⁵² enthaltene Regelung zurückzugreifen: Als „vorübergehend“ werden nur solche Vertragsverhältnisse bezeichnet, welche von Beginn weg als solche beabsichtigt waren⁵³.

42 Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 3.

43 Art. 347 ff. OR.

44 Telefondienst ist keine Reisetätigkeit (BK-Rehbinder, Art. 347 N 8).

45 Bei einer Tätigkeit von zu Hause aus, liegt u.U. gar ein Heimarbeitsvertrag nach Art. 351 ff. OR vor (BK-Rehbinder, Art. 347 N 8).

46 Bsp.: Rapportieren von Kundenbesuchen, Bestellungen, etc.

47 Bsp.: Eine Aussendienstmitarbeiterin ist gleichzeitig auch Teamchefin und hat dadurch zusätzliche Personal- und Budgetaufgaben.

48 Art. 347 Abs. 2 OR.

49 BK-Rehbinder, Art. 347 N 9.

50 BK-Rehbinder, Art. 347 N 9.

51 BK-Rehbinder, Art. 347 N 10; Hirt, S. 73; ZK-Staehelin, Art. 347 N 8.

52 Vom 13. Juni 1941; Aufgehoben am 1. Januar 1972.

53 Hirt, S. 74; BK-Rehbinder, Art. 347 N 10; ZK-Staehelin, Art. 347 N 8; Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 4.

Schwieriger allerdings ist die Frage, welche Zeitdauer als „vorübergehend“ im Sinne von Art. 347 Abs. 2 OR zu betrachten ist. Diesbezüglich gibt es keine klare Grenze. Vorgeschlagen wird eine Zeitdauer von einem Monat (Ablauf der Probezeit) oder einer Saison⁵⁴.

Der Ausschluss einer gelegentlichen oder vorübergehenden Tätigkeit bedeutet nicht, dass ein Handelsreisender nicht auch als Teilzeitangestellter tätig sein kann⁵⁵.

2.2.3 Tätigkeit auf fremde Rechnung

Schliesst der Angestellte Verträge auf eigene Rechnung ab, fällt seine Tätigkeit nicht unter die Bestimmungen des Handelsreisendenvertrages⁵⁶. "Auf fremde Rechnung" bedeutet aber nicht, dass der Vertrag auf Rechnung, d.h. im wirtschaftlichen Interesse, des Arbeitgebers abgeschlossen werden muss. In Frage kommen auch die Vermittlung oder der Abschluss von Verträgen auf Rechnung Dritter⁵⁷.

2.3 Formvorschriften beim Handelsreisendenvertrag

Die Gesetzesbestimmungen des Handelsreisendenvertrages verlangen in diversen Fällen die Formvorschrift der Schriftlichkeit. Zu beachten sind drei Arten von Formvorschriften:

Erstens schreibt das Gesetz vor, mit der oder dem Angestellten einen schriftlichen Arbeitsvertrag abzuschliessen, worin ein gewisser Mindestinhalt zu regeln ist⁵⁸. Fehlt eine schriftliche Abrede, so führt dies nicht zum Dahinfallen des Vertrages, sondern zur Anwendbarkeit der diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften⁵⁹. Mit "gesetzlichen Vorschriften" sind nicht nur die Bestimmungen des Handelsreisendenvertrages gemeint, sondern sämtliche gesetzliche Vorschriften, insbesondere des Einzelarbeitsvertragsrechts, normative Bestimmungen von Gesamt- oder Normalarbeitsverträgen, etc.⁶⁰. Im schriftlichen Vertrag zwingend zu regeln sind⁶¹:

- a) Dauer und Beendigung des Arbeitsverhältnisses⁶²;
- b) Erteilung einer Abschlussvollmacht⁶³, womit die oder der Handelsreisende nur Vertragsabschlüsse vermitteln darf, sofern keine anderslautende schriftliche Abrede getroffen wurde⁶⁴;
- c) Vereinbarungen über das Entgelt und den Auslagenersatz⁶⁵;

⁵⁴ Hirt, S. 74, m.w.V.; BK-Rehbinder, Art. 347 N 10; ZK-Staehelin, Art. 347 N 8.

⁵⁵ ZK-Staehelin, Art. 347 N 8, m.V.a. BGE 99 II 314; BK-Rehbinder, Art. 347 N 9; Dies ergibt sich nur schon aus Art. 349d OR, welcher von einer Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber ausgeht und damit implizit voraussetzt, dass die oder der Handelsreisende (für einen Arbeitgeber) teilzeitlich tätig ist.

⁵⁶ Art. 347 Abs. 2 OR; Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 2; BK-Rehbinder, Art. 347 N 5; Vischer, Arbeitsvertrag, S. 213; ZK-Staehelin, Art. 347 N 8.

⁵⁷ BK-Rehbinder, Art. 347 N 5.

⁵⁸ Vgl. dazu ZK-Staehelin, Art. 347a N 3; Streiff/von Kaenel, Art. 347/347a N 6 f.; BK-Rehbinder, Art. 347a N 4.

⁵⁹ Art. 347a Abs. 2 OR; BK-Rehbinder, Art. 347a N 1.

⁶⁰ ZK-Staehelin, Art. 347a N 3.

⁶¹ Art. 347a OR.

⁶² Art. 347a Abs. 1 lit. a OR.

⁶³ Art. 347a Abs. 1 lit. b OR.

⁶⁴ Art. 348b Abs. 1 OR.

d) Vereinbarungen in Bezug auf das anwendbare Recht oder Gerichtsstandsklauseln, sofern eine Partei ihren Wohnsitz im Ausland hat⁶⁶.

Zweitens finden sich im Handelsreisendenvertragsrecht zusätzliche weitere Formvorschriften. Im Unterschied zu den Vorschriften gemäss Art. 347a Abs. 1 lit. a bis d OR, werden nachfolgende Vereinbarungen bei fehlender Schriftlichkeit jedoch nicht durch die gesetzliche Regelung ersetzt, sondern fallen - da formungültig - ersatzlos dahin⁶⁷:

- a) Die Zustimmung des Arbeitgebers, wenn der Handelsreisende auf eigene Rechnung oder auf Rechnung eines Dritten Geschäfte vermitteln oder abschliessen will⁶⁸;
- b) Vereinbarungen betreffend Übernahme des Delcredere-Risikos⁶⁹;
- c) Die Befugnis der oder des Angestellten, Geschäfte (auf Rechnung des Arbeitgebers) nicht nur zu vermitteln, sondern auch abzuschliessen⁷⁰;
- d) Die nicht-exklusive Zuteilung eines bestimmten Verkaufsgebietes oder eines bestimmten Kundenkreises⁷¹;
- e) Die Vereinbarung einer Provisionsbeteiligung als einzige Entlohnung, ohne Fixlohnanteil⁷² oder die Vereinbarung einer bestimmten Lohnvereinbarung während der Probezeit⁷³;
- f) Wegbedingung der Provision als Lohnbestandteil bei Lohnfortzahlungspflicht infolge unverschuldeter Arbeitsverhinderung⁷⁴;
- g) Spezifische Regelung des Auslagenersatzes im Falle einer Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber⁷⁵.

Drittens ist zu beachten, dass auch beim Handelsreisendenvertrag sämtliche Formvorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts einzuhalten sind, wie bspw. die Vereinbarung einer vom Gesetz abweichenden Kündigungsfrist⁷⁶, Verlängerung der Probezeit⁷⁷ oder anderslautenden Überstundenregelung⁷⁸.

65 Art. 347a Abs. 1 lit. c OR.

66 Art. 347a Abs. 1 lit. d OR.

67 ZK-Staehelin, Art. 347a N 2 OR.

68 Art. 348 Abs. 1 OR.

69 Art. 348a Abs. 2 und 3 OR.

70 Art. 348b Abs. 1 OR.

71 Art. 349 OR.

72 Art. 349a Abs. 2 OR.

73 Art. 349a Abs. 3 OR.

74 Art. 349c Abs. 2 OR.

75 Art. 349d Abs. 1 OR.

76 Art. 335c Abs. 2 OR.

77 Art. 335b Abs. 2 OR.

78 Art. 321c OR.

3 Agenturvertrag

3.1 Gegenstand des Agenturvertrages

"Agent ist, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen."⁷⁹

Die Merkmale des Agenturvertrages sind:

1. Dauerschuldverhältnis

Der Agent verpflichtet sich, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber tätig zu sein⁸⁰. Die Dauerhaftigkeit der Tätigkeit für einen bestimmten Auftraggeber gilt beim Vermittlungsagenten als wichtiges Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Mäklervertrag⁸¹.

2. Tätigkeit in fremdem Namen und auf fremde Rechnung

Der Agent vermittelt Vertragsabschlüsse oder schliesst Verträge selbst ab. Sofern letzteres der Fall ist, handelt der Agent im Namen und für Rechnung des Auftraggebers⁸².

3. Selbständige Tätigkeit

Der Agent ist selbständig und steht in keinem Subordinationsverhältnis zum Auftraggeber⁸³. Diese selbständige Tätigkeit der Agentin oder des Agenten ist das zentrale Abgrenzungsmerkmal gegenüber dem Handelsreisendenvertrag⁸⁴.

Das Gesetz unterscheidet zudem, ob der Agent haupt- oder nur nebenberuflich als solcher tätig ist⁸⁵. Wichtig ist diese Unterscheidung insofern, als beim hauptberuflichen Agenten die vertragliche Gestaltungsfreiheit grösser ist⁸⁶. Als nebenberuflicher Agent (Nebenagent) gilt, wer weniger als die Hälfte seiner Arbeitszeit auf die Tätigkeit verwendet und ausserdem aus ihr weniger als die Hälfte seines Einkommens erzielt⁸⁷.

⁷⁹ Art. 418a Abs. 1 OR.

⁸⁰ ZK-Bühler, Art. 418a N 22.

⁸¹ ZK-Bühler, Art. 418a N 38.

⁸² ZK-Bühler, Art. 418a N 5 und 8 f.

⁸³ ZK-Bühler, Art. 418a N 17; OR-Wettenschwiler, Art. 418a N 3.

⁸⁴ BK-Rehbinder, Art. 347 N 11; Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 3; Hirt, S. 81; ZK-Staehelin, Art. 347 N 9 f.; ZK-Bühler, Art. 418a N 32.

⁸⁵ Vgl. Art. 418a Abs. 1 und 2 OR.

⁸⁶ Art. 418a Abs. 2 OR deklariert für den nebenberuflichen Agenten einige Vorschriften als absolut zwingend und erklärt die Schriftform als Gültigkeitsvoraussetzung für sämtliche Abweichungen von der gesetzlichen Regelung.

⁸⁷ ZK-Bühler, Art. 418a N 56; OR-Wettenschwiler, Art. 418a N 11.

3.2 Agenturvertrag als Unterart des Auftrags

Systematisch ist der Agenturvertrag dem Auftragsrecht zuzuordnen. Auf den Vermittlungsagenten kommen ergänzend die Vorschriften des Mäklervertrages und auf den Abschlussagenten ergänzend die Vorschriften über die Kommission zur Anwendung⁸⁸. Auch der Mäkler- und der Kommissionsvertrag gehören zum Auftragsrecht und verweisen ihrerseits subsidiär auf das Recht des einfachen Auftrags⁸⁹. Aus dieser Kaskade von Verweisungen könnte der Schluss gezogen werden, dass auch auf den Agenturvertrag die Vorschriften des einfachen Auftrags anwendbar sind⁹⁰. Da der Agenturauftrag jedoch eine sehr spezielle Art von Auftrag mit vielen Spezialbestimmungen ist, wird die subsidiäre Anwendbarkeit von Art. 394 OR zum Teil auch abgelehnt⁹¹.

3.3 Formvorschriften beim Agenturvertrag

Der Agenturvertrag selbst kann formfrei abgeschlossen werden⁹². Dennoch finden sich im Agenturvertragsrecht verschiedene Formvorschriften, welche einzuhalten sind, falls die Vertragsparteien von der dispositiven Gesetzesregelung abweichen wollen⁹³:

- a) Exklusive Tätigkeit für einen Auftraggeber⁹⁴;
- b) Übernahme der Delcrederehaftung⁹⁵;
- c) Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes⁹⁶;
- d) Nichtexklusive Zuteilung eines bestimmten Gebietes oder Kundenkreises⁹⁷;
- e) Wegbedingung des Provisionsanspruchs für Geschäfte, die ohne Mitwirkung des Agenten abgeschlossen wurden⁹⁸;
- f) Entstehung des Provisionsanspruchs auf einen anderen Zeitpunkt als den Geschäftsabschluss mit dem Kunden⁹⁹;
- g) Pflicht des Agenten zur Erstellung einer Provisionsabrechnung¹⁰⁰;
- h) Verkürzung der Kündigungsfrist im ersten Jahr der Vertragsdauer¹⁰¹;
- i) Spätere als die gesetzliche Fälligkeit für Provisionen, wenn die entsprechenden Geschäfte erst nach Beendigung des Agenturvertrages zu erfüllen sind¹⁰².

88 Art. 418b OR.

89 Mäklervertrag: Art. 412 Abs. 2 OR; Kommission: Art. 425 Abs. 2 OR.

90 Hofstetter, S. 186.

91 BK-Gautschi, Art. 418a-418b N 4b.

92 ZK-Bühler, Art. 418a N 59.

93 Vgl. dazu: ZK-Bühler, Art. 418a N 59.

94 Art. 418c Abs. 2 OR.

95 Art. 418c Abs. 3 OR.

96 Art. 418d Abs. 2 i.V.m. Art. 340 OR.

97 Art. 418f Abs. 3 OR.

98 Art. 418g Abs. 1 OR.

99 Art. 418g Abs. 3 OR.

100 Art. 418k Abs. 1 OR.

101 Art. 418q Abs. 1 OR.

102 Art. 418f Abs. 3 OR.

Bei den Bestimmungen zum Auftrag¹⁰³, Mäklervertrag¹⁰⁴ und der Kommission¹⁰⁵, welche zum Teil ergänzend anwendbar sein können¹⁰⁶, finden sich keine weiteren Formvorschriften.

Umfassend sind die Formvorschriften für nebenberufliche Agenten. Bei ihnen gelten sämtliche Bestimmungen über den Agenturvertrag, sofern nicht schriftlich etwas anderes vereinbart wurde¹⁰⁷.

4 Gemeinsamkeiten und Unterschiede

4.1 Gemeinsamkeiten von Handelsreisenden- und Agenturvertrag

Obwohl vorwiegend die Unterschiede von näherem Interesse sind, lohnt sich dennoch ein kurzer Blick auf die Gemeinsamkeiten von Handelsreisenden- und Agenturvertrag. Dies vor allem um sich bewusst zu machen, wie stark sich diese beiden Vertragsarten überschneiden, was denn auch der Grund für Abgrenzungsschwierigkeiten ist¹⁰⁸.

1. Vertrag auf Arbeitsleistung

Sowohl der Arbeitsvertrag als auch der Auftrag, und damit auch der Handelsreisenden- und der Agenturvertrag, gehören zur Kategorie der Verträge auf Arbeitsleistung¹⁰⁹. Bei beiden Vertragsarten liegt die vertragstypische Leistung einer Partei in der Erbringung einer Arbeitsleistung.

2. Entgeltlichkeit

Sowohl der Agenturvertrag als auch der Arbeitsvertrag sind entgeltlich¹¹⁰.

3. Dauerschuldverhältnis

Beide Vertragsarten sind Dauerschuldverhältnisse. Die Obligation erlischt also nicht mit deren Erfüllung, sondern bedingt eine Kündigung des Vertrages¹¹¹.

4. Abschluss oder Vermittlung von Verträgen in fremdem Namen und auf fremde Rechnung¹¹²

Bei beiden Vertragsarten verpflichtet sich der aktiv Tätige nicht selbst, sondern einen Dritten. Beim Arbeitsvertrag ist dies der Arbeitgeber, beim Agenturvertrag

¹⁰³ Art. 394 ff. OR.

¹⁰⁴ Art. 412 OR.

¹⁰⁵ Art. 425 OR.

¹⁰⁶ Art. 418b OR.

¹⁰⁷ Art. 418a Abs. 2 OR.

¹⁰⁸ Vgl. dazu auch Hirt, S. 80 f.

¹⁰⁹ OR-Weber, Vorbem. zu Art. 394 - 406 N 2; Streiff/von Kaenel, Art. 319 N 2.

¹¹⁰ Handelsreisendenvertrag: Art. 322 OR; Streiff/von Kaenel, Art. 322 N 2; Agenturvertrag: Art. 418g OR, welcher aber teilweise dispositives Recht ist (ZK-Bühler, Art. 418g N 25).

¹¹¹ Handelsreisendenvertrag: Streiff/von Kaenel, Art. 319 N 2; Agenturvertrag: ZK-Bühler, Art. 418a N 6.

¹¹² Handelsreisendenvertrag: BK-Rehbinder, Art. 347 N 5 f.; Agenturvertrag: ZK-Bühler, Art. 418a N 5 und 8 f.

der Beauftragte¹¹³. Zudem erfolgt der Vertragsabschluss auf fremde Rechnung, d.h. nicht im eigenen wirtschaftlichen Interesse¹¹⁴.

Eine weitere Gemeinsamkeit ist das Ziel, Geschäfte abzuschliessen oder zu vermitteln. Die Aktivitäten beider Typen von Verkäufern sind direkt auf den Absatz ausgerichtet¹¹⁵.

5. Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräume

Sowohl Agenten als auch Handelsreisende sind ausserhalb der Unternehmung, bzw. der Geschäftsräume tätig¹¹⁶. Dies führt zu einer, im Vergleich zum gewöhnlichen Angestellten, relativ grossen Freiheit in Bezug auf die Art und Weise, wie und wann die Arbeit erledigt wird.

6. Pflicht zur Tätigkeit

Sowohl der Agent als auch der Handelsreisende sind zu einer Tätigkeit verpflichtet. Nicht als Handelsreisender gilt, wer nur gelegentlich für den Arbeitgeber tätig ist¹¹⁷, indem er nur von Zeit zu Zeit Geschäfte für ein Unternehmen vermittelt oder abschliesst¹¹⁸. „Liegt aber keine Arbeitspflicht vor, so fehlt es an einem Arbeitsverhältnis.“¹¹⁹ Auch beim Agenturvertrag besteht eine Pflicht des Beauftragten, im Interesse des Geschäftsherrn tätig zu werden¹²⁰.

4.2 Unterschiede zwischen Handelsreisenden und Agenten

Arbeitsvertrag und Auftrag unterscheiden sich hauptsächlich durch das Element der Abhängigkeit und Unterordnung voneinander. Zentrales Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Handelsreisenden- und dem Agenturvertrag ist die Frage der Subordination bzw. des Abhängigkeitsverhältnisses¹²¹. Ob ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, beurteilt sich anhand des Weisungsrechts und der praktizierten Arbeitsorganisation¹²². Als weiteres Abgrenzungsmerkmal zu erwähnen ist die Verteilung des Geschäftsrisikos zwischen Geschäftsherrn und dem Aussendienstmitarbeiter¹²³. Ein Agent ist ohne weiteres in der Lage, das gesamte Geschäftsrisiko vollumfänglich zu übernehmen, währenddem dies bei der oder dem Handelsreisenden nur in einem beschränkten Umfang möglich ist¹²⁴.

¹¹³ Handelsreisendenvertrag: ZK-Staehelin, Art. 347 N 5; Agenturvertrag: ZK-Bühler, Art. 418a N 8.

¹¹⁴ Hirt, S. 90; Handelsreisendenvertrag: BK-Rehbinder, Art. 347 N 5; Agenturvertrag: ZK-Bühler, Art. 418a N 9.

¹¹⁵ Handelsreisendenvertrag: Hirt, S. 67; BK-Rehbinder, Art. 347 N 3.

¹¹⁶ Handelsreisendenvertrag: ZK-Staehelin, Art. 347 N 7; Agenturvertrag: ZK-Bühler, Art. 418a N 18.

¹¹⁷ Art. 347 Abs. 2 OR.

¹¹⁸ BK-Rehbinder, Art. 347 N 9.

¹¹⁹ BK-Rehbinder, Art. 347 N 9, m.V.a. BGer. ARV 1956, S. 59.

¹²⁰ BK-Rehbinder, Art. 347 N 9; ZK-Bühler, Art. 418a N 39.

¹²¹ BK-Rehbinder, Art. 347 N 11; Streiff/von Kaenel, Art. 347 N 3; Hirt, S. 81; ZK-Staehelin, Art. 347 N 9 f.; ZK-Bühler, Art. 418a N 32.

¹²² ZK-Bühler, Art. 418a N 32 f.; ZK-Staehelin, Art. 347 N 10; BK-Rehbinder, Art. 12 f.; Hirt, S. 81.

¹²³ ZK-Staehelin, Art. 347 N 9; BK-Rehbinder, Art. 347 N 13; Hirt, S. 90.

¹²⁴ ZK-Staehelin, Art. 347 N 9; BK-Rehbinder, Art. 347 N 13; Hirt, S. 90.

4.2.1 Umfang des Weisungsrechts

4.2.1.1 Weisungsrecht bezüglich der Gestaltung der Tätigkeit

Schreibt der Geschäftsherr vor, wann der Aussendienstmitarbeiter welche Kunden, in welcher Reihenfolge und an welchem Ort zu besuchen hat, so sprechen diese Indizien für das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages¹²⁵. Dasselbe gilt in Bezug auf Vorschriften betreffend Art und Weise der Kundenbetreuung, das Führen von Verkaufsgesprächen oder die Wahl der Arbeitsmethoden¹²⁶.

4.2.1.2 Weisungsrecht in zeitlicher Hinsicht

Der Agent arbeitet als selbständig Erwerbstätiger und ist entsprechend frei in der Einteilung seiner Arbeitszeit. Schreibt der Geschäftsherr eine bestimmte Arbeitszeit oder Arbeitszeitverteilung vor, so spricht dies eher gegen das Vorliegen eines Agenturvertrages¹²⁷. Zudem von Bedeutung ist die Frage der Freiheit des Aussendienstmitarbeiters bei Festlegung und Bezug seiner Ferien oder einzelner freier Tage¹²⁸.

4.2.1.3 Rapportierungspflicht: Weisungsrecht bezüglich Informationsherausgabe

Der Informationsanspruch des Auftraggebers beschränkt sich auf sachliche Informationen betreffend Kunden, abgeschlossene Geschäfte, etc.¹²⁹ Demgegenüber steht dem Arbeitgeber eines Handelsreisenden ein umfassender Informationsanspruch zu, namentlich auch in Bezug auf Informationen, welche der Kontrolle des Angestellten dienen (Rapporte bezüglich Arbeitszeiten, -methoden oder administrative Tätigkeiten)¹³⁰.

HIRT verweist darauf, dass dem Umfang einer Rapportierungspflicht in der Praxis grosse Bedeutung zukommt für die Unterscheidung zwischen Handelsreisenden- und Agenturvertrag, weil dadurch das Ausmass der Subordination zum Ausdruck kommt¹³¹.

4.2.2 Arbeitsorganisation

„Unterhält der Geschäftsvermittler eine eigene Arbeitsorganisation, für die er das unternehmerische Risiko trägt, ist er als selbständiger Unternehmer Agent.“¹³² Verfügt die oder der Aussendienstmitarbeitende über eine eigene, womöglich selbst finanzierte Verkaufsinfrastruktur, ist dies ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses¹³³. Unter den Begriff der Arbeitsorganisation fallen Merkmale wie eigene Firma (Handelsregistereintrag), selbst eingebrachtes Betriebskapital, eigene

¹²⁵ ZK-Staehelin, Art. 347 N 10; ZK-Bühler, Art. 418a N 32; BK-Rehbinder, Art. 347 N 12.

¹²⁶ ZK-Staehelin, Art. 347 N 10; ZK-Bühler, Art. 418a N 32; BK-Rehbinder, Art. 347 N 12.

¹²⁷ Hirt, S. 87; ZK-Staehelin, Art. 347 N 10; BK-Rehbinder, Art. 347 N 12; je m.w.V.

¹²⁸ Hirt, S. 87; ZK-Staehelin, Art. 347 N 10; BK-Rehbinder, Art. 347 N 12; je m.w.V.

¹²⁹ Hirt, S. 88, m.V.a. BGE 83 II 322; ZK-Staehelin, Art. 347 N 10.

¹³⁰ Art. 321b i.V.m. Art. 355 OR; Hirt, S. 88; OR-Rehbinder/Portmann, Art. 321b N 1.

¹³¹ Hirt, S. 88, m.V.a. BGE 99 II 314, BGE 83 II 322, JAR 1980, S. 316.

¹³² BK-Rehbinder, Art. 347 N 13 (im Original teilweise fettgedruckt).

¹³³ Hirt, S. 89; BK-Rehbinder, Art. 347 N 13; ZK-Bühler, Art. 418a N 33.

Bürräumlichkeiten, eigene Mitarbeiter, eigene Buchhaltung, eigene Werbung etc.¹³⁴. Umgekehrt jedoch bedeutet das Fehlen einer eigenen Arbeitsorganisation nicht zwingend das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages¹³⁵.

4.2.3 Übernahme des Geschäftsrisikos

Typischerweise trägt ein Unternehmer - im Unterschied zu der oder dem Angestellten - das wirtschaftliche Risiko für sein Handeln selbst¹³⁶. Beim Handelsreisenden- und Agenturvertrag geht es bei der Übernahme des wirtschaftlichen Risikos um die Frage, wer für die Unkosten und vergeblichen Bemühungen bei erfolgloser Vermittlungstätigkeit aufzukommen hat¹³⁷. Beim Agenturvertrag steht es den Parteien offen, eine rein erfolgsorientierte Provisionsentschädigung zu vereinbaren¹³⁸. Demgegenüber ist eine reine Provisionsentlohnung beim Handelsreisendenvertrag nur dann zulässig, wenn daraus ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden resultiert¹³⁹. Dieser Grundsatz ist eine logische Folge aus der zwingenden Entgeltlichkeit im Einzelarbeitsvertragsrecht¹⁴⁰.

5 Vertragsgestaltung

5.1 Vorgehen bei der Ausgestaltung von Verträgen

Bevor ein Vertrag aufgesetzt wird, sollte geklärt werden, erstens welche Aufgaben und Kompetenzen übertragen und zweitens in welcher Form die Zusammenarbeit ausgestaltet werden soll. Die Ausgestaltung des konkreten Vertrages selbst ist erst in einem dritten Schritt von Interesse, nachdem man sich über die eigenen Bedürfnisse und konkreten Verhältnisse bewusst ist.

5.1.1 Klärung des Aufgabenprofils

Damit überhaupt ein Handelsreisenden- oder Agenturvertrag in Frage kommt, muss eine entsprechende Tätigkeit vorliegen, d.h. die gemeinsamen Voraussetzungen eines Handelsreisenden- bzw. Agenturvertrages müssen erfüllt sein¹⁴¹. Erwähnenswert sind insbesondere zwei Aspekte:

Erstens beschränkt sich die Tätigkeit des Aussendienstmitarbeiters auf die Vermittlung bzw. den Abschluss von Geschäften. Soll das Aufgabengebiet auch die Auslieferung der Ware, die Instruktion des Kunden, der Kundenservice bei Reklamationen,

¹³⁴ Hirt, S. 89; BK-Rehbinder, Art. 347 N 13; ZK-Bühler, Art. 418a N 33 f.; ZK-Staehelin, Art. 347 N 10.

¹³⁵ Hirt, S. 89; BK-Rehbinder, Art. 347 N 13; je m. V. a. JAR 1980, S. 316 und ARV 1957, S. 56 f.

¹³⁶ Das Wirtschaftsrisiko trägt der Arbeitgeber: ZK-Staehelin, Art. 324 N 14; Streiff/von Kaenel, Art. 324 N 5.

¹³⁷ Hirt, S. 90.

¹³⁸ Art. 418g OR; ZK-Bühler, Art. 418g N 5 f.

¹³⁹ Art. 349a Abs. 2 OR.

¹⁴⁰ Art. 322 OR; Streiff/von Kaenel, Art. 322 N 2.

¹⁴¹ Vgl. dazu oben, Ziff. 4.1, S. 10.

Installationsarbeiten oder gar das Inkasso der Forderung umfassen, sprengt dies den Rahmen der beiden Vertragsarten¹⁴².

Zweitens muss die Tätigkeit auf den Warenabsatz ausgerichtet sein, d.h. schwerge-
wichtig auf die Vermittlung oder den Abschluss von Verträgen mit Kunden. Wie be-
reits erwähnt, kommen die Vorschriften des Handelsreisendenvertrages nur dann zur
Anwendung, wenn die oder der Angestellte vorwiegend reist und seine Tätigkeit auf
den Abschluss oder die Vermittlung von Verträgen abzielt¹⁴³. Ein Angestellter, wel-
cher schwerge-
wichtig allgemeine Kundenbetreuung, Beratung, Projektbegleitung
oder andere, nicht primär verkaufsorientierte Dienstleistungen erbringt, ist nach den
Vorschriften des Einzelarbeitsvertrages zu beschäftigen¹⁴⁴.

5.1.2 Welche Art von Zusammenarbeit ist gewünscht?

Lässt sich das Aufgabenprofil mit dem Charakter des Handelsreisenden- oder
Agenturvertrages vereinbaren, so ist als nächstes zu entscheiden, ob der Aussen-
dienstmitarbeiter als Handelsreisender (Arbeitnehmer) oder als Agent (Beauftragter)
verpflichtet werden soll. Diese Entscheidung wird von verschiedenen Faktoren be-
einflusst:

- Verfügt das Unternehmen bereits über ein bestehendes Vertriebsnetz mit Han-
delsreisenden, kommt eine Anstellung via Agenturvertrag in der Regel nicht in
Frage, sofern nicht das gesamte (Vertriebs-)System hinterfragt werden soll.
- Ob der Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen via Angestellte oder Agenturen
erfolgt, ist in vielen Fällen auch eine Frage der Branchen-usanz. Diese ist für die
Unternehmung insofern beachtlich, als es sicherlich gute Gründe für eine solche
Usanz geben wird. Zudem wird sich auch die Personalrekrutierung erschweren,
wenn sich das Vertriebssystem nicht mit den branchenüblichen Vorgaben
deckt¹⁴⁵.
- Zu beachten sind im weiteren auch die Bedürfnisse der anderen Vertragspartei,
welche sich nicht als Agent verpflichten wird, wenn sie grossen Wert auf eine un-
selbständige Tätigkeit mit geregelterm Jahreseinkommen legt.

Neben diesen, nichtjuristischen Aspekten spielen natürlich vor allem die rechtlichen
Rahmenbedingungen eine gewichtige Rolle. Je nachdem, wie sich die Unterneh-
mung eine vertragliche Zusammenarbeit vorstellt, wird sie sich für einen Arbeitsver-
trag oder einen Auftrag entscheiden.

Nachfolgend werden einige konkrete Problemstellungen und die diesbezüglichen
Ausgestaltungsmöglichkeiten beim Handelsreisenden- und Agenturvertrag erläutert.
Zu erwähnen bleibt an dieser Stelle, dass auch weitere (juristische) Einflussfaktoren
eine Rolle spielen können. So sind bspw. Gesamt- oder Normalarbeitsverträge

¹⁴² In diesem Falle handelte es sich nicht um einen Handelsreisenden, sondern einen
„gewöhnlichen“ Arbeitnehmer einerseits, und nicht um einen Agenten, sondern einen Händler
(Auftragsrecht oder Kaufrecht) andererseits.

¹⁴³ Hirt, S. 66 f.

¹⁴⁴ Hirt, S. 67; BK-Rehbinder, Art. 347 N 3.

¹⁴⁵ Ist bspw. der Vertrieb via Arbeitnehmer üblich, werden sich stellensuchende Handelsreisende
wohl nicht bewerben, wenn eine Unternehmung unabhängige Agenten sucht.

grundsätzlich auch auf Handelsreisende anwendbar¹⁴⁶. Will man die Anwendbarkeit eines Gesamt- oder Normalarbeitsvertrages vermeiden, so muss die vertragliche Beziehung nach Auftragsrecht ausgestaltet werden, falls der Handelsreisende in den Anwendungsbereich eines solchen Gesamtarbeitsvertrages fällt¹⁴⁷.

5.2 Detailfragen zum Handelsreisenden- und Agenturvertrag

5.2.1 Vertragspartei beim Agenturvertrag

Im Unterschied zum Handelsreisenden¹⁴⁸ trifft den Agenten nicht zwingend die Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung¹⁴⁹. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn nicht ein „Agent“, sondern eine „Agentur“, womöglich gar eine juristische Person beauftragt wird. Ob eine bestimmte Person oder eine Gesellschaft als Agentin Auftragnehmerin wird, hängt von den Bedürfnissen der Auftraggeberin ab. Beide Alternativen haben ihre spezifischen Vor- und Nachteile.

5.2.2 Aufgaben und Kompetenzen

5.2.2.1 Vertragsvermittlung oder -abschluss?

Betreffend die Aufgaben und Kompetenzen wird im Vertrag festzulegen sein, ob der Handelsreisende oder Agent Verträge nur vermitteln oder diese auch im Namen der Geschäftsherrin abschliessen darf¹⁵⁰. Sofern nichts anderes vereinbart, sind sowohl der Handelsreisende als auch der Agent nur zur Vermittlung von Geschäften befugt¹⁵¹. Vertraglich kann ihnen die Kompetenz zum Vertragsabschluss zugestanden werden, wobei dies beim Handelsreisenden der Schriftform bedarf¹⁵², während dem Agenten auch mündlich oder gar konkludent eine solche Vollmacht verliehen werden kann¹⁵³. Um klare Verhältnisse zu schaffen, empfiehlt es sich, die Kompetenzen des Aussendienstmitarbeitenden in jedem Fall in den schriftlichen Vertrag aufzunehmen. Ebenfalls zu prüfen sein wird in diesem Zusammenhang die Frage der Eintragung einer Zeichnungsberechtigung im Handelsregister.

¹⁴⁶ BK-Rehbinder, Art. 355 N 2; ZK-Staehelin, Art. 355 N 4.

¹⁴⁷ Der Handelsreisende ist ein Aussendienstmitarbeiter und somit im kaufmännischen bzw. administrativen Bereich der Unternehmung tätig. Solche Angestellte sind vom Geltungsbereich allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge zum Teil ausgenommen (Bspw. Art. 2 Abs. 2 lit. c L-GAV Metallgewerbe, Art. 3 Abs. 2 lit. b LMV Bauhauptgewerbe). Probleme können aber auch in diesem Fall auftreten, bspw. wenn Angestellte gleichzeitig sowohl im Betrieb selber (als Handwerker) als auch im Aussendienst (als Verkäufer) tätig sind.

¹⁴⁸ Art. 355 i.V.m. Art. 321 OR.

¹⁴⁹ OR-Wettenschwiler, Art. 418a N 3.

¹⁵⁰ Art. 347 Abs. 1 OR; Art. 418a Abs. 1 OR.

¹⁵¹ Art. 348b Abs. 1 OR; Art. 418e Abs. 1 OR.

¹⁵² Art. 348b Abs. 1 OR.

¹⁵³ OR-Wettenschwiler, Art. 418a N 6, m.w.V.

5.2.2.2 Entgegennahme von Zahlungen

Einer ausdrücklicher Ermächtigung bedarf der Handelsreisende, wenn er Zahlungen von Kunden entgegennehmen oder ihnen Zahlungsfristen gewähren darf¹⁵⁴. Dasselbe gilt für die oder den Agenten¹⁵⁵.

5.2.2.3 Anderweitige Tätigkeiten

Vertreibt der Handelsreisende Produkte für Gewerbetreibende, kommen neben der eigentlichen Vertriebstätigkeit nicht selten weitere Pflichten wie Beratung, Projektbegleitung, technische Unterstützung und ähnliches hinzu. Weiter findet sich in Arbeitsverträgen häufig die Klausel, dass der oder dem Angestellten auch andere, zumutbare Arbeiten zugewiesen werden können¹⁵⁶. Auch wenn solche Vertragsklauseln sinnvoll sind, ist doch im Auge zu behalten, dass es nicht zu einer „schleichenden Umqualifizierung“ der Vertragsart kommen darf. Als Handelsreisender gilt nur, wer vorwiegend eine Reisetätigkeit ausübt¹⁵⁷, und diese Reisetätigkeit muss auf die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften ausgerichtet sein¹⁵⁸. Nicht zum Tätigkeitsbereich des Handelsreisenden gehört der Direktverkauf von Waren oder Aufgaben im Zusammenhang mit der Abwicklung des Verkaufs¹⁵⁹.

Dasselbe gilt auch für die oder den Agenten: Überträgt man der oder dem Beauftragten weitere Aufgaben, kann auch hier die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zu Überraschungen führen. Bei einer Ausdehnung von Rechten und Pflichten ist vor allem darauf zu achten, dass kein Subordinationsverhältnis entsteht, und das Vertragsverhältnis dadurch als Arbeitsvertrag qualifiziert wird¹⁶⁰.

5.2.3 Entlöhnung und Auslagenersatz

5.2.3.1 (Variable) Entlöhnung

5.2.3.1.1 Handelsreisendenvertrag

Häufig setzt sich der Lohn des Handelsreisenden aus einem fixen Monatslohn und einer variablen Entschädigung zusammen. Der variable Teil des Monatsgehältes lässt sich unterschiedlich ausgestalten. Zum Einen kann die oder der Angestellte in Form einer Gewinnbeteiligung am Erfolg der Unternehmung beteiligt werden¹⁶¹. Zum Anderen steht die Möglichkeit offen, nicht auf eine Nettoleistung im Sinne von Gewinn, sondern auf Bruttozahlen wie bspw. Umsatz oder Anzahl verkaufter Einheiten abzustellen¹⁶².

¹⁵⁴ Art. 348b Abs. 2 OR.

¹⁵⁵ Art. 418e Abs. 2 OR, welcher als dispositives Recht gilt: ZK-Bühler, Art. 418e N 13 ff.

¹⁵⁶ Vgl. dazu BK-Rehbinder, Art. 321 N 7.

¹⁵⁷ Art. 347 Abs. 2 OR; Vgl. oben, Ziff. 2.2.1, S. 4.

¹⁵⁸ Vgl. oben, Ziff. 4.1, Punkt 4, S. 10.

¹⁵⁹ Vgl. oben, Ziff. 2.2, Punkt 6, S. 4.

¹⁶⁰ Vgl. zur Abgrenzung oben, Ziff. 4.2, S. 11.

¹⁶¹ Art. 322a OR; Diese Form der Entlöhnung ist auch beim Handelsreisenden nicht ausgeschlossen (gl. M. BK-Rehbinder, Art. 349a N 5, welcher von einem „weit zu fassenden Provisionsbegriff“ spricht; vgl. auch BK-Rehbinder, Art. 322b N 3).

¹⁶² Art. 322b OR; BK-Rehbinder, Art. 322b N 2.

Die Unterscheidung zwischen der Beteiligung am Geschäftsergebnis gemäss Art. 322a OR und einer Provision nach Art. 322b OR hat mehr als nur theoretische Bedeutung. Bei der Provision wird der Entstehungszeitpunkt des Rechtsanspruches gesetzlich geregelt: Der Anspruch der oder des Angestellten auf eine Provision entsteht mit rechtsgültigem Abschluss des Vertrages zwischen Arbeitgeber und Kunde¹⁶³. Diese Regelung ist teilzwingend, womit auch eine für den Angestellten günstigere Vereinbarung getroffen werden kann¹⁶⁴. Als Ausnahme von diesem Grundsatz sieht Art. 350a Abs. 1 OR vor, dass bei Beendigung des Handelsreisendenvertrages nicht nur die abgeschlossenen Geschäfte, sondern auch die Bestellungseingänge einen Provisionsanspruch entstehen lassen¹⁶⁵. Diese Bestimmung sagt allerdings nichts aus über die Fälligkeit des Provisionsanspruches¹⁶⁶, und sie gilt auch nicht als Ausnahmeregelung vom Grundsatz, wonach ein Provisionsanspruch nachträglich wegfällt, wenn der Vertrag ohne Verschulden des Arbeitgebers nicht erfüllt wird¹⁶⁷. Vereinbaren Arbeitgeber und Handelsreisender eine ausschliesslich variable Entlohnung, so muss dies schriftlich erfolgen und ist nur dann zulässig, „(...)wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt.“¹⁶⁸ Mit dieser Regelung soll die Abwälzung des Lohnrisikos auf die oder den Angestellten verhindert werden¹⁶⁹. Eine Entlohnung gilt als angemessen, wenn sie unter Berücksichtigung des erfolgten Arbeitseinsatzes, der Ausbildung, der Anzahl Dienstjahre, des Alters und den sozialen Verpflichtungen des Angestellten eine anständige Lebensführung ermöglicht¹⁷⁰.

5.2.3.1.2 Agenturvertrag

Wie beim Handelsreisendenvertrag¹⁷¹ unterscheidet das Gesetz auch beim Agenturvertrag zwischen exklusiver und nicht exklusiver Tätigkeit. Wird dem Agenten ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis ausschliesslich zugewiesen, so besteht ein Anspruch auf Provision für sämtliche abgeschlossenen Geschäfte zwischen Auftraggeber und Kunden, unabhängig von der Mitwirkung des Agenten¹⁷². Bei nicht-exklusiver Zuweisung eines Gebietes entsteht der Anspruch nur für die durch den Agenten effektiv vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte und zudem für all diejenigen Vertragsabschlüsse, bei denen der Agent den Kunden zwar nicht vermittelt, diesen aber geworben hat¹⁷³. Diese Grundsätze sind dispositives Recht, und können von den Vertragsparteien in Form einer schriftlichen Vereinbarung an-

¹⁶³ Art. 322b Abs. 1 OR.

¹⁶⁴ Art. 362; BK-Rehbinder, Art. 322b N 5.

¹⁶⁵ BK-Rehbinder, Art. 350a N 1; ZK-Staehelin, Art. 350a N 2 f.

¹⁶⁶ BK-Rehbinder, Art. 350a N 1; ZK-Staehelin, Art. 350a N 2 f.

¹⁶⁷ Art. 322b Abs. 3 OR; ZK-Staehelin, Art. 350a N 5; BK-Rehbinder, Art. 350a N 5, m.V.a. BGE 116 II 700.

¹⁶⁸ Art. 349a Abs. 2 OR.

¹⁶⁹ BK-Rehbinder, Art. 349a N 3.

¹⁷⁰ ZK-Staehelin, Art. 349a N 4, m.w.V.

¹⁷¹ Vgl. dort, Art. 349b OR.

¹⁷² Art. 418g Abs. 2.

¹⁷³ Art. 418g Abs. 1 OR.

derweitig geregelt werden¹⁷⁴. Der Entstehungszeitpunkt des Provisionsanspruches deckt sich mit der Regelung im Einzelarbeitsvertragsrecht¹⁷⁵, die Vertragsparteien können jedoch schriftlich eine differenzierte Regelung vereinbaren¹⁷⁶.

Das Agenturvertragsrecht regelt relativ ausführlich diverse Modalitäten im Zusammenhang mit der Provision als Entschädigung, weshalb an dieser Stelle auf den Gesetzestext verwiesen wird¹⁷⁷. Diesbezüglich gilt anzumerken, dass bei der Ausgestaltung eines Agenturvertrages die gesetzlichen Vorgaben zu konsultieren und mittels - häufig notwendiger schriftlicher - Vertragsabrede an die konkreten Bedürfnisse anzupassen sind.

Erwähnenswert ist schliesslich eine weitere Entschädigungspflicht des Auftraggebers: Führte die Tätigkeit des Agenten beim Auftraggeber zu einer wesentlichen Erweiterung seines Kundenkreises, so hat der Agent einen zwingenden Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, sofern dem Auftraggeber auch nach Beendigung des Agenturvertrages daraus ein erheblicher Vorteil erwächst¹⁷⁸.

5.2.3.2 Kosten und Spesen

Der Arbeitgeber hat sämtliche, bei der Ausführung der Arbeit notwendigen Auslagen seines Angestellten zu ersetzen¹⁷⁹. Der Handelsreisende hat als Arbeitnehmer also Anspruch auf Übernahme sämtlicher, während seiner Reisetätigkeit anfallenden Kosten durch den Arbeitgeber¹⁸⁰. Auch beim Handelsreisenden besteht die Möglichkeit, Berufsauslagen in Form einer monatlichen Pauschale zu entschädigen, allerdings bedarf eine solche Vereinbarung der Schriftform¹⁸¹. Eine diesbezügliche Sonderregelung für Handelsreisende findet sich einzig in Bezug auf die Kostenverteilung bei Angestellten, die für mehrere Arbeitgeber gleichzeitig tätig sind¹⁸².

Der Agent als selbständiger Unternehmer trägt die allgemeinen Kosten und Auslagen für den Geschäftsbetrieb typischerweise selbst¹⁸³. Zu entschädigen sind dem Agenten nur solche Aufwendungen, die er „(...) auf besondere Weisung des Auftraggebers (...) auf sich genommen hat, wie Auslagen für Frachten und Zölle.“¹⁸⁴ Vertraglich kann von dieser Regelung abgewichen werden, namentlich durch Vereinbarung einer (monatlichen) Pauschalentschädigung. In diesem Fall besteht aber die Gefahr, dass

174 Wobei Schriftlichkeit nur für abweichende Vereinbarungen im Fall von Art. 418g Abs. 1 OR erforderlich ist.

175 Art. 323b Abs. 1 OR.

176 Art. 418g Abs. 3 OR.

177 Delcredere (Art. 418h OR); Fälligkeit der Provision (Art. 418i OR); Provisionsabrechnung (Art. 418k OR); Inkassoprovisionen (Art. 418l OR); Provisionsfortzahlungspflicht (Art. 418m OR); Provisionsanspruch nach Beendigung des Agenturvertrages (Art. 418t OR).

178 Art. 418u OR.

179 Art. 327a Abs. 1 OR.

180 Art. 327a i.V.m. Art. 355 OR.

181 Art. 327a Abs. 2 i.V.m. Art. 355 OR.

182 Art. 349d OR.

183 Art. 418n OR; ZK-Bühler, Art. 418n N 1.

184 Art. 418n Abs. 1 OR.

eine solche Vereinbarung als Indiz für das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages betrachtet wird¹⁸⁵.

5.2.3.3 Vertragliche Ausgestaltung der Entschädigung

Die vertragliche Regelung der Entlohnung bzw. Entschädigung ist ein ganz zentraler Punkt, sowohl beim Handelsreisenden- als auch beim Agenturvertrag. Vor allem bei ersterem sind die rechtlichen Charakteristika leistungsorientierter Entlohnung zu berücksichtigen¹⁸⁶. Eine umfassende vertragliche Regelung ist m.E. sehr zu empfehlen, insbesondere in Bezug auf nachfolgende Punkte:

- Welcher Tatbestand lässt eine Provision entstehen? Genügt der Kundennachweis oder wird ein Vertragsabschluss vorausgesetzt?¹⁸⁷
- Genaue Definition der Bemessungsgrundlage: Welche Grösse bildet die Grundlage für die Berechnung der Provision oder Erfolgsbeteiligung¹⁸⁸?
- Zeitpunkt der Auszahlung von Provisionen: Werden Akontozahlungen gemacht, in welchem Rhythmus werden die definitiven Abrechnungen erstellt?
- Sollen die Provisionssätze einseitig verändert werden dürfen¹⁸⁹?
- 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.)?
- Pauschalisierung der Provision im Falle einer Lohnfortzahlungspflicht¹⁹⁰;
- (Vom Gesetz abweichende) Regelung betreffend Übernahme von Kosten und Auslagen.

5.2.4 Arbeitszeit

Der Handelsreisende hat sich als Angestellter der Unternehmung an die vertraglich vereinbarte oder im Betrieb übliche Arbeitszeit zu halten. Der Arbeitgeber kann im Rahmen des Weisungsrechts¹⁹¹ und der gesetzlichen Vorschriften dem Angestellten Beginn, Ende und Modalitäten der Arbeitszeit vorschreiben¹⁹². Da der Handelsreisende bei der Ausübung seines Berufes üblicherweise sehr autonom ist, empfiehlt sich eine sehr sorgfältige Ausgestaltung des Arbeitsvertrages bezüglich Arbeitszeit, Ferien, Überstunden oder Bezug von Freitagen.

¹⁸⁵ ZK-Bühler, Art. 418n N 2.

¹⁸⁶ Vgl. dazu bspw. SENTI, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in AJP 6/2002, S. 669 ff.

¹⁸⁷ Vgl. dazu die dispositive Regelung in Art. 349b Abs. 1 und 2 OR.

¹⁸⁸ Berücksichtigung von Skonti, Rabatten, Rückvergütungen an Kunden, WIR-Zahlungen, Zahlungen von Inkassofirmen für verkaufte Forderungen, Zahlungen von Kreditschutzversicherungen, etc.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ Vgl. dazu die Bemerkungen weiter unten, Ziff. 5.2.5, S. 20.

¹⁹¹ Art. 321d OR.

¹⁹² Sogenannte Zielanweisungen (ZK-Staehelin, Art. 321d N 9; Streiff/von Kaenel, Art. 321d N 5).

Das Recht des Arbeitgebers zur Festlegung von Umfang, Lage und Verteilung der Arbeitszeit wird als typisches Unterscheidungsmerkmal zum Agenturvertrag betrachtet¹⁹³, bei welchem der Agent als selbständiger Unternehmer im Grundsatz frei ist betreffend der zeitlichen Einteilung seiner Arbeit¹⁹⁴. Entschliesst man sich für ein Vertriebssystem in Form von Agenturverträgen, sollten sich die vertraglichen Vereinbarungen oder Weisungen in Bezug auf Zeiteinteilung oder Ferienkoordination mit dem Auftraggeber in engen Grenzen halten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Agenturvertrag nachträglich als Handelsreisendenvertrag qualifiziert wird.

5.2.5 Lohnfortzahlung

5.2.5.1 Lohnfortzahlungspflicht beim Handelsreisenden

Der Handelsreisende hat, als Arbeitnehmer, einen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Falle einer unverschuldeten Verhinderung an der Arbeitsleistung¹⁹⁵. Während sich die Voraussetzungen und die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht nach den allgemeinen Voraussetzungen des Einzelarbeitsvertrages richten, kommt in Bezug auf die Berechnung am Provisionsanteil Art. 349c OR als *lex specialis* zum Tragen¹⁹⁶.

Die Berechnung der „angemessenen“ Entschädigung kann sich relativ schwierig gestalten. STREIFF/VON KAENEL und STAEHELIN stellen fest, dass bei der Berechnung üblicherweise auf eine durchschnittliche Provision abzustellen ist, welche sich aus den 12, der Arbeitsverhinderung vorangehenden Monaten ergibt¹⁹⁷. Dieser Durchschnitt ist aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall nach oben oder unten zu korrigieren, bspw. aufgrund von saisonalen Schwankungen¹⁹⁸.

Art. 324a OR sieht vor, dass der oder dem Angestellten derjenige Lohn zu bezahlen ist, welcher im Falle einer effektiven Tätigkeit verdient worden wäre¹⁹⁹. REHBINDER verweist diesbezüglich auf eine Fortzahlungspflicht nach dem sogenannten „Lohnausfallprinzip“²⁰⁰. Im Unterschied zur allgemeinen Vorschrift, wonach „der darauf entfallende Lohn“²⁰¹ zu bezahlen ist, sieht Art. 349c OR eine „angemessene Entschädigung“²⁰² für die ausgefallene Provision vor. „Angemessen“ bedeutet m. E. nicht, dass die Lohnfortzahlung möglichst demjenigen Niveau entsprechen muss, welches bei effektiver Tätigkeit verdient worden wäre (Lohnausfallprinzip). Vielmehr muss die Lohnfortzahlung angemessen (aber eben nicht gleichhoch) sein im Verhältnis zu dem, was bei effektiver Tätigkeit verdient worden wäre²⁰³. Insofern ist m. E.

¹⁹³ ZK-Staehelin, Art. 347 N 10, m.V.a. BGE 99 II 314 und JAR 1980, S. 315.

¹⁹⁴ ZK-Bühler, Art. 418a N 32.

¹⁹⁵ Art. 324 ff. i.V.m. Art. 355 OR; Art. 349c OR.

¹⁹⁶ BK-Rehbinder, Art. 349c N 1; ZK-Staehelin, Art. 349c N 1; Streiff/von Kaenel, Art. 349c N 2.

¹⁹⁷ Streiff/von Kaenel, Art. 349c N 2; ZK-Staehelin, Art. 349c N 2.

¹⁹⁸ ZK-Staehelin, Art. 349c N 2; BK-Rehbinder, Art. 349c N 2.

¹⁹⁹ Streiff/von Kaenel, Art. 324a/b N 9; OR-Rehbinder/Portmann, Art. 324a N 9.

²⁰⁰ BK-Rehbinder, Art. 324a N 23 und Art. 329d N 5.

²⁰¹ Art. 324a Abs. 1 OR.

²⁰² Art. 349c Abs. 1 OR.

²⁰³ Vgl. bspw. auch die Verwendung dieses Begriffs in Art. 349a Abs. 2 OR, wo gerade nicht auf die Provision abgestellt wird, die sich aus einem hypothetischen Ergebnis errechnet. Vielmehr wird anhand anderer Kriterien versucht, ein „angemessenes“ Lohnniveau zu evaluieren (ZK-Staehelin, Art. 349a N 4).

der Meinung zu widersprechen, bei Art. 349c OR komme das Lohnausfallprinzip zur Anwendung²⁰⁴ und unterscheide sich nicht von den Berechnungsmethoden nach Art. 324a f. OR²⁰⁵. Notwendig ist die Eruierung der hypothetisch verdienten Provision aber trotzdem, nämlich als Vergleichsbasis für die Höhe der „angemessenen Entschädigung“. Die Angemessenheit kann nur dann beurteilt werden, wenn auch bekannt ist, was effektiv verdient worden wäre.

Für die Praxis wichtiger ist m. E. die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, die Lohnfortzahlung für Provisionen auszuschliessen, sofern diese 20 % des Lohnes nicht übersteigen²⁰⁶. Mit „Lohn“ im Sinne des Gesetzestextes ist der gesamte Lohn und nicht nur das Fixgehalt gemeint²⁰⁷. Wenn die Wegbedingung der Lohnfortzahlung für Provisionen zulässig ist, muss es auch möglich sein, diese Provisionen in Form einer Pauschale oder gestützt auf eine vorformulierte Durchschnittsrechnung auszuzahlen. Insofern wäre zu empfehlen, eine entsprechende vertragliche Regelung aufzunehmen, wenn diesbezügliche Unklarheiten vermieden werden sollen.

5.2.5.2 „Lohnfortzahlungspflicht“ beim Agenturvertrag

Beim Agenturvertrag ist der Begriff der Lohnfortzahlungspflicht insofern unkorrekt, als - mangels eines Arbeitsverhältnisses - gar kein Lohn geschuldet ist. Der Gesetzestext spricht denn auch nicht von einer Lohnzahlung, sondern von einer Entschädigung²⁰⁸. Auch wenn die Bezeichnung im Vertrag durch die Parteien für die juristische Qualifikation unerheblich ist²⁰⁹, wird empfohlen, beim Agenturvertrag auf Begriffe des Handelsreisendenvertrages zu verzichten.

Die zu Art. 324 ff. OR des Arbeitsvertragsrechts analoge Bestimmung findet sich in Art. 418m OR. Absatz 1 regelt die Frage einer Entschädigungspflicht, wenn der Auftraggeber den Agenten in gesetzes- oder vertragswidriger Weise schuldhaft am Verdienen einer Provision hindert. Absatz 2 ist das Pendant zur Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung. Letzterer ist allerdings nur auf diejenigen Agenten anwendbar, welche für keinen anderen Auftraggeber gleichzeitig tätig sein dürfen. Zudem muss das Agenturverhältnis mindestens ein Jahr gedauert haben²¹⁰. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Bestimmung decken sich nur zum Teil mit Art. 324a OR:

- Zwar gelten Krankheit, Unfall, Schwangerschaft oder obligatorischer Militärdienst als Verhinderungsgründe, nicht gedeckt ist jedoch die Ausübung eines öffentlichen Amtes²¹¹;

²⁰⁴ BK-Rehbinder, Art. 329d N 5.

²⁰⁵ ZK-Staehelin, Art. 349a N 2; BK-Rehbinder, Art. 349c N 1; Streiff/von Kaenel, Art. 349c N 3.

²⁰⁶ Art. 349c Abs. 2 OR.

²⁰⁷ BK-Rehbinder, Art. 349c N 3 OR; ZK-Staehelin, Art. 349c N 3; Streiff/von Kaenel, Art. 349c N 3; OR-Rehbinder/Portmann, Art. 349c N 1; Allerdings sämtliche Autoren ohne Begründung oder Quellenangabe.

²⁰⁸ Art. 418m OR.

²⁰⁹ Art. 18 OR; Die Begriffsverwendung im Vertrag ist auch für dessen Qualifikation insgesamt nicht von Bedeutung (Hirt, S. 83, m.V.a. BGE 99 II 313).

²¹⁰ Art. 418m Abs. 2 OR.

²¹¹ ZK-Bühler, Art. 418m N 16 ff.

- Deckungsgleich mit dem Arbeitsvertragsrecht ist nach Ansicht von WETTENSCHWILER ist die Bemessung der vom Auftraggeber zu bezahlenden Erwerbsausfallentschädigung bei Arbeitsverhinderung²¹². Auch hier spricht der Gesetzestext in Art. 418m OR von einer „angemessenen Entschädigung nach Massgabe des eingetretenen Verdienstaufalles“²¹³ und nicht von einer Entschädigung im Umfang des eingetretenen Verdienstaufalles. Wie bereits bei der Lohnfortzahlungspflicht für Provisionen des Handelsreisenden lässt sich m. E. auch hier die Meinung vertreten, die Entschädigung müsse „angemessen“ aber eben nicht genau gleich hoch sein²¹⁴.
- Nicht nach demselben Massstab wie beim Arbeitsvertrag prüft sich nach Ansicht von BÜHLER die Frage des Verschuldens²¹⁵, welches den Anspruch auf Lohnfortzahlung untergehen lässt. Seiner Meinung nach sind an den Agenten strengere Anforderungen zu stellen, womit nicht erst bei grobem Selbstverschulden²¹⁶ bzw. offensichtlichem Fehlverhalten²¹⁷ die Anspruchsberechtigung dahinfällt²¹⁸.
- Die angemessene Dauer der Entschädigungspflicht richtet sich nach Ansicht von WETTENSCHWILER nach den für Art. 324 Abs. 2 OR entwickelten Grundsätzen²¹⁹. M. E. ist die Meinung von BÜHLER vorzuziehen, welcher unter anderem mit Verweis auf den Gesetzestext für eine kürzere Entschädigungsdauer plädiert²²⁰. Aber auch er vertritt den Grundsatz, dass die Dauer der Entschädigungspflicht von der Dauer des Vertragsverhältnisses abhängig gemacht werden soll²²¹.

Die Pflicht zur Zahlung einer Erwerbsausfallentschädigung besteht nur beim „Einfirmenagenten“, d.h. wenn der Agent exklusiv für einen einzigen Auftraggeber tätig ist. In Frage gestellt wird zudem, ob Art. 418m Abs. 2 OR auch bei juristischen Personen als Auftragnehmer zur Anwendung gelangt. Verneint wird eine Entschädigungspflicht mit der Begründung, dass nur eine natürliche Person, namentlich durch Krankheit oder Unfall, an der Arbeit verhindert sein kann. Für einen vollumfänglichen Ausschluss juristischer Personen plädiert unter anderem GAUTSCHI²²². Andere Autoren erachten einen generellen Ausschluss als fragwürdig, insbesondere im Hinblick auf Einmanggesellschaften²²³. M. E. ist von einer Pflicht zur Zahlung einer Erwerbsausfallentschädigung bei Einmanggesellschaften in jedem Fall dann abzusehen, wenn der Agent, als Angestellter seiner Gesellschaft, eine entsprechende Taggeldversicherung abgeschlossen hat.

²¹² OR-Wettenschwiler, Art. 418m N 2, allerdings ohne Begründung oder Quellenangabe.

²¹³ Art. 418m Abs. 2 OR.

²¹⁴ Vgl. dazu oben, Ziff. 5.2.5.1, S. 20.

²¹⁵ ZK-Bühler, Art. 418m N 15.

²¹⁶ ZK-Staehelin, Art. 324a N 24.

²¹⁷ OR-Rehbinder/Portmann, Art. 324a N 5.

²¹⁸ ZK-Bühler, Art. 418m N 15.

²¹⁹ OR-Wettenschwiler, Art. 418m N 2.

²²⁰ ZK-Bühler, Art. 418m N 23.

²²¹ ZK-Bühler, Art. 418m N 23.

²²² BK-Gautschi, Art. 418m N 2b.

²²³ ZK-Bühler, Art. 418m N 12; OR-Wettenschwiler, Art. 418m N 3.

5.2.6 Beendigung des Vertragsverhältnisses

Sowohl beim Handelsreisenden- als auch beim Agenturvertrag kommen drei Gründe für die Beendigung des Vertragsverhältnisses in Betracht: Erstens die Beendigung infolge Zeitablauf²²⁴ bei befristeten Verträgen, zweitens infolge ordentlicher²²⁵ und drittens infolge fristloser²²⁶ Kündigung.

Die Beendigung des Handelsreisendenvertrages richtet sich primär nach den allgemeinen Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts. Grundsätzlich gelten somit Kündigungsfristen von einem bis drei Monate, welche mittels schriftlicher Abrede auf mindestens einen Monat reduziert werden können²²⁷. Eine besondere Regelung findet sich einzig in Art. 350 OR, welcher eine zweimonatige Kündigungsfrist vorsieht, sofern die Provision mindestens 20 % des gesamten Lohnes²²⁸ entspricht und erheblichen saisonalen Schwankungen unterliegt. Die Vereinbarung von längeren Kündigungsfristen²²⁹ oder zeitlich befristeter Verträge²³⁰ ist zulässig, und eine Kündigungsfrist von 2 Monaten ist auch im Einzelarbeitsvertragsrecht bereits nach dem 2. Dienstjahr vorgesehen²³¹. Art. 350 OR hat daher nur geringe praktische Bedeutung. Bei der Kündigung des Agenturvertrages sind - obwohl es sich um einen Auftrag handelt²³² - Kündigungsfristen und -termine zu beachten. Im ersten Jahr kann mit einer Frist von einem Monat auf das Monatsende gekündigt werden²³³. Mittels schriftlicher Vereinbarung ist die Verkürzung dieser Kündigungsfrist möglich. Beim überjährigen Vertragsverhältnis beträgt die Kündigungsfrist zwei Monate und die Beendigung ist nur auf das Ende eines Kalendervierteljahres vorgesehen²³⁴. Dieser Kündigungstermin ist dispositives Recht²³⁵. Die Kündigungsfrist hingegen kann nur verlängert, nicht aber verkürzt werden²³⁶. Formvorschriften sind für die Abänderung der Kündigungsfrist oder des Kündigungstermins nicht einzuhalten²³⁷. Handelsreisenden- und Agenturvertrag können aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden²³⁸. Der Agenturvertrag verweist zudem auf eine „entsprechende“ An-

224 Art. 334 i.V.m. Art. 355 OR; Art. 418p OR.

225 Art. 335c i.V.m. Art. 355 OR; Art. 418q OR.

226 Art. 337 i.V.m. Art. 355 OR; Art. 418r OR.

227 Art. 335c i.V.m. Art. 355 OR; ZK-Staehelin, Art. 350 N 1.

228 Auch hier gehen einige Autoren ohne Begründung oder Quellenangabe vom gesamten Lohn aus, obwohl das Gesetz nur von „Lohn“ spricht (BK-Rehbinder, Art. 350 N 1; ZK-Staehelin, Art. 350 N 2).

229 BK-Rehbinder, Art. 350 N 2; ZK-Staehelin, Art. 350 N 4; Streiff/von Kaenel, Art. 350 N 6; OR-Rehbinder/Portmann, Art. 350 N 1.

230 ZK-Staehelin, Art. 350 N 1.

231 Art. 335c Abs. 1 OR.

232 Der Auftrag nach Art. 394 ff. OR kann jederzeit fristlos gekündigt werden (Art. 404 Abs. 1 OR). Diese Kündigungsfreiheit ist zwingendes Recht (BGE 115 II 466).

233 Art. 418q Abs. 1 OR.

234 Art. 418q Abs. 2 OR.

235 ZK-Bühler, Art. 418q N 10, m.w.V.

236 Art. 418q Abs. 2 OR.

237 ZK-Bühler, Art. 418q N 9.

238 Art. 337 i.V.m. Art. 350 OR; Art. 418r OR.

wendbarkeit der Bestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts²³⁹. Eine fristlose Kündigung des Agenturvertrages ist zulässig, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die kündigende Partei als unzumutbar erscheint²⁴⁰. Trotz des Verweises in Art. 418r Abs. 2 OR sind die Vorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts betreffend Schadenersatz wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung nur bedingt anwendbar. Zwar trifft die kündigende Partei eine Schadenersatzpflicht²⁴¹, die Bestimmungen über die Strafzahlung von einem bis sechs Monatslöhnen gemäss Art. 337c Abs. 3 OR gelten nach Ansicht von BÜHLER nur bedingt²⁴². Etwas mehr Klarheit bringt diesbezüglich ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts, welcher Art. 337c Abs. 1 und 2 OR als anwendbar erklärt und einige Ausführungen zur Frage der Bemessung der hypothetisch verdienten Provision enthält²⁴³.

6 Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass beide Vertriebssysteme Vor- und Nachteile aufweisen. Der Entscheid zugunsten der einen oder anderen Vertragsart hängt von den spezifischen Eigenheiten der Unternehmung, des Marktes und nicht zuletzt wohl auch des Angestellten oder Beauftragten ab. Ob ein Handelsreisendenvertrag dem Agenturvertrag vorzuziehen ist oder umgekehrt, lässt sich nicht in allgemeiner Form beantworten.

Sicherlich aber ist nicht nur die Wahl der Vertragsart selbst, sondern auch die sorgfältige Ausgestaltung des gewünschten Vertrages und vor allem die konsequente Handhabung der Vereinbarung in der Praxis von grösserer Bedeutung. Unliebsame (finanzielle) Überraschungen sind nach meinen Erfahrungen nicht die Folge eines falsch gewählten Vertriebssystems, sondern vielmehr ein Resultat schlecht verfasster Verträge, die im betrieblichen Alltag womöglich noch anders als vereinbart praktiziert werden.

²³⁹ Art. 418r Abs. 2 OR.

²⁴⁰ Vgl. dazu ZK-Bühler, Art. 418r N 3; OR-Wettenschwiler, Art. 418r N 4; Mit den dort aufgeführten Beispielen von Kündigungsgründen.

²⁴¹ ZK-Bühler, Art. 418r N 11 ff.; OR-Wettenschwiler, Art. 418r N 7; BK-Gautschi, Art. 418r N 4a.

²⁴² ZK-Bühler, Art. 418r N 11.

²⁴³ BGE 125 III 15 ff.

Literaturverzeichnis

BRUNNER, KURT:

Das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent und seine Drittwirkungen; Diss., Zürich 1981.

BÜHLER, THEODOR (zit.: ZK-Bühler):

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V , Teilband V 2f, Obligationenrecht, Der Agenturvertrag: Art. 418a-418v OR; 3. Auflage, Zürich 2000.

Hofstetter, Josef:

Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag; in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6 (Obligationenrecht -Besondere Vertragsverhältnisse - Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag); Basel 2000.

GAUTSCHI, GEORG (zit.: BK-Gautschi):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 5. Teilband; Kommentar zu den Art. 407-424 OR; Bern 1964.

HIRT, THOMAS:

Zum Begriff des Handelsreisendenvertrags; in ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 1991, S. 63 ff.

MEYER, BEAT:

Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden; Diss., Zürich 1978.

REHBINDER, MANFRED (zit.: BK-Rehbinder):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt; Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR; Bern 1985.

REHBINDER, MANFRED (zit.: BK-Rehbinder):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt; Kommentar zu den Art. 331-355 OR; Bern 1992.

REHBINDER, MANFRED (zit.: Reh binder, Arbeitsrecht):

Schweizerisches Arbeitsrecht; 15. Auflage, Bern 2002.

REHBINDER, MANFRED; PORTMANN, WOLFGANG (zit.: OR-Rehbinder/Portmann):

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR; 3. Auflage, Basel 2003.

STAEHELIN, ADRIAN (zit.: ZK-Staehelin):

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Band V, Teilband V 2c, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag: Art. 319-362 OR; 3. völlig neu bearb. Auflage, Zürich 1996.

STREIFF, ULLIN; VON KAENEL, ADRIAN:

Leitfaden zum Arbeitsvertrag; 5. Auflage, Zürich 1992.

VISCHER, FRANK:

Der Arbeitsvertrag; in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, III (Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse - Der Arbeitsvertrag); 2. Auflage, Basel 1994.

WEBER, ROLF (zit.: OR-Weber):

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR; 3. Auflage, Basel 2003.

WETTENSCHWILER, SUZANNE (zit.: OR-Wettenschwiler):

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR; 3. Auflage, Basel 2003.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, vom 13. März 1964 (SR 822.11)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BL	Baselland
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
etc.	et cetera
f./ff.	folgende / fortfolgende
gl. M.	gleicher Meinung
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
L-GAV	Landesgesamtarbeitsvertrag
LMV	Landesmantelvertrag
m.E.	meines Erachtens
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.V.	mit weiteren Verweisen
N	Note
OGer	Obergericht
OR	Obligationenrecht
Rz	Randziffer
S.	Seite
Seco	Staatssekretariat für Wirtschaft
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkungen
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar