



St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2016

Mittwoch, 14. September 2016, Grand Casino Luzern

Mittwoch, 21. September 2016, Kongresshaus Zürich



Aussendienst: Möglichkeiten und Tretminen bei der Vertragsgestaltung

Dr. iur. Christoph Senti

Wieso dieses Thema?

TagesAnzeiger

Chefs überwachen ihre Mitarbeiter

Ein Basler Privatdetektiv muss immer häufiger Angestellte im Aussendienst observieren. Auch wenn dabei viele Missbräuche aufgedeckt werden, ist der Einsatz von Überwachern umstritten.



Heimliche Überwachung: Die Aufträge von misstrauischen Firmeninhabern nehmen zu. (Archivbild)

Denise Muchenberger 28.09.2013

Stichworte

[Arbeit](#)

Artikel zum Thema

Geri Müller wurde bespitzelt

Während Monaten hat ein Detektiv offenbar den grünen Nationalrat Geri Müller beschattet. Den Auftrag soll dieser von Kritikern Müllers erhalten haben, die seine Wahl zum Badener Stadtammann verhindern wollen. [Mehr...](#)

03.03.2013

Der Journalist als Detektiv

Deadline Deadline Journalisten sind, falls sie nur etwas Ehrgeiz haben, Detektive. Die

Wieso dieses Thema?

Entscheid des Bundesgerichts

Aussendienstmitarbeiter dürfen per GPS überwacht werden

von bbu. / 20.8.2004, 12:20 Uhr

Unternehmen dürfen ihre Aussendienstmitarbeiter mit einem in Fahrzeugen eingebauten GPS-Lokalisierungssystem überwachen. Dies verstösst gemäss einem neuen Urteil des Bundesgerichts nicht gegen arbeitsrechtliche Vorschriften, sofern es sich nicht um eine totale Überwachung in Echtzeit handelt.

Wieso dieses Thema?

Aussendienstmitarbeitende als besondere Spezies:

- Verrichten ihre Arbeit vorwiegend ausserhalb des Unternehmens.
- Geniessen grosse Freiheiten und sind nur beschränkt kontrollierbar.
- Sind für das Unternehmen oft ein lebenswichtiger Lieferant von Marktinformationen und das Sprachrohr zum Kunden (Imageträger).
- Können «normale» Arbeitnehmer sein, aber auch Handelsreisende oder Agenten (Auftragsverhältnis).
- Handelsreisende und Agenten unterstehen nicht dem Arbeitsgesetz.
-

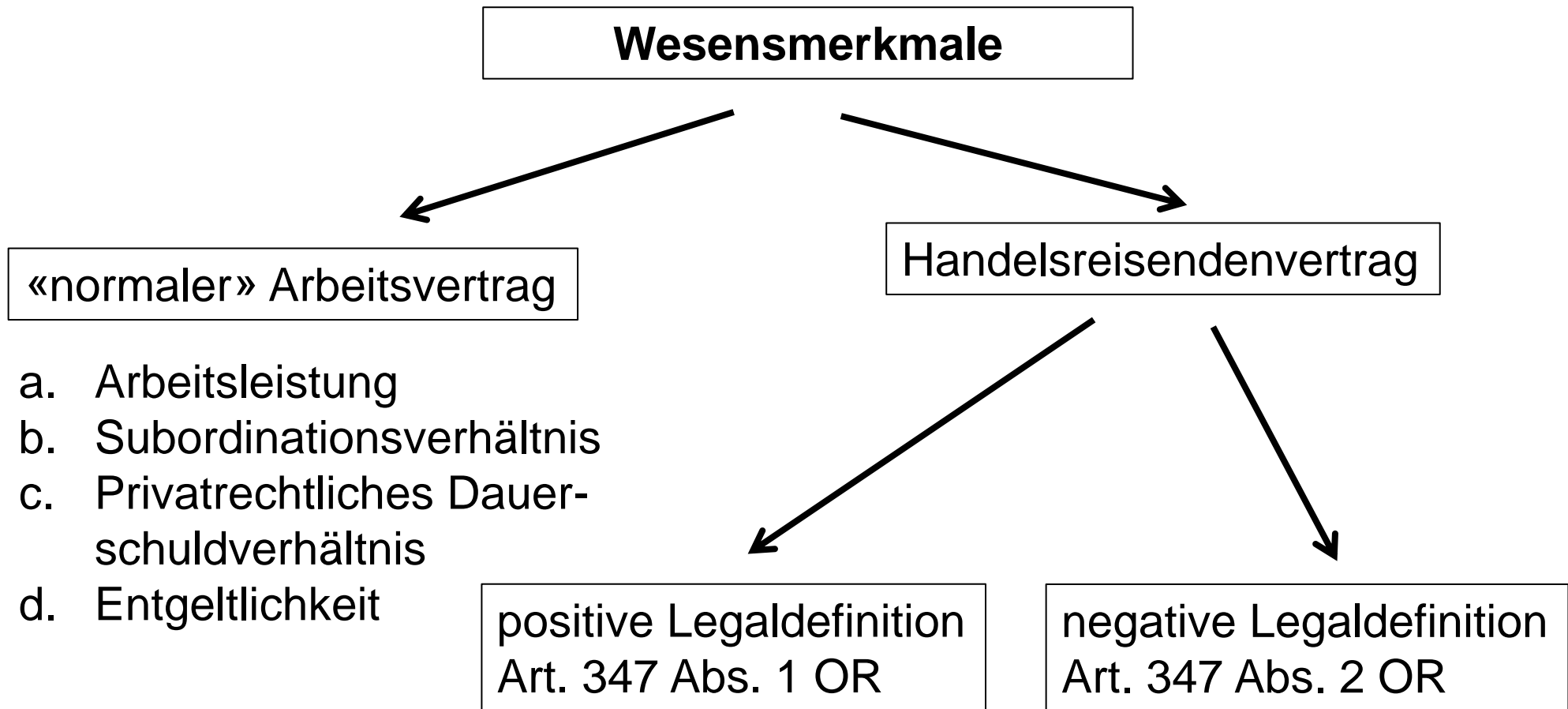
=> Berücksichtigt der Arbeitsvertrag all diese Eigenheiten?

Der Handelsreisende: Grundlagen (I)

Gesetzesgrundlagen:

- Handelsreisendenvertrag als besondere Vertragsart (Art. 347 ff. OR).
- Einzelarbeitsvertrag als subsidiäres Vertragsrecht (Art. 319 ff. i. V. m. Art. 355 OR).
- Das Arbeitsgesetz ist irrelevant (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. g ArG).
Beachte: Art. 3a ArG (Gesundheitsschutz) erwähnt zwar höhere leitende Arbeitnehmer, jedoch nicht Handelsreisende;
- BG über das Gewerbe der Reisenden (SR 943.1) mit VO (SR 943.11).
- Diverse kantonale Gesetze.
- Branchenspezifische Gesetze (bspw. VVG, vgl. Art. 348b Abs. 3 OR).

Handelsreisendenvertrag: Merkmale (I)



Handelsreisendenvertrag: Merkmale (II)

Art. 347 OR

```
graph TD; A[Art. 347 OR] --> B[positive Legaldefinition  
Art. 347 Abs. 1 OR]; A --> C[negative Legaldefinition  
Art. 347 Abs. 2 OR];
```

positive Legaldefinition
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 Geschäfte** gegen Lohn Geschäfte jeder **Art ausserhalb der Geschäftsräume** des Arbeitgebers zu **vermitteln oder abzuschliessen**.

negative Legaldefinition
Art. 347 Abs. 2 OR

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.

Handelsreisendenvertrag: Abgrenzungen (I)

Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR):

=> fehlendes Subordinationsverhältnis.

Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR):

=> fehlendes Subordinationsverhältnis als allg. Abgrenzungsmerkmal zum Auftrag;

=> kein Dauerschuldverhältnis;

=> keine Pflicht zum Tätigwerden.

Kommission (Art. 425 ff. OR):

=> fehlendes Subordinationsverhältnis;

=> Verkauf in eigenem Namen auf fremde Rechnung (indirekte Stellvertretung).

Handelsreisendenvertrag: Abgrenzungen (II)

«normaler» Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR):

Ausschliesslich relevantes Vertragsrecht, falls trotz Arbeitsverhältnis kein Handelsreisendenvertrag vorliegt.

Die Merkmale im Einzelnen:

- Tätigkeit ist nicht ausgerichtet auf Vermittlung oder Abschluss von Verträgen:
=> Kundenbetreuung, Verkaufsförderung, Abwickeln von Geschäften, etc.
- Keine Tätigkeit für ein kaufmännisches Unternehmen:
=> ≠ Arbeitgeber;
=> Definition kaufm. Gewerbe: Mindestumsatz CHF 100'000.00?
- Nicht als Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers gelten:
=> Homeoffice; REHBINDER/STÖCKLI: Reisetätigkeit;
=> Innendienst, Telefonverkäufer von zu Hause aus oder sonst wo;
=> Abgrenzungskriterien noch zeitgemäss?

Handelsreisendenvertrag: Abgrenzungen (III)

«normaler» Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR):

Die Merkmale im Einzelnen:

- Keine vorwiegende Reisetätigkeit:
=> «vorwiegend»: > 50% der Arbeitszeit ausserhalb der Geschäftsräume.
- Gelegentliche Tätigkeit:
=> Gelegentlich im Sinne einer sporadischen Tätigkeit gilt bei fehlender Arbeitspflicht überhaupt nicht als Arbeitsvertrag.
- Vorübergehende Tätigkeit
=> Egal, ob vereinbart oder nicht: effektive Dauer ist relevant;
=> Problem des «schwebenden» Handelsreisendenvertrages;
=> Vorschlag Literatur: «vorübergehend» = Probezeit von einem Monat.

Handelsreisendenvertrag: Abgrenzungen (IV)

«normaler» Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR):

Die Merkmale im Einzelnen:

- Verkauf auf eigene Rechnung:
 - => «fremde Rechnung» muss nicht zwingend Arbeitgeber sein, Kaufmännisches Unternehmen eines Dritten ist ebenfalls möglich;
 - => Vom Arbeitgeber bewilligte Verkaufstätigkeit auf eigene Rechnung (vgl. Art. 348 OR) fällt nicht unter das Handelsreisendenrecht;
 - => STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH: Geschäfte auf fremde Rechnung aber in eigenem Namen schliesst das Gesetz nicht aus.

Vertragsverhältnis kann von Beginn weg «nur» ein Einzelarbeitsvertrag sein aber auch während des laufenden Vertragsverhältnisses vom Einzelarbeitsvertrag zum Handelsreisendenvertrag mutieren oder umgekehrt.

Vertragsgestaltung: Vorfragen (I)

Vor Vertragsabschluss bzw. –redaktion zu prüfen:

Welches sind die für das konkrete Arbeitsverhältnis spezifischen Rechtsgrundlagen?

- (allgemeinverbindliche) Gesamtarbeitsverträge?
- Im Unternehmen gültige Arbeits-, Fahrzeug-, Spesen-, Arbeitszeitreglemente und Weisungen (EDV, Verhalten am Arbeitsplatz etc.)?
- Allgemeine (Versicherungs-)bedingungen?

Vertragsgestaltung: Vorfragen (II)

Achtung Formvorschriften!

Einzelarbeitsvertrag, vor allem aber auch der Handelsreisendenvertrag verlangen für diverse Vertragsabreden die Schriftform:

- Schriftlichkeit als Gültigkeitserfordernis:
 - => Dauer, Beendigung Arbeitsvertrag, Kündigungsfristen:
Art. 347a, 335b, 335c OR;
 - => Vollmacht des Handelsreisenden:
Art. 347a, 348b OR;
 - => Entgelt und Auslagenersatz:
Art. 347, 348a, 349a, 349c, 349d, 327 OR;
- Weitere Formvorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts:
 - => Überstunden, Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit etc.:
Art. 321c, 324a OR etc.

Vertragsgestaltung: Verkaufsgebiet (I)

In aller Regel: Zuweisung eines bestimmten Verkaufsgebietes oder Kundenkreises (vgl. Art. 349 OR).

- Anknüpfungspunkt?
 - => Sitz des Kunden / Ort der Baustelle / Lieferadresse / ...;
 - => Grenzen des geografischen Gebiets?
- Kollisionsregeln?
 - => Eigengeschäfte durch den Arbeitgeber (Art. 349 OR, Art. 349b OR);
 - => Persönliche Beziehungen;
 - => Gebietsüberschreitende Projekte.

Vertragsgestaltung: Verkaufsgebiet (II)

- Exklusivität?
 - => Schriftliche Vereinbarung falls nicht (Art. 349 OR);
 - => Arbeitgeber darf auch im exklusiv zugeteilten Gebiet Eigengeschäfte machen (Art. 349 OR), Provisionsanspruch erfasst jedoch alle Geschäfte (Art. 349b OR).

Vertragsgestaltung: Einseitige Anpassung Verkaufsgebiet (I)

Ausgangslage:

- Anpassung des Verkaufsgebietes an die aktuellen Bedürfnisse ist ein wichtiges und notwendiges Instrument für den Arbeitgeber.
- Bei leistungsorientierter Entlohnung kann die (einseitige) Anpassung des Verkaufsgebietes zu erheblichen Lohneinbussen führen.

Einvernehmliche Änderung des Verkaufsgebietes:

- Jederzeit möglich;
- Regeln des Aufhebungsvertragsrechts bei starken Auswirkungen auf die Lohnhöhe (Provision)?

Vertragsgestaltung: Einseitige Anpassung Verkaufsgebiet (II)

Einseitige Anpassung des Verkaufsgebietes :

- Einseitige Änderung des Verkaufsgebietes durch den Arbeitgeber:
=> Art. 349 Abs. 2 OR:
Der Arbeitgeber kann die **vertragliche Bestimmung des Reisegebietes** oder Kundenkreises **einseitig abändern**, wenn ein **begründeter Anlass** eine Änderung **vor Ablauf der Kündigungsfrist** notwendig macht; jedoch bleiben diesfalls **Entschädigungsansprüche** und das Recht des Handelsreisenden zur **Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund vorbehalten**.

=> Gesetzlich verankertes Recht zur einseitigen Anpassung;
=> «vor Ablauf der Kündigungsfrist»: Änderungskündigung zwingend?
=> «begründeter Anlass»: Art. 336 Abs. 2 lit. b OR, Art. 340c Abs. 2 OR;
=> Entschädigungsansprüche und Recht zur fristlosen Kündigung.

Vertragsgestaltung: Einseitige Anpassung Verkaufsgebiet (III)

Änderungskündigung:

- Grundsätzlich jederzeit möglich, aber:
 - => Kündigungsfristen sind einzuhalten;
 - => zeitlicher und sachlicher Kündigungsschutz gilt vollumfänglich;
 - => Massentlassungsvorschriften in aller Regel irrelevant;
 - => Vertragsänderung greift erst nach Ablauf der Kündigungsfrist;

Vertragsgestaltung: Einseitige Anpassung Verkaufsgebiet (IV)

Vertraglich vereinbartes Recht zur Teilkündigung:

- Möglich, sofern vertraglich vereinbart.
- Kürzere Kündigungsfrist auch für langjährige Mitarbeitende.
- Es gelten die allgemeinen Regeln des Kündigungsrechts: zeitlicher und sachlicher Kündigungsschutz etc.
- Problem: Teilkündigung des Verkaufsgebietes definiert kein neues Gebiet. Insofern ist eine *Teiländerungskündigung* notwendig. Rechtsfolgen bei Ablehnung durch den Arbeitnehmer?

Vertragsgestaltung: Einseitige Anpassung Verkaufsgebiet (V)

Vertraglich vereinbartes Recht zur einseitigen Vertragsanpassung:

- Grundsätzlich zulässig (vgl. BGer 4A_299/2008 E. 2.5 (betr. AVBs)).
- Vorliegend heikel: Verändertes Vertragsgebiet kann massive Lohnveränderungen zur Folge haben.
- Gesetzliche Grenzen:
 - => Art. 349 Abs. 2 OR? (dispositiv);
 - => Art. 349a Abs. 2 OR: Angemessenes Entgelt;
 - => Art. 27 ZGB: Persönlichkeitsschutz.

Vgl.: VON KAENEL, ADRIAN: Einseitige Vertragsänderungsrechte des Arbeitgebers; in: Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert; 2015, S. 331 ff.

Vertragsgestaltung: Einseitige Anpassung Verkaufsgebiet (VI)

Anpassung des Verkaufsgebietes mittels Weisungsrecht?

- Nicht möglich, wenn Gebiet vertraglich vereinbart.
- Analoge Anwendung der Grundsätze zur einseitigen Zuweisung/
Änderung des Arbeitsortes durch den Arbeitgeber?
M. E. möglich aber heikel, weil:
 - => Verkaufsgebiet ist nicht Arbeitsort;
 - => Reisezeit ist kein unbezahlter Arbeitsweg;
 - => Art. 349 Abs. 2 OR sieht diese Recht ausdrücklich vor, allerdings nur während der Kündigungsfrist, nur in begründeten Fällen und unter Vorbehalt der Arbeitnehmerrechte.

Vertragsgestaltung: Kompetenzen

Vermittlungs- oder Abschlussvollmacht? (I)

Kompetenz zum Vertragsabschluss, zur Vertragsvermittlung oder überhaupt keine Vollmacht?

- Ohne schriftliche Vollmacht Kompetenz zur Vertragsvermittlung, nicht aber Vertragsabschluss (Art. 347a Abs. 1 lit. b OR, Art. 348b Abs. 1 OR).
=> Kompetenz zum Vertragsabschluss schriftlich;
=> Entzug der Kompetenz zur Vertragsvermittlung ebenfalls schriftlich!
- Ohne schriftliche Vollmacht keine Kompetenz zur Vermittlung oder Abschluss von Verträgen auf eigene Rechnung oder Rechnung Dritter (Art. 348 Abs. 1 OR).
=> Wenn auf Rechnung einer Drittfirma Geschäfte gemacht werden sollen, besitzt der Handelsreisende ohne schriftliche Regelung überhaupt keine Vollmacht.

Vertragsgestaltung: Kompetenzen Vermittlungs- oder Abschlussvollmacht? (II)

Einseitiger Widerruf der Vollmacht auch bei vertraglicher Zusicherung?

- Art. 34 OR \Leftrightarrow Vertragsvereinbarung
- Herrschende Meinung: Widerruf der Vollmacht ist jederzeit möglich, selbst wenn diese vertraglich vereinbart; Altes Recht erwähnte diese Option noch ausdrücklich.

Vertragsgestaltung: Kompetenzen Vermittlungs- oder Abschlussvollmacht? (III)

Umfang der Bevollmächtigung?

- Art. 348b Abs. 2 OR: «... alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung dieser Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt; jedoch darf er ohne besondere Ermächtigung Zahlungen von Kunden nicht entgegennehmen und keine Zahlungsfristen bewilligen.»
- Erster Halbsatz entspricht weitgehend der Regelung in Art. 462 OR.
=> Auslegungshilfe, sofern notwendig.
- Keine Möglichkeit zur Eintragung im Handelsregister.
- Vertragsabschluss auf fremde Rechnung: Stellvertretung Art. 32 ff. OR.
=> Modalitäten des Stellvertretungsrechts beachten (Beschränkung, Widerruf, Anscheins-, Duldungsvollmacht, etc.).

Vertragsgestaltung: Pflichten

Pflichten des Handelsreisenden:

- Art. 348 OR:
 - => Pflicht zum Besuch der Kundschaft in der vorgeschriebenen Weise;
 - => Pflicht zur Einhaltung der vorgegebenen Preise und Bedingungen;
 - => Pflicht zur Berichterstattung und Informationsverschaffung.
- Art. 348a OR:
 - => Haftpflicht des Handelsreisenden für Forderungsausfälle;
- Je nach Bedeutung und Bedürfnis: Vertragsvereinbarung oder Weisung. Achtung Schriftform!
- Pflichten des Einzelarbeitsvertragsrechts (Treue-, Sorgfaltspflicht etc.) gelten auch beim Handelsreisendenvertrag.

Vertragsgestaltung: Arbeitszeit

Grösstmögliche Gestaltungsfreiheit:

- Arbeitsgesetz nicht anwendbar, auch nicht die Vorschriften zum Gesundheitsschutz (BGer 2P.251/2001 und 2A.407/2001 E. 5.3 somit nicht relevant).
- Diverse Arbeitszeitmodelle denkbar:
 - => Vereinbarung eines üblichen Arbeitszeitmodells, Überstunden werden kompensiert oder ausbezahlt;
 - => Verzicht auf Vereinbarung einer wöchentlichen Arbeitszeit: Ohne vertraglich vereinbarte Arbeitszeit keine Überstunden;
 - => Festlegung einer wöchentlichen Arbeitszeit inkl. Vertragsregelung «Überstunden inbegriffen».

Vertragsgestaltung: Entlöhnung (I)

Entlöhnung des Handelsreisenden:

- Häufig monatlicher Fixlohn und Provision (Leistungslohn).
- Abweichungen vom Gesetz bedürfen der Schriftform (Art. 347a OR).
- Handelsreisendenrecht kennt eine ganze Anzahl besonderer Lohnbestimmungen:
 - => Art. 348a OR: Mithaftung für Zahlungsausfälle;
 - => Art. 349a OR: Zulässigkeit eines Lohnes, welcher nur oder vorwiegend aus Provisionen besteht;
 - => Art. 349b OR: Provisionsanspruch bei (nicht) exklusivem Verkaufsgebiet;
 - => Art. 349c OR: Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung;
 - =>

Vertragsgestaltung: Entlöhnung (II)

Provisionsvereinbarungen:

- Entgeltlichkeit als wesentliches Vertragsmerkmal und für den Arbeitnehmer fundamental. Daher detaillierte Regelung sinnvoll.
- Je klarer Provisionsvereinbarungen, umso kleiner die Überraschung.
- Regelungsbedarf:
 - => Vertragsabschluss oder nur Kundennachweis für Entstehung des Anspruches?
 - => Welche «Zahl» gilt als Bemessungsgrundlage (Skonti, etc.)?
 - => Zeitpunkt der Auszahlung? Akontozahlungen? Abrechnungspflicht?
 - => Ein- und Ausstieg in / aus Vertrag: wie wird abgerechnet?
 - =>

Praxis: Häufig geht es um eine nachvollziehbare Abbildung der betrieblichen Praxis im Handelsreisendenvertrag.

Vertragsgestaltung: Entlöhnung (III)

Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlung bei schwankendem Einkommen:

- Hypothetischer Verdienst bei:
 - => Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit Unfall, Krankheit etc.;
 - => Lohnersatzzahlung bei Lohnzahlungspflicht trotz fehlender Arbeitsleistung (Ferien, Freistellung etc.).
- Zentrale Frage: Was hätte der Handelsreisende verdient, wenn er gearbeitet hätte?
- Lösung: Bestimmen des hypothetischen Verdienstes mit Hilfe des Lohnausfall- oder Referenzperiodenprinzips.

=> Vgl. dazu: CHRISTOPH SENTI, AJP/PJA, 5/2015, S. 695 ff.

Fragen?

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!