

Handelsreisende: Möglichkeiten und Tretminen bei der Vertragsgestaltung

Dr. iur. Christoph Senti

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

St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2016

Mittwoch, 14. September 2016, Grand Casino Luzern

Mittwoch, 21. September 2016, Kongresshaus Zürich

Inhaltsverzeichnis

1 Vorbemerkungen	3
2 Grundlagen	3
2.1 Gesetzliche Rahmenbedingungen.....	3
2.2 Wesensmerkmale des Handelsreisendenvertrages	4
3 Abgrenzungsfragen	5
3.1 Arbeitsvertrag oder Vertrag ausserhalb des Arbeitsrechts?	5
3.1.1 Agenturvertrag.....	5
3.1.2 Mäklervertrag	7
3.1.3 Kommission.....	8
3.2 Arbeitsvertrag: Handelsreisender oder "normaler" Arbeitnehmer?	8
3.2.1 Vermittlung oder Abschluss, aber keine Abwicklung von Geschäften	8
3.2.2 Tätigkeit für ein kaufmännisches Unternehmen	9
3.2.3 Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräume	10
3.2.4 Vorwiegende Reisetätigkeit des Verkäufers	11
3.2.5 Keine gelegentliche oder vorübergehende Tätigkeit	11
3.2.6 Verkauf auf fremde Rechnung.....	12
4 Gedanken zur Vertragsgestaltung	13
4.1 Rechtsgrundlagen im konkreten Einzelfall	13
4.2 Verkaufsgebiet	14
4.2.1 Anknüpfungspunkt.....	14
4.2.2 Exklusivität	14
4.2.3 (Einseitige) Veränderung des Verkaufsgebietes	15
4.2.3.1 Vertraglich vereinbartes Verkaufsgebiet	15
4.2.3.2 Zuteilung des Verkaufsgebietes via Weisung des Arbeitgebers?	19

4.3	Kompetenzen	20
4.3.1	Vermittlung von Geschäften oder Abschlussvollmacht?	20
4.3.2	Weitere Kompetenzen	22
4.4	Pflichten	22
4.4.1	Allgemeine Bemerkungen.....	22
4.4.2	Zuweisung anderer zumutbarer Arbeiten.....	23
4.4.2.1	Vertragsvereinbarung oder Weisungsrecht?	23
4.4.2.2	Der stille Tod des Handelsreisendenvertrages.....	23
4.4.3	Gesetzlich geregelte Pflichten	24
4.5	Arbeitszeit	25
4.6	Entlöhnung	26
4.6.1	Zeit- und/oder Leistungslohn?	26
4.6.2	Die vertragliche Ausgestaltung von Provisionsabreden	27
4.6.3	Insbesondere: Lohnfortzahlungspflicht und Lohnersatzzahlungen.....	28
4.7	Vertragsende.....	28
4.8	Schlussbestimmungen	29
4.8.1	Gerichtsstandklausel	29
4.8.2	Vertragliche Übernahme von Art. 347 ff. OR.....	30
5	Schlussbemerkungen	31
	Literaturverzeichnis.....	32

1 Vorbemerkungen

Handelsreisende sind aus arbeitsvertraglicher Sicht eine besondere Spezies. Als Arbeitnehmer unterstehen sie dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und trotzdem geniessen sie aufgrund ihrer reisenden Tätigkeit über sehr viel Freiheit. Als Schnittstelle zwischen Unternehmung und Kunden sind sie ausserdem ein entscheidender Informationslieferant 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. Die vorliegende Arbeit zeigt Probleme und Möglichkeiten auf, welche sich bei der vertraglichen Ausgestaltung von Aussendienstverträgen stellen.

2 Grundlagen

2.1 Gesetzliche Rahmenbedingungen

Als besondere Vertragsart untersteht der Handelsreisendenvertrag sowohl den allgemeinen Bestimmungen des Einzelarbeits-¹, als auch den Bestimmungen des Handelsreisendenvertrages².

Das Arbeitsgesetz nimmt den Handelsreisenden unter Vorbehalt von Art. 3a ArG vom Geltungsbereich aus³. Da die Aufzählung in Art. 3a ArG⁴ den Handelsreisenden jedoch nicht erwähnt, sind die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes insgesamt irrelevant⁵. Weitere anwendbare öffentlich-rechtliche Erlasse sind: das Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden⁶, die dazugehörige Verordnung⁷ sowie kantonale Vorschriften⁸. Auf Letztere wird vorliegend nicht näher eingegangen.

Je nach Art des zu vertreibenden Produktes sind weitere spezialgesetzliche Vorschriften zu beachten. Für Arbeitnehmende bzw. Handelsreisende im Bereich des Versicherungswesens

1 Art. 355 i. V. m. Art. 319 ff. OR.

2 Art. 347 ff. OR.

3 Art. 3 Abs. 1 lit. g ArG.

4 Einhaltung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz.

5 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 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 letzter überhaupt davon weiss.

6 Vom 23. März 2001, SR 943.1.

7 Verordnung über das Gewerbe der Reisenden, vom 4. September 2002, SR 943.11.

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

finden sich bereits im Obligationenrecht einzelne spezifische Vorschriften⁹ und Art. 348b Abs. 3 OR verweist ausdrücklich auf das VVG¹⁰. Darüber hinaus gelten für andere Branchen zusätzliche Vorschriften für den Verkauf, was jeweils im Vorfeld zu klären ist¹¹.

2.2 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, nämlich¹²:

- a) Erbringen einer Arbeitsleistung;
- b) Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis);
- c) Privatrechtliches Dauerschuldverhältnis;
- d) Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung.

Hinzu kommen weitere Merkmale, welche einen Einzelarbeitsvertrag zum Handelsreisendenvertrag werden lassen¹³:

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

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."

⁹ Art 322b Abs. 2 OR; Art. 339 Abs. 2 OR; Art. 348a Abs. 3 OR.

¹⁰ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1).

¹¹ Vgl. bspw. das derzeit geplante Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG): <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilung.msg-id-59331.html> (Link besucht am 22. August 2016).

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 2 ff. und Art. 347 N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 1 ff.

¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 347 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 8; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 8; GEISER/MÜLLER, Rz 150.

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

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

Auf diese positiven und negativen Merkmale des Handelsreisendenvertrages wird nachfolgend näher eingegangen¹⁴.

3 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 soll¹⁵. Entscheidet man sich für ein Arbeitsverhältnis, kommt ein Handelsreisendenvertrag nur dann in Frage, wenn die durch den Arbeitnehmer effektiv ausgeübte Tätigkeit diese Vertragsart nicht ausschliesst¹⁶.

3.1 Arbeitsvertrag oder Vertrag ausserhalb des Arbeitsrechts?

3.1.1 Agenturvertrag

Arbeitet der Verkäufer in einem Auftragsverhältnis, liegt in aller Regel ein Agenturvertrag vor¹⁷, eine besondere Art des Auftragsrechts¹⁸. 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 untersteht¹⁹. Zur kompakteren Darstellung folgende Übersicht:

	Handelsreisendenvertrag	Agenturvertrag
Wesensmerkmale		
Tätigkeit	Verkaufstätigkeit in Form von Abschluss oder Vermittlung von Geschäften auf fremde Rechnung ²⁰ .	
Ort der Tätigkeit	Ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten des Arbeitgebers ²¹ .	In aller Regel Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten ²² .

¹⁴ Vgl. unten, Ziff. 3.2, S. 8.

¹⁵ Vgl. nachfolgend, Ziff. 3.1, S. 5 ff.

¹⁶ Vgl. unten, Ziff. 3.2, S. 8.

¹⁷ Art. 418a ff. OR.

¹⁸ Vgl. dazu die Titelstruktur zu Art. 394 ff. OR.

¹⁹ BGer 4C.276/2006, E. 5; Ausführlich: BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 11 ff.; ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 9.

²⁰ Art. 347 OR, Art. 418a OR.

²¹ Art. 347 OR.

²² Im Agenturvertrag findet sich keine Vorschrift, wonach eine Tätigkeit ausserhalb der Räumlichkeiten des Auftraggebers stattfinden muss (vgl. zu den Merkmalen: ZK-BÜHLER, Art. 418a N 5). Dies wird vermutlich aber eher die Regel sein: Eigene Büroräumlichkeiten des Agenten sind ein typi-

Organisation	Subordinationsverhältnis zum Arbeitgeber ²³ .	Keine Vorgaben, darf aber nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen ²⁴ .
Vertragliche Beziehung	Dauerschuldverhältnis ²⁵ und darf zudem nicht nur gelegentlich oder vorübergehend sein ²⁶ .	Dauerschuldverhältnis ²⁷ , andernfalls würde ein Mäklervertrag ²⁸ vorliegen ²⁹ .
Gegenleistung	Vergütung ³⁰ .	
Formvorschriften	<p>Als <i>Gültigkeitserfordernis</i>³¹:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dauer und Beendigung des Arbeitsvertrages, Kündigungsfristen³²; • Vollmacht des Handelsreisenden³³; • Entgelt und Auslagenersatz³⁴; • Anwendbares Recht und Gerichtsstand³⁵; • weitere Formvorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts³⁶; <p><i>Weitere Formvorschriften:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Tätigkeit auf eigene Rechnung oder Rechnung Dritter³⁷; • Nicht exklusive Zuteilung des Verkaufsgebietes³⁸ 	<ul style="list-style-type: none"> • Vom Gesetz abweichende Vereinbarungen für nebenberufliche Agenten³⁹; • Verbot der Tätigkeit für andere Auftraggeber⁴⁰; • Haftung für Vertrags- oder Inkassokosten⁴¹; • Nicht exklusive Tätigkeit in einem Verkaufsgebiet⁴²; • Ausschluss des Provisionsanspruches für Geschäfte, die der Agent nicht vermittelt hat, jedoch mit von ihm gewonnenen Kunden abgeschlossen werden⁴³; • Vom Gesetz abweichender Zeitpunkt der Entstehung des Provisionsanspruches⁴⁴;

sches Indiz für eine selbständige Tätigkeit (ZK-BÜHLER, Art. 418 N 18). Umgekehrt kann eine Verkaufstätigkeit in den Räumen des "Auftraggebers" ein Hinweis auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses sein (bspw. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 7). Dies hätte dann aber zur Folge, dass kein Handelsreisenden- sondern ein Einzelarbeitsvertrag vorliegt (vgl. Art. 347 Abs. 1 OR).

23 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 26 und Art. 347 N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 6 und Art. 347 N 11 ff.

24 Art. 418a Abs. 1 OR; ZK-BÜHLER, Art. 418a N 17.

25 ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 2 ff. und Art. 347 N 3.

26 Art. 347 Abs. 2 OR; Vgl. unten, Ziff. 3.2.4, S. 11.

27 ZK-BÜHLER, Art. 418a N 6.

28 Art. 412 ff. OR.

29 Vgl. ZK-BÜHLER, Art. 418a N 38.

30 Art. 319 OR; Art. 418g ff. OR.

31 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, Art. 347a N 1 OR; GEISER/MÜLLER, Rz 157.

32 Art 347a Abs. 1 lit. a OR; Art. 335b Abs. 2 OR; Art. 335c Abs. 2 OR.

33 Art. 347a Abs. 1 lit. b OR; Art. 348b OR.

34 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.

35 Art. 347a Abs. 1 lit. d OR; Vgl. auch Art. 121 Abs. 3 IPRG.

36 Bspw. Art. 321c Abs. 3 OR, Art. 324a Abs. 4 OR etc.; Vgl.: ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 N 14 ff.

37 Art. 348 Abs. 1 OR.

		<ul style="list-style-type: none"> • Pflicht zur Erstellung einer Provisionsabrechnung durch Agenten⁴⁵; • Vereinbarung vom Gesetz abweichender, kürzerer Kündigungsfristen⁴⁶; • Abweichende Vereinbarung bezüglich Fälligkeit des Provisionsanspruches⁴⁷.
--	--	---

Ob ein Verkäufer im Auftrags- oder Arbeitsverhältnis tätig sein soll, richtet sich nach den Bedürfnissen des Arbeit- bzw. Auftraggebers und damit also 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 konkreten Verhältnissen eher übereinstimmt.

(In den letzten beiden Sätzen wiederholt „konkret“ bzw. „im konkreten Fall“ verwendet)

3.1.2 Mäklervertrag

Wie der Agenturvertrag gilt auch der Mäklervertrag als eine besondere Art des Auftrags⁴⁸. Gemeinsam ist diesen beiden Vertragsarten das Abgrenzungsmerkmal des fehlenden Subordinationsverhältnisses gegenüber dem Handelsreisendenvertrag⁴⁹. Hinzu kommt beim Mäklervertrag, dass diese Vertragsart, im Unterschied zum Agentur- und Handelsreisendenvertrag, nicht als Dauerschuldverhältnis gilt⁵⁰. Schliesslich obliegt dem Mäkler keine *Pflicht* zum Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers und er ist auch nicht zu dessen Vertretung ermächtigt⁵¹.

38 Art. 349 Abs. 1 OR.

39 Art. 418a Abs. 2 OR.

40 Art. 418c Abs. 2 OR.

41 Art. 418c Abs. 3 OR.

42 Art. 418f Abs. 3 OR.

43 Art. 418g Abs. 1 OR.

44 Art. 418g Abs. 3 OR.

45 Art. 418k Abs. 1 OR.

46 Art. 418q Abs. 1 OR.

47 Art. 418t Abs. 3 OR.

48 Art. 412 ff. OR; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 15.

49 ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 13; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 15; GEISER/MÜLLER, Rz 153; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 347 N 3.

50 ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 13; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 15; GEISER/MÜLLER, Rz 153.

51 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 15.

3.1.3 Kommission

Der Kommissionär verkauft Waren in eigenem Namen aber auf Rechnung seines Auftraggebers⁵². Auch bei dieser Vertragsart fehlt es an einem Subordinationsverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten⁵³, lehnt sich das Gesetzesrecht doch an die Bestimmungen des Auftragsrechts an⁵⁴. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ist allerdings der Vertragsabschluss in eigenem Namen⁵⁵, d.h. der Verkäufer handelt als indirekter Stellvertreter des Kommittenten⁵⁶.

3.2 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 Vertragsart⁵⁷ erfüllt sind. Dazu im Einzelnen:

3.2.1 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 abzielt⁵⁸. REHBINDER/STÖCKLI sprechen von der Notwendigkeit einer "Geschäftsbesorgung"⁵⁹. Konkret geht es um den Absatz von Waren oder den Vertrieb von Dienstleistungen⁶⁰.

Die Abgrenzung ist nicht immer einfach⁶¹, insbesondere bei grösseren Geschäften, deren Anbahnung und Vertragsabschluss über längere Zeit andauert⁶²: 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 muss⁶³. Entscheidend ist nach Auffassung von HIRT dabei die Frage, ob die Handlungen auf einen konkreten Geschäftsabschluss abzielen, welchen der Verkäufer selbst verwirklicht oder in Form einer Bestellung dem Arbeitgeber übermitteln will⁶⁴. Nicht als solche Tätigkeiten gelten Handlungen, die lediglich *verkaufsfördernden* Charakter haben⁶⁵. Zu Beispielen von Tätigkeiten, welche als solche eines Handelsreisenden gelten und welche nicht, sei vorliegend auf die entsprechenden Hinweise

52 Art. 425 Abs. 1 OR.

53 GEISER/MÜLLER, Rz 154.

54 Vgl. Art. 425 Abs. 2 OR.

55 GEISER/MÜLLER, Rz 154; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 15.

56 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 15.

57 Vgl. oben, Ziff. 2.2, S. 4.

58 HIRT, S. 66.

59 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 2.

60 ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 6.

61 Vgl. HIRT, S. 67 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 347 N 3 oder BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 3.

62 Bspw. der Verkauf oder die Vermittlung von grösseren Anlagen, Maschinen oder Bauten.

63 HIRT, S. 67.

64 HIRT, S. 67.

65 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 3.

in der Literatur verwiesen⁶⁶.

Das Erfordernis des beabsichtigten Geschäftsabschlusses kann meines Erachtens im Extremfall dazu führen, dass dieselbe Tätigkeit bei unterschiedlichen Rahmenbedingungen einmal als Verkaufstätigkeit qualifiziert werden könnte, 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 5 bis 10 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 darf⁶⁷. So fällt insbesondere der Direktverkauf im Sinne von Vertragsabschluss mit gleichzeitiger Vertragsabwicklung nicht unter die Vorschriften des Handelsreisendenrechts⁶⁸.

3.2.2 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)⁶⁹. Während die frühere HRegV den Begriff des kaufmännischen Gewerbes noch näher umschrieb⁷⁰, definiert die aktuell gültige HRegV nur noch den Begriff des "Gewerbes"⁷¹ und hat für die Rechtsform des Einzelunternehmens die Umsatzgrenze von mindestens CHF 100'000.- als Voraussetzung einer Eintragungspflicht übernommen⁷². *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

66 Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 347 N 3 (Verkaufschef, Verkaufstrainer, Demonstrant, Vorführdame etc.); BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 3 (Beratung, Kundenbetreuung, Schadensinspektion); ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 7 (Verkaufschef oder -trainer, Salespromoter).

67 HIRT, S, 68; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 4.

68 HIRT, S, 68; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 4.

69 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 7, m. V. a. Art. 53 und 54 der alten HRegV; Dies verbunden mit dem Hinweis, dass der in Art. 347 Abs. 1 OR erwähnte Begriff des "kaufmännischen Geschäftes" statt "kaufmännisches Gewerbe" ein redaktionelles Versehen ist; Vgl. auch HIRT, S. 76 und STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 347 N 2.

70 Vgl. Art. 53 f. aHRegV.

71 Art. 2 lit. b HRegV.

72 Vgl. Art. 36 Abs. 1 HRegV und Art. 54 aHRegV.

Dritter sein, sofern auf dessen Rechnung Absatzgeschäfte getätigt werden⁷³.

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 müssen⁷⁴. Keine Eintragungspflicht besteht für Einzelunternehmen, wenn Sie die Umsatzgrenze von CHF 100'000.- pro Jahr nicht erreichen⁷⁵. Diverse Autoren scheinen die Meinung zu vertreten, dass bei Unterschreiten dieser Umsatzgrenze kein kaufmännisches Gewerbe vorliegt, weil keine Eintragungspflicht besteht⁷⁶. Diese Meinung ist meines Erachtens aus folgenden Gründen zu hinterfragen: Art. 36 HRegV⁷⁷ sehen 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 OR⁷⁸, bzw. der *Art* der Tätigkeit⁷⁹ und hängt nicht vom Jahresumsatz ab. Folgt man dieser Meinung, hätte dies zur Konsequenz, dass auch dann ein Handelsreisendenvertrag vorliegen kann, wenn die Geschäftsbeziehung 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 lässt⁸⁰.

3.2.3 Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräume

Wie bereits erwähnt, gilt nur derjenige Arbeitnehmer als Handelsreisender, welcher mehr als 50% seiner Arbeitszeit "ausserhalb der Geschäftsräume"⁸¹ des Arbeitgebers verbringt⁸². Dieses negative Abgrenzungsmerkmal wirft die Frage auf, was als "Geschäftsräume" im Sinne dieser Bestimmung gilt. Unbestritten dürfte sein, dass alle Räumlichkeiten des Arbeitgebers⁸³ als solche Geschäftsräume gelten. Leistet der Verkäufer seine Arbeit von zu Hause oder einem selbst gemieteten Büro, gilt er als Heimarbeiter⁸⁴. 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 wechselt⁸⁵. Wohin die Reise geht, d.h. ob

⁷³ HIRT, S. 77; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 7; ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 4 mit Hinweis auf Vertriebsstrukturen im Versicherungsgewerbe.

⁷⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 7, m. w. V.; ZK-STAEHELIN, Art. 347 N .

⁷⁵ Art. 36 HRegV; Art. 54 aHRegV.

⁷⁶ HIRT, S. 77; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 7; ausdrücklich: ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 4.

⁷⁷ Und auch die alte Regelung in Art. 53 f. aHRegV.

⁷⁸ Welcher ebenfalls keinen Mindestumsatz von jährlich CHF 100'000.- vorsieht.

⁷⁹ Vgl. dazu Art. 53 aHRegV.

⁸⁰ A. M. ausdrücklich: ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 4.

⁸¹ Art. 347 OR.

⁸² Vgl. oben, Ziff. 2.2, FN 95.

⁸³ Betriebliche Räumlichkeiten am Sitz des Arbeitgebers, Zweigniederlassungen, Aussenbüros etc..

⁸⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 8; ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 7, beide mit Verweis auf Art. 351 ff. OR.

⁸⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 8.

der Handelsreisende die Kunden an ihrem Wohn- oder Geschäftssitz, an Messen oder sonst wo aufsucht, spielt hingegen keine Rolle⁸⁶.

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 Handelsreisender⁸⁷. Ebenfalls nicht als Handelsreisender gilt ein Verkäufer, welcher in den Geschäftsräumlichkeiten des Arbeitgebers via Telefon Absatzgeschäfte abschliesst oder vermittelt⁸⁸. 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 formal die Merkmale als Handelsreisender, gilt aber meines Erachtens trotzdem nicht als solcher.

Vermittelt der Arbeitnehmer auf seiner überwiegenden Reisetätigkeit Verträge oder schliesst solche ab, spielt es keine Rolle, wenn dieser die Reisetätigkeit auch noch zu anderen Zwecken nutzt⁸⁹. Auch wenn die für die Verkaufstätigkeit aufgewendete Arbeitszeit im Vergleich zur restlichen Arbeitszeit⁹⁰ weniger als 50% beträgt, gilt der Arbeitnehmer als Handelsreisender, obwohl die eigentliche Verkaufstätigkeit zeitlich nicht überwiegt⁹¹.

Sowohl REHBINDER/STÖCKLI⁹² als auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH⁹³ werfen ausserdem die Frage auf, ob angesichts der heutigen Kommunikationsmittel derart formal wie bisher am Kriterium der "überwiegenden Reisetätigkeit" festgehalten werden soll.

3.2.4 Vorwiegende Reisetätigkeit des Verkäufers

Aus dem Erfordernis der "vorwiegenden Reisetätigkeit"⁹⁴ wird allgemein geschlossen, dass kein Handelsreisendenvertrag vorliegt, wenn der Arbeitnehmer weniger als 50% seiner Arbeitszeit⁹⁵ für den Verkauf ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten des Arbeitgebers bringt⁹⁶.

3.2.5 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, (...)"⁹⁷. Nach Auffassung von REHBINDER/STÖCKLI handelt es sich dann aber um

86 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 8; ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 7.

87 ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 6 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 2 ff.

88 HIRT, S. 71; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 8.

89 Bspw. allgemeine Kundenbetreuung, Montage, Reparaturen etc.

90 Reisezeit für "Nicht-Verkauf" und Innendienst.

91 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 8, m. V. a. KGer GR PKG 1970 69 ff. und 71 ff, sowie BEAT MEYER, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden; Diss. Zürich, 1978, S. 8 f.

92 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 8.

93 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 347 N 3.

94 Vgl. Art. 347 Abs. 2 OR.

95 "(...) nicht vorwiegend (...).

96 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 347 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 4 ff.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 1 ff.

97 BBI 1940 S. 140.

eine sporadische Tätigkeit ohne Arbeitspflicht, womit per se kein Arbeitsverhältnis besteht⁹⁸. Der im Gesetz erwähnte ausdrückliche Ausschluss einer gelegentlichen Tätigkeit ist also überflüssig⁹⁹.

Heikler hingegen ist das Kriterium der vorübergehenden Tätigkeit¹⁰⁰. Dieses Kriterium wurde aus dem früheren Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden¹⁰¹ übernommen, wobei Art. 1 Abs. 3 HRAG im Wortlaut klar stellte, dass die vorübergehende Dauer der Tätigkeit *vereinbart* sein musste¹⁰². 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 ausschliesst¹⁰³: "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."¹⁰⁴ Eine solche Einschränkung wirft 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 befindet¹⁰⁵. 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 soll¹⁰⁶. Aus Gründen der Rechtssicherheit soll aber auch dann ein Handelsreisendenvertrag vorliegen, wenn das Arbeitsverhältnis für eine längere Periode, bspw. als unbefristeter Vertrag, eingegangen wurde, dieser aber nach kurzer Zeit wieder gekündigt wird. "(...) denn die Rechtssicherheit erfordert es, dass die rechtliche Qualifikation des Vertrages von Anfang an feststeht (...)"¹⁰⁷.

3.2.6 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 muss¹⁰⁸. Sofern der Arbeitnehmer mit schriftlicher Bewilligung des Arbeitgebers Geschäfte auf eigene Rech-

98 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 9 m. V. a. Auftrags- oder Mäklerrecht.

99 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 9; HIRT, S. 75.

100 Vgl. Art. 347 Abs. 2 OR.

101 Vom 13. Juni 1941 (BS 2 776), aufgehoben per 1. Januar 1972.

102 "(...) oder bei deren Abschluss eine lediglich vorübergehende Tätigkeit des Reisenden vereinbart worden ist." Vgl. auch BBI 1940, S. 1330.

103 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 10; HIRT, S. 73 f.

104 BBI 1967 II 409.

105 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 10; HIRT, S. 73 f.; ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 8

106 ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 8, m. w. V.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 8; HIRT, S. 74

107 ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 8, m. w. V.

108 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 347 N 7; Dies bedingt dann aber eine schriftliche Bewilligung des Arbeitgebers (Art. 348 N 1).

nung abschliesst, untersteht eine solche Nebentätigkeit nicht den Bestimmungen des Handelsreisendenvertrages¹⁰⁹.

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 vermittelt¹¹⁰. Die Vermittlung oder der Abschluss von Verträgen in eigenem Namen (aber auf fremde Rechnung) spricht also nicht gegen das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages.

4 Gedanken zur Vertragsgestaltung

4.1 Rechtsgrundlagen im konkreten Einzelfall

Die allgemeinen, für den Handelsreisenden relevanten Rechtsgrundlagen wurden bereits aufgezeigt¹¹¹. Im konkreten Fall hat der betreffende Arbeitgeber aber regelmässig auch weitere spezifische Rechtsgrundlagen zu prüfen, die für den Handelsreisenden bedeutsam sein können. Dazu gehören insbesondere:

- a) (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 Handlungsbevollmächtigte¹¹², Arbeitnehmende im administrativen Bereich¹¹³ oder das kaufmännische Personal im Allgemeinen¹¹⁴ vom Geltungsbereich des GAV ausgenommen werden.
- b) 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 sind¹¹⁵. 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 gege-

¹⁰⁹ ZK-STAEHELIN, Art. 347 N 8.

¹¹⁰ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 347 N 2, mit weiteren Verweisen; a. A. Hirt, S. 69.

¹¹¹ Vgl. oben, Ziff. 2.1, S. 3.

¹¹² Art. 2 Abs. 4 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV für das Holzbaugewerbe vom 25. April 2013.

¹¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. b Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV für das Schweizerische Carrossiergewerbe, vom 23. Januar 2014; Art. 2 Abs. 4 lit. b Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV für das Metallgewerbe vom 22. Mai 2014.

¹¹⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. b Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV für die Schweizerische Betonwaren-Industrie vom 10. Juli 2003.

¹¹⁵ Regelungen betreffend Arbeitszeit, Pausen, Überstunden, Kurzabsenzen, Meldepflichten, Regelungen bezüglich Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit etc.

benen Weisungen des Arbeitgebers. Auch diese sind häufig darauf ausgerichtet, dass die Arbeit im Unternehmen selbst verrichtet wird¹¹⁶.

c) Allgemeine (Versicherungs-)Bedingungen

Verfügt der Arbeitgeber über eine Krankentaggeldversicherung, werden 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.

4.2 Verkaufsgebiet

Bei Vertragsabschluss wird dem Handelsreisenden in aller Regel ein bestimmtes Verkaufsgebiet zugewiesen¹¹⁷. Wie genau dieses Gebiet bestimmt bzw. abgegrenzt wird, steht vor Vertragsabschluss häufig bereits fest¹¹⁸. Im Zusammenhang 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:

4.2.1 Anknüpfungspunkt

Fundamental ist zu wissen, welches Kriterium bestimmt, ob ein bestimmter Kunde dem Verkaufsgebiet des Handelsreisenden zugeordnet wird oder nicht¹¹⁹. 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 müssten¹²⁰. Ebenso kommt es nicht selten vor, dass aufgrund persönlicher Beziehungen der Handelsreisende Geschäfte ausserhalb seines Verkaufsgebietes bzw. im Verkaufsgebiet seines Kollegen abschliessen kann.

4.2.2 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 abzuschliessen¹²¹. Aus diesem Recht

¹¹⁶ Bspw. Weisungen betreffend EDV, Umgang mit Betriebsmitteln, Verhalten am Arbeitsplatz, etc.

¹¹⁷ Eine geografische Aufteilung der Verkaufsgebiete ist allerdings nicht zwingend. Denkbar sind auch andere Kriterien, wie bspw. Grösse des Kunden, Art der nachgefragten Produkte etc.

¹¹⁸ Kantonale Grenzen, Sprachräume, einzelne Gemeinden oder auch selbst definierte Regionen.

¹¹⁹ 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)?

¹²⁰ Wenn bspw. ein Kunde für eine Drittfirma bestellt oder ein Projekt in einem anderen Verkaufsgebiet realisiert.

¹²¹ Art. 349 Abs. 1 OR.

entsteht dem Handelsreisenden jedoch kein finanzieller Schaden, da ihm nach Art. 349b Abs. 1 OR auch die durch den Arbeitgeber erzielten Umsätze angerechnet werden¹²².

Der Exklusivitätsanspruch nach Art. 349 Abs. 1 OR erstreckt sich nicht nur auf andere Handelsreisende, sondern auch auf alle übrigen Verkäufer der Arbeitgeberin¹²³

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 Kollege im gleichen Verkaufsgebiet aber auch das Produkt Y, welches ebenfalls durch die Arbeitgeberin verkauft wird? Meines Erachtens ist hierbei auf die vertraglich vereinbarte Tätigkeit des Handelsreisenden abzustellen: Der Exklusivitätsanspruch erfasst alle Produkte oder Dienstleistungen, zu deren Verkauf oder Vermittlung der Handelsreisende gemäss Arbeitsvertrag befugt ist.

4.2.3 (Einseitige) Veränderung des Verkaufsgebietes

4.2.3.1 Vertraglich vereinbartes Verkaufsgebiet

Wurde ein bestimmtes Verkaufsgebiet vertraglich vereinbart, stellt sich die Frage, ob und wenn ja 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 wird¹²⁴. Wie ist in solchen Fällen vorzugehen?

Keiner weiteren Ausführungen bedarf erstens, dass eine Anpassung des Verkaufsgebietes in Form der einvernehmlichen Vertragsänderung jederzeit und ohne weiteres möglich ist¹²⁵.

Vielleicht wäre zu überlegen, ob in solchen Fällen diejenigen Grenzen einzuhalten sind, welche Literatur und Rechtsprechung zu den Aufhebungsverträgen entwickelt hat¹²⁶. 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 Kündi-

¹²² Dass diese Regelung dispositiver Natur ist, ist insofern unbedeutend, als die Exklusivität ja ohnehin vertraglich wegbedungen oder umgestaltet werden kann.

¹²³ Innendienst Verkauf etc. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 349 N 2.

¹²⁴ Vgl. Art. 322b OR; Art. 349b OR.

¹²⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349 N 4, mit dem Hinweis, dass die Änderung der Exklusivität der Schriftform bedarf (vgl. Art. 349 Abs. 1 OR); BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 349 N 4; ZK-STAEHELIN, Art. 349 N 3.

¹²⁶ Vgl. dazu bspw. KAMBER MARCO, Die Aufhebungsvereinbarung im Arbeitsvertragsrecht, ArbR 2013, S. 43 ff., passim.

gungsfrist notwendig macht; jedoch bleiben Entschädigungsansprüche des Handelsreisenden vorbehalten, wie auch das Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund¹²⁷. 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 kann¹²⁸. 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."¹²⁹ 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 soll¹³⁰. Einer Änderungskündigung bedarf es in jedem Fall. Eine sofortige einseitige Anpassung ist nur in "begründeten Fällen" möglich¹³¹, wobei zur Frage, wann ein begründeter Fall vorliegt auf Art. 340c Abs. 2 OR¹³² oder Art. 336 Abs. 2 lit. b OR¹³³ verwiesen wird¹³⁴. Vorbehalten bleiben nach Art. 349 Abs. 2 OR zudem die Entschädigungsansprüche des Handelsreisenden und das Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Diese Rechte stehen dem Arbeitnehmer auch dann zu, wenn ein "begründeter Anlass" zur sofortigen Anpassung des Reisegebietes vorlag¹³⁵. 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 unbestritten¹³⁶. Es hat allerdings den Nachteil, dass die Änderung erst nach Ablauf der Kündigungsfrist in Kraft tritt, unter Umständen Sperrfristen einzuhalten sind¹³⁷ und eine Änderungskündigung auch missbräuchlich sein kann¹³⁸. "Eine Änderungskündigung ist gültig und

¹²⁷ Vgl. Art. 349 Abs. 2 OR.

¹²⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 349 N 4.

¹²⁹ ZK-STAEHELIN, Art. 349 N 4 a. E.

¹³⁰ Gl. M. wohl auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349 N 4.

¹³¹ Vgl. Art. 349 Abs. 2 OR.

¹³² Dahinfallen des Konkurrenzverbotes bei Kündigung mit oder ohne "begründeten Anlass".

¹³³ Kündigung eines Arbeitnehmersvertreters aus "begründetem Anlass".

¹³⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349 N 4; ZK-STAEHELIN, Art. 349 N 4.

¹³⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349 N 5.

¹³⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349 N 4; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 349 N 4; ZK-STAEHELIN, Art. 349 N 4.

¹³⁷ Art. 336c OR.

¹³⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349 N 4 m. V. a. die Kommentierung in Art. 335 N 3 und Art. 336 N 4; BGer 4C.398

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 (...)"¹³⁹.

Viertens ist das Instrument der Teilkündigung zu erwähnen, welches auch im Arbeitsvertragsrecht zulässig ist, sofern eine solche Möglichkeit vertraglich vorgesehen wurde¹⁴⁰. Der Vorteil einer solchen Vertragsabrede liegt darin, dass die Kündigung des Vertragsgebietes als Teilkündigung in Abweichung zur Kündigung des gesamten Arbeitsvertrages mit einer kürzeren Frist von bspw. einem Monat¹⁴¹ 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."¹⁴² Macht bspw. eine längere Arbeitsunfähigkeit des Handelsreisenden infolge eines Unfalls die Anpassung des Verkaufsgebietes notwendig, ist die Teilkündigung des Handelsreisendenvertrages während der Sperrfrist ausgeschlossen¹⁴³. 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, darauf mit Verhandlungen oder der Kündigung des gesamten Arbeitsvertrages zu reagieren. Andernfalls besteht ein Arbeitsverhältnis ohne definiertes Verkaufsgebiet und es stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber in Annahmeverzug¹⁴⁴ 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 der Arbeitgeberin das jederzeitige Recht zur Anpassung des Verkaufsgebietes zusteht¹⁴⁵. 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

¹³⁹ BGer 4C.398/2001, m. V. a. BGE 123 III 246 E. 3b und BGE 125 III 70 E. 2a S. 72.

¹⁴⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335 N 3; ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 8; Zurückhaltend: BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 335 N 5; BGer 4C.398/2001 E. 2.2.1.

¹⁴¹ Art. 335c Abs. 2 OR.

¹⁴² BGer 4C.398/2001 E. 2.2.1.

¹⁴³ Art. 336c OR.

¹⁴⁴ Art. 324 OR.

¹⁴⁵ "Die Arbeitgeberin behält sich vor, das Verkaufsgebiet an die geänderten Bedürfnisse anzupassen."

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."¹⁴⁶

Wie bereits erwähnt¹⁴⁷, 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 OR¹⁴⁸. Dem ist allerdings entgegen zu halten, 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."¹⁴⁹ 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 resultiert¹⁵⁰. Meines Erachtens ist ein einseitiges Anpassungsrecht umso heikler, je höher eine damit einhergehende Lohnreduktion ausfällt oder ausfallen kann. Im Handelsreisendenvertrag findet 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 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 Sitt-

¹⁴⁶ BGer 4A_299/2008, E. 2.5.

¹⁴⁷ Vgl. oben, die Bemerkungen zu FN 124.

¹⁴⁸ 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. VON KAENEL, S. 339 f.).

¹⁴⁹ ZK-STAEHELIN, Art. 349 N 6; Gl. M. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349 N 7 und BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 349 N 6.

¹⁵⁰ 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, E. 3. 2 f.).

lichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Im Bereich der wirtschaftlichen Persönlichkeitsbeschränkung gehen nach Ansicht von VON KAENEL die Gerichte nur mit Zurückhaltung von einer unzulässigen Beschränkung aus¹⁵¹. Das Bundesgericht betrachtet eine Selbstbindung dann als unzulässig, wenn sich der Verpflichtende damit der Willkür der anderen Vertragspartei ausliefert¹⁵². Trotzdem erachtet es auch im Arbeitsvertragsrecht einseitige Abänderungsklauseln als grundsätzlich zulässig, insbesondere auch in Bezug den Lohn¹⁵³, wogegen nach VON KAENEL die "wichtigen Elemente" eines Arbeitsvertrages, insbesondere auch Lohnbestimmungen, einem einseitigen Abänderungsrecht nicht zugänglich sind¹⁵⁴.

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.

4.2.3.2 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 Weisungsrecht¹⁵⁵ definiert. In diesem Zusammenhang sind meines Erachtens zwei Problemfelder zu beachten:

Wie bereits erwähnt¹⁵⁶, 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 werden¹⁵⁷.

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 ist¹⁵⁸, lässt sich fragen, die diesbezüglichen Grundsätze analog beigezogen werden können¹⁵⁹. Dies bedeutet einerseits, dass kein Weisungsrecht besteht, wenn das Verkaufsgebiet vertraglich festgelegt wurde, welche in solchen Fällen eine vertragliche Schranke darstellt¹⁶⁰. Zweitens unterliegt eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Arbeitgeber das Verkaufsgebiet und damit den "Ar-

151 VON KAENEL, S. 337.

152 VON KAENEL, S. 337, u. a. m. V. a.: BGE 123 III 337 E. 5 und BGE 138 III 322 E. 4.3.2.

153 BGer 4A_552/2013, 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 (...)", u. a. m. V. a. BGer 4A_608/2009, E. 3.1.

154 VON KAENEL, S. 338.

155 Art. 321d OR.

156 Vgl. oben, die Bemerkungen zu FN 124.

157 Vgl. vorangehend, Ziff. 4.2.3.1, S. 15 ff.

158 Vgl. dazu nachfolgend, Ziff. 4.8.1, S. 29.

159 Vgl. zu den Schranken des Weisungsrechts in Bezug auf den Arbeitsort: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3.

160 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3.

beitsort" bestimmt, den Grenzen von Art. 27 ZGB¹⁶¹. Bei bei gänzlichem 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 ausging¹⁶². 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 wurde¹⁶³. 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 Verkaufsgebietes 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.

4.3 Kompetenzen

4.3.1 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 befugt¹⁶⁴.

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 erwähnte¹⁶⁵. Ein solcher Vorbehalt findet sich im nun geltenden Art. 348b OR nicht mehr und trotzdem wird die Meinung vertreten, dass auch eine

¹⁶¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3, m. w. V.

¹⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3, m. V. a. GE in JAR 2008 S. 376 E.4.6 und S. 380.

¹⁶³ Art. 349 Abs. 2 OR ist dispositiver Natur.

¹⁶⁴ Art. 348b Abs. 1 OR.

¹⁶⁵ Vgl. BBI 1940, S. 1337 und 1353; Vgl. auch: BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 348b N 4

schriftlich vereinbarte Abschlussvollmacht durch den Arbeitgeber jederzeit rechtsgültig widerrufen werden kann¹⁶⁶. Wie sich dieser Widerspruch begründen lässt, versuchen REHBINDER/STÖCKLI zu erklären. Sie gehen davon aus, dass die vertragliche Vereinbarung zur Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften¹⁶⁷ keine Bevollmächtigung darstellt, sondern lediglich eine Abrede betreffend Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung. Die dazu notwendige und jederzeit widerrufbare Bevollmächtigung ist eine separate Erklärung durch den Arbeitgeber und hat ebenfalls schriftlich zu erfolgen¹⁶⁸. 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 wird¹⁶⁹.

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."¹⁷⁰ Zur Zulässigkeit einzelner Geschäfte sei auf die entsprechende Literatur verwiesen¹⁷¹. Darauf hinzuweisen ist, dass sich der erste Halbsatz dieser Bestimmung weitgehend mit der Handlungsvollmacht nach Art. 462 OR deckt¹⁷². 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 Ermächtigung 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 wird¹⁷³. Im Un-

166 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 348b N 4; ZK-STAEHELIN, Art. 348b N 6.

167 Vgl. Art. 348b Abs. 1 OR.

168 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 348b N 4.

169 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."

170 Art. 348b Abs. 2 OR.

171 Vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 348b N 3 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 348b N 3 und 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 348b N 4

172 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*;"
(Im Original nicht kursiv)

173 Wobei das Gesetz nur eine ausdrückliche, nicht aber *schriftliche* Bevollmächtigung verlangt.

terschied zur Prokura¹⁷⁴ lassen sich weder Handlungsvollmacht¹⁷⁵ 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 abschliesst¹⁷⁶. Es handelt sich um eine Stellvertretung im Sinne von Art. 32 ff. OR, womit auch die damit einhergehenden Modalitäten und Rechtsfolgen zu beachten sind¹⁷⁷, insbesondere wenn eine Vollmacht beschränkt oder gar widerrufen wird¹⁷⁸.

4.3.2 Weitere Kompetenzen

Neben der Vollmacht zum Vertragsabschluss richten sich die weiteren Kompetenzen primär nach den Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers¹⁷⁹. Im Handelsreisendenrecht finden sich jedoch diverse Tatbestände, welche eine ausdrückliche, z. T. schriftliche Regelung verlangen¹⁸⁰.

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) Stellenbeschreibung¹⁸¹ oder einer Weisung. Zu den einzelnen Kompetenzen wie die Entgegennahme von Mängelrügen, Abgabe von Erklärungen etc. sei auf die entsprechende Literatur verwiesen¹⁸².

Darauf zu achten ist, dass der Handelsreisende nicht mit der Abwicklung von Geschäften betraut wird. Andernfalls gilt er nicht mehr als solcher, sondern als "normaler" Arbeitnehmer¹⁸³.

4.4 Pflichten

4.4.1 Allgemeine Bemerkungen

Die Pflichten eines Handelsreisenden finden sich zum Teil im Gesetz¹⁸⁴ und ergeben sich auch aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitsvertragsrechts¹⁸⁵. Wie bei

¹⁷⁴ Vgl. Art. 458 Abs. 2 OR.

¹⁷⁵ BSK OR-WATTER, Art. 462 N 3.

¹⁷⁶ Dies wird in der Regel der Arbeitgeber sein, was jedoch nicht zwingend ist (vgl. oben, Ziff. 3.2.6, S. 12).

¹⁷⁷ Vgl. insbes. Art. 33 Abs. 2 und 3 OR; Art. 34 Abs. 3 OR; Art. 35 oder Art. 38 OR.

¹⁷⁸ Vgl. bspw. ZK-STAEHELIN, Art. 348b N 6 oder BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 348 N 7 und Art. 348b N 2.

¹⁷⁹ Art. 321d OR.

¹⁸⁰ 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).

¹⁸¹ Dies bedingt selbstredend, dass im schriftlichen Arbeitsvertrag die Stellenbeschreibung nicht als womöglich noch integrierender Vertragsbestandteil deklariert wird und damit nicht einseitig angepasst werden kann.

¹⁸² Vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 348b N 2; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 348b N 3.

¹⁸³ Vgl. zu diesem negativen Abgrenzungsmerkmal oben, Ziff. 3.2.1, S. 8.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 348 f. OR.

¹⁸⁵ Art. 321 ff. OR.

den Kompetenzen ist auch hier danach zu fragen, ob die Pflichten des Handelsreisenden schriftlich zu vereinbaren sind¹⁸⁶ 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 machen¹⁸⁷.

4.4.2 Zuweisung anderer zumutbarer Arbeiten

4.4.2.1 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 aber auch ohne vertragliche Abrede mindestens dann, wenn dringende betriebliche Bedürfnisse dies erfordern¹⁸⁸. 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 zusteht¹⁸⁹.

4.4.2.2 Der stille Tod des Handelsreisendenvertrages

Wie eingangs aufgezeigt, definiert sich der Handelsreisendenvertrag über diverse positive und negative Wesensmerkmale¹⁹⁰. Eine alternative oder zusätzliche Tätigkeit eines Ausendienstmitarbeiters 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 Handelsreisendenvertragsrecht¹⁹¹ 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 sind¹⁹². Kommt hinzu dass damit auch die wöchentlichen Höchstarbeitszeiten¹⁹³ verbindlich sind und dem vermeintlichen Handelsreisenden daraus ein Anspruch auf Kompensation oder Auszahlung von Überzeitanprüchen entsteht¹⁹⁴.

Ob und allenfalls wann eine solche Vertragsmutation stattfindet, ist weitgehend ungeklärt¹⁹⁵. Steht die Qualifikation der Vertragsart zur Diskussion, bietet es sich an, vorab auf das zur

¹⁸⁶ Bspw. 348a Abs. 2 OR (Haftung für Delkredere).

¹⁸⁷ Vgl. vorangehend, die Bemerkungen zu FN 183.

¹⁸⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3.

¹⁸⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321 N 7.

¹⁹⁰ Vgl. oben, Ziff. 2.2, S. 4 und Ziff. 3.2, S. 8.

¹⁹¹ Art. 347 ff. OR.

¹⁹² Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. g ArG.

¹⁹³ Art. 9 ArG.

¹⁹⁴ Art. 13 ArG.

¹⁹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Art. 347 N 2 a. E.) erwähnen bspw. lediglich, dass aus einem gewöhnlichen Arbeitsvertrag ein Handelsreisendenvertrag entstehen kann (m. V. a. THOMAS GEI-

Diskussion stehende Abgrenzungskriterium abzustellen¹⁹⁶. 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 resultieren¹⁹⁷. Ebenso ungeklärt sind die Rechtsfolgen, wenn ein Handelsreisendenvertrag nur vorübergehend, bspw. während 2 oder 3 Monaten, zum Einzelarbeitsvertrag mutiert und anschliessend wieder zurück. Wie ist in solchen Fällen zu verfahren?

Meines Erachtens sollte eine Umqualifizierung nur mit Zurückhaltung angenommen werden¹⁹⁸. Geht der Aussendienstmitarbeiter nur vorübergehend Tätigkeiten nach, die einem Handelsreisendenvertrag entgegenstehen, sollte dies nicht umgehend zum Wegfall der Anwendbarkeit von Art. 347 ff. OR führen¹⁹⁹. Meines Erachtens wäre zu überlegen, ob in Fällen einer solchen "verbotenen Tätigkeit" auf diejenige Dauer abzustellen ist, wie sie beim Merkmal der "nicht vorübergehenden Tätigkeit" gefordert wird²⁰⁰.

4.4.3 Gesetzlich geregelte Pflichten

Im Unterschied zum allgemeinen Arbeitsvertragsrecht²⁰¹ finden sich im Handelsreisendenrecht ganz konkrete Pflichten des Arbeitnehmers²⁰². Hierbei handelt es sich teilweise um dispositives Recht²⁰³, womit die Vertragsparteien über den notwendigen Handlungsspielraum verfügen, im Vertrag ihre eigenen Bedürfnisse abzubilden. Konkret erwähnt sind:

SER / ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2015, Rz 150a, welche ebenfalls nur auf die Problemstellung aufmerksam machen).

¹⁹⁶ Bspw. Die Dauer des Vertragsverhältnisses, wenn es um die Frage der geht, ob ein vorübergehendes Arbeitsverhältnis vorliegt, oder die effektiv ausgeübte Tätigkeit, wenn der Verkauf oder die Vermittlung von Geschäften zur Diskussion steht.

¹⁹⁷ Beispiel 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 diesbezügliche 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 2: Aus bestimmten Gründen will der Arbeitgeber gegenüber einem potentiellen Kunden nicht in eigenem Namen auftreten. Der Arbeitgeber vereinbart mit dem Handelsreisenden, dass letzter das Geschäft mit jenem Kunden in eigenem Namen abschliesst. Wird der Handelsreisende nun aufgrund dieses Einzelfalls zum Kommissionär? (vgl. oben, Ziff. 3.1.3, S. 8).

¹⁹⁸ Diese Meinung scheinen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 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 N 2).

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ Vgl. oben, Ziff. 3.2.5, S. 11.

²⁰¹ Vgl. Art. 321 ff. OR.

²⁰² Vgl. Art. 348 und Art. 348a OR.

²⁰³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 348 7, Art. 348a N 8; Art. 348b N 7.

- a) die Pflicht zum Besuch der Kundschaft in der vom Arbeitgeber vorgeschriebenen Art und Weise²⁰⁴ sowie das Verbot zur Vermittlung oder Abschluss von Geschäften auf eigene Rechnung oder Rechnung Dritter;
- b) die Pflicht zur Einhaltung der arbeitgeberseitigen Vorgaben bezüglich Preis und anderen Geschäftsbedingungen²⁰⁵;
- c) die Pflicht zur regelmässigen Berichterstattung (Reporting), sofortigen Übermittlung von Bestellungen und eine allgemeine Informationspflicht²⁰⁶;
- d) die Pflicht zur Haftung für Forderungsausfälle, soweit die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind und eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen wurde²⁰⁷;

Darüber hinaus gilt natürlich auch der Pflichtenkatalog des allgemeinen Arbeitsvertragsrechts wie bspw. die Pflicht zur Erstellung einer Provisionsabrechnung²⁰⁸ oder die mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einhergehenden Pflichten²⁰⁹.

4.5 Arbeitszeit

Der Handelsreisende untersteht nicht den Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes²¹⁰. 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.

- a) Die Vereinbarung einer konkreten Arbeitszeit, deren Erfassung durch den Handelsreisenden und die Abgeltung von Überstundenarbeit durch Kompensation und/oder Auszahlung, mit oder ohne Zuschlag²¹¹.

Da mangels Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes keine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung besteht, muss ein Arbeitszeitreporting auch nicht zwingend den gesetzlichen Anforderungen²¹² genügen²¹³. 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

²⁰⁴ Art. 348 Abs. 1 OR.

²⁰⁵ Art. 348 Abs. 2 OR.

²⁰⁶ Art. 348 Abs. 3 OR.

²⁰⁷ Art. 348a Abs. 2 und 3 OR, woraus REHBINDER/STÖCKLI daraus eine beschränkte Pflicht des Handelsreisenden zur Prüfung der Bonität des Kunden ableiten (vgl. dort, Art. 348 N 10).

²⁰⁸ Art. 322c Abs. 1 OR.

²⁰⁹ Art. 339 ff. OR.

²¹⁰ Vgl. oben, Ziff. 2.1, S. 3.

²¹¹ Vgl. Art. 321c OR, wobei die Wegebedingung des Überstundenzuschlages eine schriftliche Vertragsabrede erfordert.

²¹² Vgl. dazu Art. 73 ArGV 1.

²¹³ Bspw. die Gutschrift von Zeitpauschalen, Verzicht auf die Erfassung von Pausen, reduzierte Anrechnung von Reisezeit als Arbeitszeit etc.

Arbeitszeitreporting auf wesentliche Eckdaten zu beschränken, welche sich womöglich aus anderen Informationssystemen entnehmen lassen²¹⁴

- b) 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 wird²¹⁵. Wurde weder eine konkrete Arbeitszeit vereinbart noch gilt für den Handelsreisenden eine übliche Arbeitszeit, kann per Definitionem auch keine Mehrarbeit entstehen²¹⁶.
- c) 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 leistender 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.

4.6 Entlöhnung

4.6.1 Zeit- und/oder Leistungslohn?

Handelsreisende werden häufig mittels Leistungslohn in Form einer Provision entschädigt²¹⁷. 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 entschädigen²¹⁸.

Während ein fester Monatslohn wohl keine besonderen Probleme aufwirft, stellen sich bei der Provisionierung infolge der auftretenden Schwankungen und der Unkenntnis über die zukünftigen Vergütungen diverse Fragen²¹⁹. Zudem finden sich im Handelsreisendenrecht diverse Bestimmungen, welche zu den Gesetzesbestimmungen im Einzelarbeitsvertrag²²⁰ hinzukommen oder diese abweichend regeln:

- Die vertragliche Abrede der Vergütung hat schriftlich zu erfolgen²²¹;

²¹⁴ So ist bspw. denkbar, dass ein Kundenreporting oder ein Fahrtenbuch auch zur Arbeitszeiterfassung verwendet wird.

²¹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321c N 4.

²¹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321c N 4, m. V. a. BGE 4C.256/1992 vom 16. Dezember 1992.

²¹⁷ Art. 322b OR.

²¹⁸ Voraussetzung ist, dass daraus ein "angemessenes Entgelt" resultiert (vgl. Art. 349a Abs. 2 OR).

²¹⁹ Vgl. dazu. SENTI, S. 697 ff.

²²⁰ Art. 322b OR, Art. 322c OR, Art. 323 Abs. 2 OR, Art. 339 Abs. 2 OR.

²²¹ Art. 347a Abs. 1 lit. c OR; Art. 349a Abs. 1 OR

- Eine Mithaftung für Zahlungsausfälle ist nur zulässig, wenn mit dem Handelsreisenden eine angemessene Delcredere-Provision verabredet wird²²²;
- Zulässigkeit eines Lohnes, welcher ausschliesslich oder vorwiegend aus Provisionen besteht²²³;
- Dispositive Regelung zum Provisionsanspruch des Handelsreisenden bei exklusivem oder nicht exklusivem Verkaufsgebiet²²⁴;
- Fälligkeit der Provision bei Unkenntnis des Wertes eines abgeschlossenen oder vermittelten Geschäfts²²⁵;
- Höhe der Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung des Handelsreisenden²²⁶;
- Besondere Kündigungsfristen und -termine bei saisonal erheblich schwankendem Provisionseinkommen²²⁷;
- Anspruch und Fälligkeit der Provision bei Vertragsbeendigung²²⁸;

4.6.2 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 vorausgesetzt²²⁹?
- Genaue Definition der Bemessungsgrundlage: Welche Grösse bildet die Grundlage für die Berechnung der Provision oder Erfolgsbeteiligung²³⁰?
- Zeitpunkt der Auszahlung von Provisionen: Werden Akontozahlungen gemacht, in welchem Rhythmus werden die definitiven Abrechnungen erstellt²³¹?
- Sollen die Provisionssätze einseitig verändert werden dürfen²³²?
- 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.)²³³?
- Pauschalisierung der Provision im Falle einer Lohnfortzahlungspflicht.

²²² Art. 348a Abs. 2 OR.

²²³ Art. 349a Abs. 2 OR.

²²⁴ Art. 349b Abs. 1 und 2 OR.

²²⁵ Art. 349b Abs. 3 OR.

²²⁶ Art. 349c Abs. 1 und 2 OR.

²²⁷ Art. 350 OR.

²²⁸ Art. 350a OR.

²²⁹ Vgl. dazu die dispositive Regelung in Art. 349b Abs. 1 und 2 OR.

²³⁰ Berücksichtigung von Skonti, Rabatten, Rückvergütungen an Kunden, WIR-Zahlungen, Zahlungen von Inkassofirmen für verkaufte Forderungen, Zahlungen von Kreditschutzversicherungen, etc.

²³¹ Vgl. dazu die relativ zwingende Regelung in Art. 349b Abs. 3 OR.

²³² 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.

²³³ Vgl. Art. 350a OR und CHRISTOPH SENTI, Rückforderung und Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber, AJP/PJA 1/2014, S. 44, Ziff. 1.2.3.

4.6.3 Insbesondere: Lohnfortzahlungspflicht und Lohnersatzzahlungen

Besondere und nicht einfache Fragen ergeben 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 Gründen²³⁴. 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 Arbeitgeber²³⁵. Auch hier gilt der Grundsatz, dass dem Handelsreisenden ein Anspruch auf denjenigen Lohn zusteht, welchen er verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte²³⁶. Erwähnenswerte Ausnahme ist diesbezüglich die im Handelsreisendenvertrag zu findende Spezialbestimmung in Art. 349c OR²³⁷.

Das Vorgehen ist im Grundsatz in allen Fällen identisch: Mit Hilfe des Lohnausfall- und/oder Referenzperiodenprinzips wird der geschuldete Lohn bestimmt²³⁸. 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 sind²³⁹.

4.7 Vertragsende

Die Beendigung des Handelsreisendenvertrages richtet sich im Wesentlichen nach dem allgemeinen Arbeitsvertragsrecht²⁴⁰. Eine rechtlich zwingende Abweichung von diesen Bestimmungen findet sich in Art. 350 OR für Handelsreisende, deren Provision mindestens ein 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."²⁴¹ Wie diese wenig verständliche Regelung zu verstehen ist, schildern REHBINDER/STÖCKLI anschaulich²⁴²: Im ersten Dienstjahr gilt im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht eine Kündigungsfrist von einem Monat²⁴³. Die-

²³⁴ Art. 324a f. OR und Art. 349c OR.

²³⁵ SENTI, S. 699.

²³⁶ SENTI, S. 703.

²³⁷ Vgl. dazu SENTI, 700 f.

²³⁸ Vgl. SENTI, S. 703 ff.

²³⁹ 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, S. 707 f.).

²⁴⁰ Art. 334 ff. OR.

²⁴¹ Art. 350 Abs. 1 OR.

²⁴² Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 350 N 1.

²⁴³ Art. 335c Abs. 1 OR.

se Frist wird für Handelsreisende auf zwei Monate erhöht²⁴⁴, sie gilt allerdings nur während der Saison²⁴⁵, also in der Zeit, wenn der Arbeitnehmer ein hohes Provisionseinkommen erzielt²⁴⁶. Die Regelung in Art. 350 Abs. 2 OR schützt den Arbeitgeber, indem vice versa für den Handelsreisenden in Zeiten mit schlechtem Provisionseinkommen dieselben Kündigungsbeschränkungen gelten²⁴⁷. 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 Ermessen²⁴⁸.

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 Arbeiten²⁴⁹.

Im Übrigen stellen sich bei der Vertragsbeendigung des Handelsreisendenvertrages nicht selten praktische Fragen im Zusammenhang mit der Rückgabe des Geschäftsfahrzeuges²⁵⁰, Mobiltelefons²⁵¹ oder der dem Handelsreisenden überlassenen Unterlagen, Arbeitsutensilien (Laptop²⁵²) oder Muster²⁵³. In diesen Themenbereich gehört auch das Retentionsrecht des Arbeitnehmers²⁵⁴, 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" bezeichnen²⁵⁵.

4.8 Schlussbestimmungen

4.8.1 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 kann²⁵⁶. Die Gerichtsstände in Art. 34 ZPO sind für den Arbeitnehmer, nicht aber

²⁴⁴ Vgl. Art. 350 Abs. 1 OR: "(...) der seit Abschluss der letzten Saison bei ihm gearbeitet hat (...) nur auf das Ende des zweiten der Kündigung folgenden Monats kündigen."

²⁴⁵ Art. 350 Abs. 1 OR.

²⁴⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 350 N 1.

²⁴⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 350 N 1.

²⁴⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 350 N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 350 N 3.

²⁴⁹ Vgl. dazu vorangehend, Ziff. 4.6.2, S. 27.

²⁵⁰ Weigerung zur Rückgabe gestützt auf den Anspruch zur privaten Nutzung des Geschäftsfahrzeuges während der Kündigungsfrist bei Freistellung (Lohnbestandteil).

²⁵¹ Wem gehört die SIM-Karte und damit die Telefonnummer, auf welche Kunden auch in Zukunft noch anrufen werden.

²⁵² Sicherung der beim Handelsreisenden vorhandenen Daten, bzw. Verhinderung der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen.

²⁵³ Vgl. dazu auch Art. 350a OR.

²⁵⁴ Art. 339a OR, insbesondere Absatz 3 i. V. m. Art. 895 ff. ZGB.

²⁵⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 349e N 3.

²⁵⁶ Art. 34 ZPO und Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO.

die Arbeitgeberin zwingend²⁵⁷. Am gewöhnlichen Arbeitsort besteht nur dann ein Gerichtsstand, wenn sich ein solcher "gewöhnlichen Arbeitsort" bestimmen lässt. Andernfalls verbleibt einzig der Gerichtsstand am Sitz- bzw. Wohnsitz der beklagten Partei²⁵⁸. 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 ZPO²⁵⁹. Stellt der Vertrag hingegen fest, der gewöhnliche Arbeitsort befinde sich am Sitz der Arbeitgeberin, ist meines Erachtens unabhängig von einer solchen Vereinbarung zu prüfen, ob dies den Tatsachen entspricht²⁶⁰. Handelt es sich hierbei tatsächlich um einen gewöhnlichen Arbeitsort, gilt dies 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.

4.8.2 Vertragliche Übernahme von Art. 347 ff. OR

Wie bereits erwähnt²⁶¹, 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. Verzichteten die Parteien auf einen detaillierten Vertrag, wäre darüber nachzudenken, ob Art. 348 bis 350a OR im Arbeitsvertrag selbst als subsidiär geltende Regelung übernommen werden soll. 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 allgemeinen Arbeitsvertragsrecht geltenden zwingenden Rechts möglich²⁶².

²⁵⁷ Art. 35 Abs. 1 lit d ZPO e contrario.

²⁵⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, Ziff. 3.1.1.1 lit. e am Ende.

²⁵⁹ 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.

²⁶⁰ Bspw. ob der Handelsreisende so häufig am Sitz der Arbeitgeberin administrative Arbeiten erledigte, dass "ein deutlich erkennbarer, geografischer Schwerpunkt vorliegt, welcher den fraglichen Arbeitsort (...)als der hauptsächliche erscheinen lässt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, Ziff. 3.1.1.1 lit. e).

²⁶¹ Vgl. oben, Ziff. 4.4.2.2, S. 23.

²⁶² Somit wäre wohl die Übernahme der Regelung bezüglich Lohnfortzahlungspflicht (vgl. Art. 349c OR) nicht zulässig, da sich insbesondere Absatz 2 nur schwerlich mit Art. 324a OR vereinbaren lässt.

5 Schlussbemerkungen

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

Altstätten/Gais, 13. September 2016

Christoph Senti

Literaturverzeichnis

BK-REHBINDER/STÖCKLI

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Obligationenrecht; Der Arbeitsvertrag; Art. 319 - 330b OR; Bern 2010.

BK-REHBINDER/STÖCKLI

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Obligationenrecht; Der Arbeitsvertrag; Art. 331 - 355 und Art. 361 - 362 OR; Bern 2014.

BSK OR-AUTOR:

Basler Kommentar zum Privatrecht; Obligationenrecht; Basel ab 2011.

GEISER, THOMAS; MÜLLER ROLAND:

Arbeitsrecht in der Schweiz; 3. Auflage; Bern 2015.

HIRT, THOMAS:

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

SENTI, CHRISTOPH:

Lohnfortzahlungen und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen; in: AJP/PJA 5/2015, S. 695 ff.

STREIFF, ULLIN / VON KAENEL, ADRIAN / RUDOLPH ROGER:

Arbeitsvertrag; Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR; 7. Auflage, Zürich, 2012.

VON KAENEL, ADRIAN:

Einseitige Veränderungsrechte des Arbeitgebers; in: Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert; Zürich, 2015, S. 331 ff.

ZK-BÜHLER:

Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht; Obligationenrecht; Der Agenturvertrag; Art. 418a - 418v OR; Zürich 2000.

ZK-STAEHELIN:

Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht; Obligationenrecht; Der Arbeitsvertrag; Art. 319 - 330a OR; Zürich 2006

ZK-STAEHELIN:

Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht; Obligationenrecht; Der Arbeitsvertrag; Art. 330b - 355, Art. 361 - 362 OR; Zürich 2014