

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 69 (1950)

Heft: 1

Artikel: Das neue Bundesgesetz über den Agenturvertrag

Autor: Fehr, Konrad

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896024>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 13.04.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Das neue Bundesgesetz über den Agenturvertrag

Von Dr. Konrad Fehr,
Privatdozent an der Universität Zürich

I.

Am 1. Januar 1950 ist das Bundesgesetz vom 4. Februar 1949 über den Agenturvertrag in Kraft getreten. Es fügt dem Obligationenrecht im 13. Titel, der den Auftrag regelt, einen weiteren Abschnitt bei. Die neuen Vorschriften tragen die Bezeichnung Art. 418 a—v. Man hat also auf die schon teilweise bei der Redaktion des Schlußtitels zum ZGB verwendete Bezeichnungsart zurückgegriffen und die bei anderen Gesetzesnovellen gebrauchte Numerierung mit bis, ter, quater usw. aufgegeben¹. Da ohne die Übergangsbestimmungen 21 neue Artikel ins Gesetz aufgenommen wurden, blieb auch keine andere für den Laien verständliche Möglichkeit. Immerhin wäre es erfreulich gewesen, wenn man sich schon früher auf eine einheitliche Bezeichnung für neu eingefügte Gesetzesteile hätte einigen können.

Der Agenturvertrag war der schweizerischen Doktrin und Rechtsprechung schon seit langem als besondere Vertragsart als *contractus sui generis* bekannt. Er gehört zur Gruppe der Verträge, die man wissenschaftlich als Arbeitsverträge zusammenzufassen pflegt. Seine Eigenart besteht darin, daß er nicht einen selbständigen Vertragstypus verkörpert, sondern eine Unterart des Auftrages darstellt, die je nach den besonderen Verhältnissen der Ergänzung durch Elemente anderer Arbeitsverträge, wie des Mäklervertrages, der Kommission, des Frachtvertrages,

¹ Entschuldungsgesetz vom 12. Dezember 1940.

des Werkvertrages, in Verbindung mit einzelnen Vorschriften des Dienstvertrages bedarf. Der Agenturvertrag ist in der Praxis ein Mischgebilde, das je nach dem Standort, von dem aus er betrachtet wird, sehr verschiedene Aspekte zeigen kann. Die Bezeichnung «Agent», wie sie im Wirtschaftsleben verwendet wird, ist vollends unbestimmt, sie umfaßt alle Spielarten der Geschäftsbesorgung für einen Dritten, so daß aus ihr kein zuverlässiger Anhaltspunkt für die im Einzelfall anzuwendenden Rechtsnormen gewonnen werden kann. Hauptsächlich diese Eigentümlichkeiten haben den Gesetzgeber bei der Revision des OR im Jahr 1911 bestimmt, den Agenturvertrag nicht zu regeln, trotzdem damals die Abschnitte über Dienstvertrag und Auftrag einer grundlegenden Neuordnung unterzogen wurden; beispielsweise wurde der Mäklervertrag als Unterart des Auftrages neu eingefügt. Das elf Jahre früher in Kraft getretene deutsche Handelsgesetzbuch enthielt bereits eine brauchbare Ordnung der Rechtsverhältnisse der Handlungsagenten². Es wäre daher nahe gelegen, an diese anzuknüpfen, wenn nicht besondere Gründe gegen eine gesetzliche Fixierung gesprochen hätten.

Das Bundesgericht hatte den «Anschluß» an das deutsche HGB schon im Jahr 1903 vollzogen und in einem für die spätere Rechtsentwicklung grundlegenden Entscheidung festgestellt, daß zwar der Ausdruck «Agent» im Handelsverkehr im mehrdeutigen Sinn gebraucht werde und kein bestimmtes juristisches Vertragsverhältnis bezeichne; allein in der Literatur und Rechtsprechung habe sich ein besonderer juristischer Begriff des Handelsagenten und des Agenturvertrages herausgebildet, der im deutschen HGB seinen Niederschlag gefunden habe. Danach sei als Agenturvertrag jener Vertrag zu bezeichnen, «gemäß welchem jemand für das Handelsgewerbe eines andern dauernd oder ständig Geschäfte vermittelt oder abschließt, ohne daß er in einem Dienstverhältnisse zu

² §§ 84—92 HGB.

diesem Handlungshause stünde»³. Die spätere Gerichtspraxis hat diese Begriffsbestimmung übernommen⁴; sie ist fast wörtlich in das neue Gesetz eingegangen.

Vom Makler unterscheidet sich der Agent, daß er nicht nur einzelne Geschäfte vermittelt, sondern für einen oder mehrere Auftraggeber dauernd tätig ist; vom Kommissionär, daß er nicht in eigenem Namen, sondern als direkter Vertreter des Auftraggebers handelt. Nicht Agent im Rechtssinn ist demnach der sogenannte Gelegenheitsagent (zum Beispiel viele Untervertreter im Versicherungsgewerbe) oder der Kommissionsagent; auch nicht der häufig als «Fabrik-» oder «Generalvertreter» bezeichnete Kaufmann, der Waren im eigenen Namen, sei es auf eigene Rechnung oder als Kommissionär, vertreibt. Der Agent ist kaufmännische Hilfsperson, unterscheidet sich aber von den angestellten Handelsgehilfen, insbesondere den Handelsreisenden, dadurch, daß er rechtlich in keinem Abhängigkeitsverhältnis zum Handelsunternehmen steht. Er ist selbständiger Kaufmann, der frei über seine Arbeitszeit und Arbeitskraft verfügen kann. Er kann seinen Betrieb nach eigenen Bedürfnissen organisieren und selbst wieder Hilfspersonen anstellen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit kann dagegen sehr verschiedene Formen aufweisen. Es gibt Agenten, namentlich solche, die mehrere Unternehmen vertreten, die dem Auftraggeber in einem Verhältnis völliger Gleichberechtigung gegenüberstehen, während andere, vor allem die Einfirmenagenten, in ihrer Existenz gänzlich vom Geschäftsherrn abhängig sind und wirtschaftlich betrachtet, trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit, sich kaum von einem Dienstnehmer unterscheiden.

Das Nichtbestehen gesetzlicher Vorschriften stellte die Gerichtspraxis vor einige nicht leicht zu lösende Probleme, namentlich im Hinblick auf die tatbeständlich sehr verschiedenen Verhältnisse. Die negative Umschreibung des

³ BGE 29 II 109.

⁴ BGE 40 II 392; 54 II 378; 60 II 335; BIZüR 20 Nr. 174; 38 Nr. 137; ZbJV 46 376; 76, 297.

Agenturvertrages als Vertrag auf dauernde Geschäftsbesorgung, ohne daß der Agent in ein Dienstverhältnis zum Auftraggeber tritt, verbot die Anwendung der Schutzbestimmungen des Dienstvertragsrechts insbesondere über die Kündigung, Pflicht zur Lohnzahlung bei Krankheit, Militärdienst oder wenn aus andern vom Dienstnehmer nicht zu vertretenden Umständen die Tätigkeit unterbrochen werden mußte. Mit Rücksicht auf Art. 394 OR, der Verträge über Arbeitsleistung, die keiner im Gesetz geregelten Vertragsart entsprechen, den Vorschriften über den Auftrag unterstellt, mußte bei Streitigkeiten über die Auflösung eines Agenturverhältnisses Art. 404 OR herangezogen werden, der jedem Teil die Möglichkeit gewährt, den Auftrag jederzeit zu widerrufen, was sich begreiflicherweise in manchen Fällen sehr zum Nachteil des Agenten auswirken konnte. Einmal bedeutete die stetige Unsicherheit und die Möglichkeit, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auf die Straße gestellt zu werden, besonders für kleine Einfirmenagenten eine schwere Belastung, andererseits konnte diese Rechtslage rücksichtslose Auftraggeber bestimmen, Agenten zu entlassen, nachdem sie einen Artikel eingeführt oder einen Kundenkreis aufgebaut hatten, um die Früchte ihrer Arbeit nun leicht selbst einsammeln zu können. Die Praxis hat sich allerdings, soweit die Gerichte überhaupt angerufen wurden, damit geholfen, daß sie gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR den Auftraggeber zu Schadenersatz verurteilte, indem sie annahm, daß in solchen Fällen der Widerruf des Auftrages zur Unzeit erfolgt sei⁵. Diese Lösung schützte meines Erachtens, wenn sie konsequent angewendet wurde, die Interessen der Agenten ebenso wirksam wie die recht kurz bemessenen Kündigungsfristen des neuen Gesetzes, das im ersten Jahr eine Kündigung auf das Ende des der Mitteilung folgenden Monats, später eine Kündigungsfrist von zwei Monaten mit

⁵ Vgl. Padel, Der Agenturvertrag und seine Stellung im schweiz. OR. Abh. zum schweiz. Recht NF. 208 1943 S. 117ff., BIZüR 10 Nr. 176, ZbJV 55 S. 463.

Wirkung auf das Ende eines Kalendervierteljahres zuläßt. Problematischer war die Festsetzung eines Schadenersatzanspruches zugunsten eines Agenten, der nach Aufbau eines neuen Kundenkreises entlassen wurde. Durch die vom Gesetz (Art. 404 OR) ja ausdrücklich zulässig erklärte Vertragsauflösung erlitt der Agent keinen Schaden, denn er hatte von Anfang an nie einen Anspruch auf Aufrechterhaltung des Vertrages und Auswertung der von ihm vorher geleisteten Werbearbeit besessen. Nur dort, wo das Verhalten des Auftraggebers offensichtlich gegen Treu und Glauben verstieß, konnten die Voraussetzungen für eine billige Entschädigung bejaht werden. Eine bessere Regelung dieser Frage bildete denn auch das Kernstück der Gesetzesvorlage und stellte das Hauptpostulat ihrer Befürworter dar. Schon bei der Beratung des Gesetzes über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden war gefordert worden, dem Handelsreisenden bei Auflösung des Vertrages eine Abfindungssumme für die von ihm geworbene Kundschaft zuzusprechen. Diese Forderung war damals mit Recht abgelehnt worden, ist doch die Werbung neuer Kunden regelmäßig eine Hauptaufgabe des Handelsreisenden; hierfür wird er entlohnt, und hierfür wendet der Geschäftsherr die Reisespesen auf. Beim Agenten sind die Verhältnisse anders. Er erhält für seine Werbespesen keinen Ersatz; häufig stehen seine Aufwendungen in keinem Verhältnis zum anfänglichen Erfolg und lassen sich nur rechtfertigen im Hinblick auf die künftigen Geschäftsmöglichkeiten mit den einmal gewonnenen Kunden.

Nachdem die Gerichtspraxis den juristischen Begriff des Agenten herausgearbeitet hatte, mußte sie sich in der Hauptsache nur mit den Rechtsfolgen der vorzeitigen Auflösung des Agenturvertrages beschäftigen sowie den Provisionsstreitigkeiten, die für alle Provisionsverhältnisse typisch sind. Daneben finden sich in der bundesgerichtlichen Entscheidungssammlung verschiedene steuerrechtliche Urteile über die Besteuerung von Filialen und Agenturen, denen die zivilrechtlichen Kriterien für die Um-

schreibung des Agenten zugrunde gelegt wurden⁶. Andererseits hatte das Bundesgericht Rechtsverhältnisse zu beurteilen, die es als «agenturähnlich» bezeichnete, die weder unter den Dienstvertrag noch unter die von der Gerichtspraxis herausgearbeiteten Regeln des Agenturvertrages subsumiert werden konnten; das Gericht mußte daher die anwendbaren Vorschriften den auf die einzelnen Vertrags-elemente am besten passenden Bestimmungen der im Gesetz geregelten Vertragstypen entnehmen⁷.

II.

Es ist somit festzustellen, daß auf Grund der bis heute bekannten Gerichtsurteile sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Agenturvertrages und einer entsprechenden Ergänzung des OR nicht aufdrängte. Nachdem einmal der Begriff des Agenten durch die Gerichtspraxis festgelegt und ein Weg zur Milderung der Folgen mißbräuchlicher Kündigungen gefunden war, hätte man voraussichtlich auch weiterhin die Bestimmung der jeweils anzuwendenden Rechtsregeln der Gerichtspraxis überlassen können. In der Botschaft an die eidgenössischen Räte begründete der Bundesrat seine Gesetzesvorlage mit folgenden Worten:

«Der Bundesrat hält dafür, daß die Ergebnisse der Gerichtspraxis eines halben Jahrhunderts nunmehr in positive Vorschriften zusammengefaßt werden sollten, unter Anpassung an die Erfordernisse unserer Zeit. Nur so wird es möglich sein, die nötige Rechtssicherheit zu erhalten und dem Agenten den Schutz angedeihen zu lassen, der seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit entspricht⁸.»

⁶ Zum Beispiel BGE 45 I 214; 50 I 197; 53 I 369.

⁷ BGE 54 II 377ff. und 60 I 335 betreffend das «Alleinvertretungsrecht»; 57 II 162ff. betreffend den sogenannten Annoncenpachtvertrag.

⁸ Botschaft des BR vom 27. November 1947, BBl 99, 3, 1947 S. 667.

Dem Bundesrat ist dahin zuzustimmen, daß jede gesetzliche Regelung die Rechtssicherheit verstärkt, soweit das geschriebene Recht zur Anwendung kommt. Dagegen können neue Gesetze auch mehr Schaden als Nutzen bringen, wenn sie allzusehr auf bestimmte Verhältnisse zugeschnitten sind, aber den mannigfaltigen Erscheinungen des Wirtschaftslebens nicht gerecht werden, wenn sie allzu zeitgebunden sind und damit einer harmonischen Anpassung an die sich stets verändernden wirtschaftlichen Bedürfnisse entgegenstehen. Das Problem ist ja keineswegs neu und stellt sich immer wieder bei der Ausarbeitung neuer oder der Revision bestehender Gesetze. Ein Studium der Vorarbeiten des Gesetzes läßt leider wesentliche Zweifel aufkommen, ob alle Probleme und Kollisionsfragen richtig gewürdigt worden sind und eine Lösung gefunden wurde, die alle betroffenen Kreise befriedigen kann. Die Frage, ob überhaupt ein neues Gesetz zu erlassen sei, war außerordentlich umstritten. In einer gründlichen und wohldurchdachten Dissertation war Hans Padel 1943 zum Ergebnis gelangt, daß die Stellung, die der Agenturvertrag im System des schweizerischen OR einnehme, befriedige und von einer Sonderregelung gerade im Interesse des Berufsstandes der Handelsagenten Umgang zu nehmen sei⁹. Namentlich aus Kreisen der Exportindustrie wurde darauf hingewiesen, daß ein neues Gesetz, das mit vielen zwingenden Bestimmungen ausgestattet sei, zu großen Unzukömmlichkeiten führen müsse. Alle bedeutenden schweizerischen Unternehmen seien im Ausland durch zahlreiche Agenten vertreten. Es sei bisher Übung gewesen, die mit diesen Agenten abgeschlossenen Verträge dem schweizerischen Recht zu unterstellen. Die Unterwerfung unter schweizerisches Recht und schweizerische Gerichte habe bisher für beide Teile eine befriedigende und klare Rechtslage geschaffen. Sollte das Gesetz in Kraft treten, so müßten viele Verträge revidiert und im Hinblick auf die zwingenden Bestimmungen,

⁹ Abh. zum schweiz. Recht NF. 208, Diss. Bern 1943.

die mit den zu den Auslandsagenten unterhaltenen Beziehungen nicht in Einklang stünden, einem fremden Recht unterstellt werden, was zweifellos nicht im Interesse der schweizerischen Exportindustrie liege.

Auch seitens der Versicherungsagenten wurde gegen eine gesetzliche Regelung bzw. gegen die Unterstellung der Versicherungsagenten unter ein Agenturgesetz grundsätzlich Einspruch erhoben, mit der Begründung, eine allgemeine Ordnung der sehr verschieden gestalteten Agenturverhältnisse sei weder möglich noch wünschbar. Trotzdem wurde die Unterstellung beschlossen und nur insofern eine Ausnahme geschaffen, als für Agenten, die bloß im Nebenberuf tätig sind, abweichende schriftliche Vereinbarungen auch über solche Bestimmungen, die für die hauptberuflichen Agenturverhältnisse zwingend sind, getroffen werden können (Art. 418a Abs. 2). Nachdem heute das Gesetz erlassen und bereits in Kraft getreten ist, braucht das Pro und Contra einer gesetzlichen Ordnung nicht weiter diskutiert zu werden. Immerhin soll nicht verschwiegen werden, daß die Botschaft des Bundesrates wenig überzeugt. Sie begründet die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Agenturvertrages unter anderem damit, daß sich der Richter sogar über Bestimmungen habe hinwegsetzen müssen, «die sonst als zwingend gelten (zum Beispiel Art. 404 Abs. 1 OR betreffend die jederzeitige Auflösung, vgl. BGE 59 II 261)»¹⁰. Daher würden die Vorschriften über die mit dem Auftrag zusammenhängenden Vertragsarten nicht genügen, weil es sich um ein Dauerverhältnis handle. Der von der Botschaft zitierte Bundesgerichtsentscheid behandelt die rechtliche Natur des Insertionsauftrages, den das Bundesgericht als Werkvertrag qualifiziert. Von einem Agenturvertrag und den auf diesen anwendbaren Bestimmungen findet sich im ganzen Entscheid kein Wort. Auch war nie streitig, daß die Parteien für die Auflösung eines Agenturverhältnisses angemessene Kündi-

¹⁰ Botschaft des BR vom 27. November 1947, BBl 99, 3, 1947 S. 665.

gungsbestimmungen vereinbaren konnten. Dauerverhältnisse schließen die Anwendung der Bestimmungen über den Auftrag keineswegs aus. Sodann sagt die Botschaft, es sei unbefriedigend, daß der schweizerische Richter mangels eigener Vorschriften deutsches Recht, das zudem noch veraltet sei, anwenden müsse. Sie erwähnt aber nicht, daß die sich an das deutsche HGB anlehnenden Entscheide mit einer Ausnahme aus den Jahren 1903—1905¹¹ stammen, also aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des revidierten OR von 1911, und daß seither die schweizerischen Gerichte auf die vom Bundesgericht gestaltete Praxis abstellen, was eine Anlehnung an das deutsche Recht überflüssig machte.

Das neue Bundesgesetz ist zweifellos ein zeitbedingtes Gesetz, das wie alle zivilrechtlichen Erlasse aus unserer Zeit deutlich den Stempel sozialpolitischer Zweckbestimmung trägt. Es ist auf Initiative und Bestreben des Verbandes kaufmännischer Agenten und des Verbandes reisender Kaufleute geschaffen worden. Es bildet eine Ergänzung des Bundesgesetzes vom 13. Juni 1941 über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden. Bereits bei den Vorarbeiten zu diesem Gesetz war von den Verbänden verlangt worden, auch Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Agenten aufzunehmen, unter Hinweis darauf, daß auch das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1930 über die Handelsreisenden, welches die gewerbepolizeiliche Ordnung enthalte, sowohl die im Dienstvertrag tätigen Reisenden wie die reisenden Agenten umfasse. Diesem Begehren wurde mit Recht nicht entsprochen, weil zwischen den im Dienstverhältnis stehenden Handelsreisenden und den rechtlich selbständigen Agenten ein fundamentaler Unterschied besteht und zudem ein großer Teil der Agenten überhaupt keine Reisetätigkeit ausübt und sich mit den Funktionen der Handelsreisenden nur wenige Parallelen ziehen lassen. Die Botschaft des Bundesrates bezeichnet als Motiv der gesetzlichen Regelung des Agenturvertrages neben der Schaf-

¹¹ BGE 29 II 109, BlZür. Bd. 4 Nr. 74; Bd. 6 Nr. 110; 26 Nr. 54.

fung klarer Rechtsverhältnisse, die «Einführung eines gleichen Schutzes zugunsten des Agenten, wie er für die Handelsreisenden bereits besteht». Man muß sich diese sozialpolitische Zielsetzung vor Augen halten, wenn man den Inhalt des neuen Gesetzes richtig verstehen will. Es ist ein Schutzgesetz zugunsten des wirtschaftlich abhängigen, rechtlich selbständigen Handelsvertreters, namentlich des sogenannten Einfirmenagenten. Es findet aber auch Anwendung auf die nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich selbständigen Agenten großer Industrieunternehmen, Handelshäuser und Versicherungsgesellschaften, auch auf die zum Teil unter glänzenden Bedingungen tätigen Handelsagenten, die gleichzeitig eine Vielzahl von Firmen vertreten, und auf die sogenannten Zivilagenten, entsprechend dem Prinzip des OR, das kein Sonderrecht für Kaufleute kennt. Das Problem des Gesetzgebers lag darin, alle diese verschiedenen Agenten unter einen Hut zu bringen. Es wurde so gelöst, daß als Richtschnur die Bedürfnisse des kleinen Einfirmenvertreters genommen wurde, in der Meinung, daß soweit notwendig die zu dessen Schutz erlassenen Bestimmungen auch den an sich weniger oder gar nicht eines gesetzlichen Schutzes bedürftigen Agenten zugute kommen sollten. Eine Überprüfung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen nach diesem Gesichtspunkt beweist dies ohne weiteres. Walter Hug hat die Vorschriften des Handelsreisendengesetzes mit dem Inhalt des neuen Agenturvertragsgesetzes als «Rechtsprobleme der kaufmännischen Geschäftsvermittler» in Vergleich gesetzt¹² und den engen Zusammenhang zwischen beiden Erlassen herausgearbeitet. Er faßt die in einem Anstellungsverhältnis stehenden Handelsreisenden und die Handelsagenten unter einem Oberbegriff der reisenden Kaufleute zusammen. Die besondere Stellung der nichtreisenden Agenten, die eine bedeutende Geschäftsorganisation besitzen und

¹² Rechtsprobleme der Geschäftsvermittlung zwischen Unternehmen und Markt, Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handelshochschule St. Gallen 1949.

ihrerseits Vertreter beschäftigen, wie beispielsweise der Generalagenten im Versicherungsgewerbe, wird entsprechend der Tendenz des Gesetzes nur nebenbei gestreift, ob schon wohl nicht bestritten werden kann, daß das neue Gesetz mit seinen zahlreichen zwingenden Vorschriften für die großen Agenturen eine Reihe von Problemen aufwirft, die bis dahin in schriftlichen Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Agent abweichend geordnet waren.

Wie weit das neue Gesetz seine sozialpolitische Zweckbestimmung erfüllen wird, ist im heutigen Zeitpunkt schwer zu sagen, ebenso unbestimmt ist, wie weit die Mahnrufe der Gegner einer gesetzlichen Ordnung des Agenturvertrages durch die künftige Entwicklung eine Bestätigung erfahren werden. Andererseits ist hervorzuheben, daß das neue Gesetz von den Berufsverbänden der Agenten als ein erheblicher sozialer Fortschritt angesehen wird, woraus zu schließen ist, daß die Bedingungen, unter denen viele Agenten bisher arbeiteten, recht bescheiden waren und daß eine Verbesserung dieser Bedingungen nur durch eine gesetzliche Ordnung zu erzielen war. Dies erklärt auch, warum das Gesetz nicht ohne eine größere Zahl zwingender Vorschriften auskommen konnte. Sollte der soziale Fortschritt wirklich den wirtschaftlich schwachen und abhängigen Agenten zugute kommen, so mußte die Ordnung so getroffen werden, daß die zum Schutze der Agenten aufgestellten Bestimmungen durch Parteiabrede nicht wegbedungen werden können. In dieser Hinsicht schließt sich das neue Gesetz eng an das Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden an. Aus dem gleichen Grunde war es unerläßlich, verschiedene Fragen eingehender zu regeln, als dies notwendig und vom theoretischen Standpunkt aus wünschbar gewesen wäre. Das neue Gesetz umfaßt ohne die Übergangsbestimmungen 21 Artikel, während wichtigere und im Wirtschaftsleben häufigere Vertragsarten im Obligationenrecht von 1911 mit wesentlich weniger Artikeln geordnet sind, ohne daß sich bis heute Nachteile gezeigt hätten; so umfaßt der

Werkvertrag 17, der Auftrag 13, der Mäklervertrag 7 und die Kommission 14 Artikel. Die heute unverkennbare Tendenz nach immer größerer Ausweitung der gesetzlichen Grundlagen und die zunehmende Infiltration zwingender Rechtsvorschriften in die Privatrechtsordnung ist vom zivilistischen Standpunkt aus zweifellos unerfreulich. Diese Entwicklung wird sich aber vor allem im Arbeitsrecht nicht aufhalten lassen, weil das dispositive Recht zu wenig Schutz gegen die Ausbeutung des wirtschaftlich Schwachen bietet. So berechtigt manche Kritik unter dem Gesichtspunkt der Reinhaltung des Privatrechts und seines Systems am neuen Erlaß auch sein mag, wird sie doch gegenüber den Forderungen der Zeit nach Verstärkung des sozialen Schutzes nicht aufkommen. Den Hauptvorwurf, den man meines Erachtens gegenüber dem neuen Gesetz erheben kann, ist die ungenügende Hervorhebung, daß der Agenturvertrag auf einem Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Agent beruht. Wo dieses nicht besteht, kann keine noch so umfassende Regelung der Rechte und Pflichten der Parteien Abhilfe schaffen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht die Aufgabe des Agenten darin, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschließen (Art. 418a). In diesem Rahmen hat er die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu wahren. Die Verpflichtungen des Agenten erschöpfen sich jedoch häufig nicht in der Vermittlung oder im Abschluß von Geschäften. Es ist dies wohl das Ziel seiner Tätigkeit. Er hat daneben aber auch noch in anderer Hinsicht die Interessen des Geschäftsherrn wahrzunehmen. Namentlich der Agent im Ausland muß seinem Auftraggeber über die Marktverhältnisse, über die Preisgestaltung der Konkurrenz, über die Wünsche der Kundschaft, die Aussichten über den Verkauf weiterer Artikel, kurz, über alles, was für die Geschäftstätigkeit wissenswert ist, fortwährend orientieren. Er ist vielfach nicht bloßer Geschäftsvermittler, sondern ständiges Ver-

bindungsglied zur Kundschaft. Von all diesen wichtigen Funktionen sagt das Gesetz kein Wort. Es bestimmt nur negativ, der Agent sei auch nach Beendigung des Agenturverhältnisses verpflichtet, die Geschäftsgeheimnisse zu wahren, was an sich eine Selbstverständlichkeit ist. Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes ist nur im Rahmen der bekanntlich sehr engen Bestimmungen des Dienstvertrages zulässig. Besonders frappiert aber, daß der Auftraggeber kraft zwingender Vorschrift verpflichtet ist, bei Auflösung des Vertrages den Agenten besonders zu entschädigen, wenn er das Konkurrenzverbot aufrechterhalten will. Der Agent, der selbständiger, unabhängiger Kaufmann ist und sein will, ist demnach ohne ersichtlichen Grund weitgehender privilegiert als der Angestellte. Er hat Anspruch auf besondere finanzielle Leistungen, wenn verhindert werden soll, daß er nicht eines Tages zur Konkurrenz hinüberwechselt. Es mag Fälle geben, in denen durchaus billig ist, daß der Agent für die zeitlich beschränkte Unterlassung einer Konkurrenzfähigkeit eine Vergütung erhält, in vielen andern Fällen mag dies aber zu unmöglichen Konsequenzen führen, namentlich dann, wenn das Agenturverhältnis aus wichtigen, vom Agenten zu vertretenden Gründen aufgehoben worden ist¹³. Das Gesetzbürdet dem Auftraggeber viele Verpflichtungen und Leistungen auf. Es wäre richtig gewesen, wenn es durch eine entsprechende Hervorhebung der den Agenten obliegenden Treuepflichten einen gewissen Ausgleich geschaffen hätte.

III.

Der Abschluß des Agenturvertrages ist an keine Form gebunden. Die Lösung steht in Übereinstimmung mit den übrigen im OR geregelten Arbeitsverträgen. Auch hätte die vom Verband der Kaufmännischen Agenten vorgeschlagene Schriftform wenig zum Schutze der Agenten

¹³ Das Gesetz enthält für diesen Fall keine Ausnahmerebestimmung.

beigetragen, weil die Folge einer Mißachtung der Formvorschrift die Ungültigkeit und damit Unverbindlichkeit des Vertrages gewesen wäre, sodaß das Gesetz selbst dann, wenn der Agent bereits längere Zeit tätig war, nicht hätte zur Anwendung kommen können. Dagegen macht das Gesetz indirekt die Schriftform zum Schutze des Agenten dienstbar, indem es in einer Reihe von Vorschriften bestimmt, daß die Parteien eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung nur schriftlich treffen können. Soll der Agent daher auf gewisse Rechte verzichten oder vermehrte Pflichten übernehmen, so kann dies nur durch einen schriftlichen Vertrag erfolgen. Diese Lösung ist zweckmäßig und darf auch für künftige gesetzliche Erlasse als wegweisend bezeichnet werden. Sie dient einmal der Klarstellung der Verhältnisse und schützt zudem den Agenten vor unüberlegten Vertragsabschlüssen. Sie ist der im Gesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden gewählten, für den Laien nicht ohne weiteres verständlichen¹⁴ Regelung vorzuziehen, die ebenfalls nicht die Schriftform als Gültigkeitserfordernis aufstellt, aber vorschreibt, der Anstellungsvertrag müsse einen Mindestinhalt aufweisen, der mangels schriftlicher Abrede durch die gesetzlichen Vorschriften bestimmt werde. In ihren Wirkungen kommen beide Lösungen einander sehr nahe¹⁵. Doch wird auch die an sich einfache Ordnung des Abschlusses des Agenturvertrages in der Praxis zu Schwierigkeiten führen, indem die gesetzliche Grundordnung gegenüber den in vielen Branchen bestehenden Usancen den Vorrang hat. Wo es das Gesetz vorschreibt, können diese Usancen nur durch ausdrückliche schriftliche Abrede zur Wirkung gelangen. Diese verlieren damit ihren Charakter als Vertragsbestandteile, die kraft Handelsbrauch verbindlich sind.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Vermittlungsagenten und Abschlußagenten. Auf erstere sind er-

¹⁴ Vgl. hierzu Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, 1946, S. 66f.

¹⁵ Hug, a. a. O. S. 347.

gänzend die Vorschriften über den Mäklervertrag, auf letztere diejenigen über die Kommission anzuwenden. In diesem Hinweis ist unter anderem die Begründung zu sehen, warum der Agenturvertrag als neuer Abschnitt dem OR eingefügt und nicht wie das Handelsreisendengesetz als Sondergesetz erlassen wurde¹⁶. Dieses Vorgehen war richtig, weil dadurch dem Agenturvertrag ein bestimmter Platz im System des Gesetzbuches eingeräumt wurde, der für die Auslegung des Gesetzes wegleitend sein kann.

Ein Novum in der schweizerischen Zivilrechtsgesetzgebung ist die international-privatrechtliche Bestimmung, wonach zwingend schweizerisches Recht anwendbar erklärt wird, wenn sich das Tätigkeitsgebiet des Agenten in der Schweiz befindet. Diese Regelung entspricht der bisherigen Praxis des Bundesgerichts¹⁷. Ob sich die Gerichte anderer Staaten in einem Rechtsstreit des Agenten gegen seinen Auftraggeber daran halten werden, ist eine heikle Frage, die hier nicht näher untersucht werden kann. Über das anwendbare Recht auf Verträge zwischen schweizerischen Firmen und ihren Agenten im Ausland sagt das Gesetz nichts. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß viele schweizerische Unternehmen in ihren Verträgen mit den im Ausland tätigen Agenten das schweizerische Recht als anwendbar erklärt haben und daß sich diese mit Rücksicht auf die vielen zwingenden, für die Verhältnisse im Ausland teilweise ungeeigneten Bestimmungen des neuen Rechts gezwungen sehen würden, ihre Verträge zu revidieren und dem ausländischen Recht zu unterstellen. Hug¹⁸ vertritt unter Hinweis auf den deutschen Entwurf eines Handelsvertretergesetzes von 1940 die Auffassung, die im Gesetz enthaltenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit seien auf die Auslandvertreter nicht anwendbar;

¹⁶ Die Aufnahme ins OR wurde trotz heftiger Widerstände der Berufsverbände beschlossen, im Ständerat allerdings erst mit Stichentscheid des Präsidenten.

¹⁷ BGE 65 II 169f.; 67 II 180f.; Hug, a. a. O. S. 371.

¹⁸ a. a. O. S. 371.

der schweizerische Geschäftsherr habe es daher in der Hand, das schweizerische Recht und damit auch das Gesetz über den Agenturvertrag nur in dem Umfang anwendbar zu erklären, wie es der Interessenlage und den Verhältnissen des fremden Landes entspreche. Ob ausländische Gerichte dieser Auffassung beipflichten, halte ich für fraglich. Man kann logischerweise die Rechtsordnung eines Staates nicht nur teilweise anwendbar erklären und die darin enthaltenen zwingenden Bestimmungen durch Parteivereinbarung ausschließen, wenn nicht, wie dies im deutschen Entwurf vorgesehen war, ausdrücklich ein entsprechender Vorbehalt vom Gesetz selbst gemacht wird. Jedenfalls werden aber schweizerische Gerichte derartige Ausnahmen nicht zulassen. Vom Standpunkt des schweizerischen Rechts aus besteht kein Grund, den vom Gesetz gewollten Rechtsschutz gegenüber dem im Ausland tätigen Agenten einzuschränken und diesen trotz Anwendung der gleichen Rechtsordnung schlechter zu behandeln als den Inländer. Wenn der schweizerische Richter schweizerisches Recht anwenden muß, dann hat er dessen Vorschriften uneingeschränkt zu befolgen. Für die Parteien, die ihr Vertragsverhältnis dem schweizerischen Recht unterstellen, sind auch dessen zwingende Vorschriften verbindlich, es kann nicht ihrem Ermessen überlassen sein, zu bestimmen, wie weit die Gültigkeit des anwendbar erklärten Rechts reicht. In den Fällen, in denen die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts vertraglich vorgesehen ist, hat es daher der Agent in der Hand, durch Klage am schweizerischen Wohnort des Geschäftsherrn die Anwendung der Schutzbestimmungen des neuen Rechts durchzusetzen. Sofern also die Verhältnisse in dem fremden Land, in welchem der Agent tätig ist, den Ausschluß der zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts rechtfertigen, kann nur so geholfen werden, daß das Rechtsverhältnis dem fremden Recht unterstellt wird.

Ein erfreulicher Vorteil der gesetzlichen Regelung ist die klare Ordnung der Vertretungsbefugnis des Agen-

ten, die im Geschäftsleben immer wieder zu Unsicherheiten Anlaß gegeben hat. Ohne ausdrückliche weitergehende Ermächtigung ist der Agent nur berechtigt, Geschäfte zu vermitteln, nicht aber auch abzuschließen. Trotzdem gilt er, entsprechend einer viel geübten, aber nie gefestigten Praxis, als ermächtigt zur Entgegennahme von Mängelrügen und andere Erklärungen, durch die der Kunde seine Rechte aus mangelhafter Lieferung wahrt. Als Gegenrecht kann er die seinem Auftraggeber zustehenden Rechte auf Sicherstellung des Beweises geltend machen. Dagegen ist der Agent, ohne gegenteilige Vereinbarung, nicht ermächtigt, Zahlungen entgegenzunehmen, Zahlungsfristen zu gewähren oder überhaupt in Änderungen des mit dem Kunden abgeschlossenen Vertrages einzuwilligen. Da das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag in den Art. 33 und 44 Vollmachten der Versicherungsagenten zum Teil abweichend regelt, ist ein entsprechender Vorbehalt für das Versicherungsgewerbe aufgenommen worden.

Über Beschränkung und Widerruf der Vollmacht durch den Auftraggeber enthält das Gesetz keine Bestimmung im Gegensatz zum Handelsreisendengesetz. Es gilt Art. 34 OR, wonach die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung jederzeit beschränkt oder widerrufen werden kann, was jedoch auf die aus dem Grundvertrag fließenden Rechte ohne Einfluß ist. Diesbezüglich gilt nicht Art. 404 über das Widerrufsrecht des Auftrages, sondern die speziellen Bestimmungen des Agenturgesetzes über Kündigung, Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen und die damit verbundenen Entschädigungsansprüche des Agenten.

Eingehend sind die Ansprüche auf Provision, ihre Berechnung, Fälligkeit und Sicherung geregelt. Eine muntere Quelle zur Entfaltung von Streitigkeiten wird die zwingende Bestimmung des Art. 418m bilden, die den Auftraggeber zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet, wenn er den Agenten durch Verletzung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten schuldhaft verhindert, seine Provision zu verdienen. Es ist diesbezüglich an die vorstehen-

den Bemerkungen zu erinnern, daß die Beziehungen zwischen Geschäftsherr und Agent auf einem Vertrauensverhältnis beruhen und ohne diese Voraussetzung wertlos sind. In krassen Fällen der schuldhaften Vertragsverletzung wäre die Entschädigungspflicht des Geschäftsherrn auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschriften auf Grund des allgemeinen Teils des OR gegeben gewesen. In den meisten Fällen wird der Nachweis des schuldhaften Verhaltens des Auftraggebers außerordentlich schwer sein. Die Zukunft wird erweisen, ob es psychologisch klug war, den Agenten auf seine prekären Ansprüche besonders aufmerksam zu machen und ihn zu Prozessen zu ermuntern, die möglicherweise für ihn nur mit Kosten verbunden sind.

Gänzlich aus dem Rahmen des Agenturvertrages fällt die ebenfalls unverzichtbare Vorschrift, die dem nur für einen Auftraggeber tätigen Agenten eine angemessene Entschädigung für Verdienstausschlag zuspricht, wenn er ohne sein Verschulden an der Ausübung seiner Tätigkeit verhindert wurde. Voraussetzung ist, daß das Agenturverhältnis mindestens ein Jahr gedauert hat. Diese Bestimmung läßt sich mit der Stellung des Agenten als selbständigem Geschäftsvermittler nicht in Einklang bringen. Sie ist nur aus der erwähnten sozialpolitischen Tendenz des Gesetzes zu verstehen. Aus welchen Gründen aber nur die Einfirmenagenten privilegiert sind, ist nicht ohne weiteres verständlich. Auch der für mehrere Auftraggeber tätige Agent kann durch Militärdienst, Krankheit oder andere Gründe in Not geraten. Offenbar wollte man nur den wirklich Schwachen schützen. Diese Sondervorschrift zeigt die ganze Problematik der allgemeinen Regelung aller Agenturverhältnisse. Ohne gründliche statistische Grundlagen, die bei der Beratung des Gesetzes nicht vorlagen, ist es schwer, über die Auswirkung in der Praxis eine Meinung zu äußern.

Für die Auflösung von Agenturverträgen sieht das Gesetz Kündigungsfristen vor. Hat ein Vertragsverhältnis mindestens ein Jahr gedauert, so ist die minimale Kündigungsfrist zwei Monate auf Ende eines Kalenderviertel-

jahres. Der Agent ist somit gegenüber einem im Dienstverhältnis stehenden Angestellten nur wenig privilegiert. Für die Auflösung aus wichtigen Gründen gelten die Bestimmungen über den Dienstvertrag und somit auch die hierüber bestehende umfangreiche Gerichtspraxis.

Mit ein Kernstück des neuen Gesetzes ist der Entschädigungsanspruch des Agenten für die Kundschaft bei Beendigung des Agenturverhältnisses. Dieser Anspruch war bei der Vorbereitung und später in der Beratung des Gesetzes außerordentlich umstritten. Die Vieltätigkeit der Verhältnisse schloß von vorneherein einen generellen Entschädigungsanspruch aus. Das Gesetz gewährt dem Agenten nur dann ein Recht auf Entschädigung, wenn er durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweiterte und zudem dem Auftraggeber auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses aus der Geschäftsverbindung mit der erworbenen Kundschaft erhebliche Vorteile erwachsen. Da man diese Voraussetzungen als möglicherweise noch zu weitgehend ansah, wurde als weitere Einschränkung hinzugefügt, daß der Anspruch nur bestehe, «soweit es nicht unbillig» sei. Mit dieser verklausulierten Regelung hoffte man einerseits die Forderungen der Agenten zu befriedigen und andererseits den schweren Bedenken, die von Handel und Industrie gegen das Prinzip der Kundschaftsentschädigung vorgebracht wurden, Rechnung zu tragen. Also ein eidgenössischer Kompromiß par excellence, dessen Auswirkungen in der Praxis abgewartet werden müssen. Die Fortschritte gegenüber der bisherigen Praxis zu Art. 404, die dem Agenten einen Ersatzanspruch zusprach, wenn die Auflösung des Vertrages zur Unzeit erfolgte, sind jedenfalls nicht bedeutend. Die vom Gesetz gefundene Lösung ist nicht originell. Sie ist eine Nachbildung des österreichischen Gesetzes über die Handelsagenten von 1921¹⁹. Bei den Materialien finden sich leider nirgends Hinweise, inwieweit diese Ordnung in Österreich befriedigt hat.

¹⁹ Botschaft des BR vom 27. November 1947 S. 684.

Schlußendlich ist noch interessant, zu erwähnen, daß die Übergangsbestimmungen dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz einen Zusatz beifügen, der dem Agenten für Forderungen, die ihm in den letzten zwölf Monaten vor der Konkursöffnung aus dem Agenturvertrag entstanden sind, ein Privileg in der 3. Klasse schafft. Dieses weitgehende Vorzugsrecht dürfte nur in den wenigsten Fällen gerechtfertigt sein. Während Büroangestellte und Reisende für ihre Gehalts- und Provisionsforderungen nur für die letzten 6 Monate, allerdings in der ersten Klasse, privilegiert sind, bezieht sich das Vorzugsrecht der Agenten auf alle Forderungen gegenüber dem Auftraggeber, also auch für Spesenersatz und Auslagen, und ist auf die letzten 12 Monate vor Konkursöffnung erstreckt. Diese Forderungen können unter Umständen sehr hohe Beträge erreichen und damit zu einer empfindlichen Schädigung der Kurrentgläubiger führen.

Die zahlreichen neuen zum Schutze des Agenten aufgestellten Vorschriften machten den Erlaß von Übergangsbestimmungen notwendig. Ein Teil der Bestimmungen, insbesondere über die Kündigungsfristen und die Auflösung aus wichtigen Gründen, wurden als sofort anwendbar erklärt, während für die andern, welche bestehende Verträge auf ganz neue Grundlagen stellen können, eine Anpassungsfrist von 2 Jahren vorgesehen wurde. Die Übergangsbestimmungen erheischen sorgfältige Beachtung, ansonst für den Geschäftsherrn unangenehme Überraschungen nicht ausbleiben werden. Dies ist leider eine Folge, die mit jedem neuen sozialpolitischen Erlaß verbunden ist.

IV.

Das neue Gesetz ist weder inhaltlich noch sprachlich eine reine Perle in unserer Zivilrechtskodifikation. Durch seine mannigfachen zwingenden oder, wie die neue Terminologie lautet, «unabdingbaren» Vorschriften wirft es verschiedene Probleme für die Privatrechtswissenschaft auf,

deren Bedeutung letzten Endes nur die Praxis aufzeigen kann. Für viele Handelsvertreter wird es zweifellos eine Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen bringen. Die dem Geschäftsherrn auferlegten Pflichten sind andererseits keineswegs untragbar. Wie weit aber das Gesetz dazu beitragen wird, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, und ob es für alle beteiligten Kreise eine zuverlässige Grundlage für die Gestaltung ihrer rechtlichen Beziehungen bietet, ist eine offene Frage.

Schrifttum:

Hug, Walter: Rechtsprobleme der Geschäftsvermittlung zwischen Unternehmen und Markt (Festschrift der Handelshochschule St. Gallen «Individuum und Gemeinschaft» 1949).

Langmack, Hans: Der Agenturvertrag, Diss. Zürich 1945.

Meister, Guido: Bundesgesetz über den Agenturvertrag 1949.

Nipperdey, H. C., und Dietz, Rolf: Entwurf eines Handelsvertretergesetzes, Berlin 1940.

Padel, Hans: Der Agenturvertrag und seine Stellung in schweiz. OR. Diss. Bern 1943, Abh. z. schweiz. R. NF. 208.
