Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft

3. Auflage

Herausgeber:
Claire Huguenin, Markus Müller-Chen

Schulthess § 2016

mässig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann ihn der Richter auf Antrag des Schuldners auf einen angemessenen Betrag herabsetzen.

Lorsqu'un salaire excessif a été stipulé soit pour avoir indiqué une occasion de conclure un contrat individuel de travail ou une vente d'immeuble, soit pour avoir négocié l'un de ces contrats, il peut être, à la requête du débiteur, équitablement réduit par le juge.

Se per indicare l'occasione di conchiudere un contratto individuale di lavoro od una vendita di fondi o per la mediazione di un tale contratto fu stipulata una mercede eccessiva, il giudice può ad istanza del debitore ridurla nella giusta misura.

Where an excessive fee has been agreed for identifying an opportunity to enter into or facilitating the conclusion of an individual employment contract or a purchase of land or buildings, on application by the debtor the court may reduce the fee to an appropriate amount.

1 Nach OR 417 besteht im Bereich der *Stellenvermittlung* und des *Nachweises oder der Vermittlung von Grundstückskaufverträgen* die Möglichkeit der **richterlicher Herabsetzung** eines überhöhten Mäklerlohns. Praktische Bedeutung hat die Bestimmung nur bei der Grundstückmäkelei, da für die Stellenvermittlung bundesrechtliche Höchsttarife gelten (s Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz; SR 823.113). Als Ausnahmebestimmung, welche in die Vertragsfreiheit eingreift, ist OR 417 einschränkend auszulegen (BGE 4C.121/2005 E 4.2.1; trotzdem anwendbar auf die Vermittlung von Baurechtsverträgen nach BGE 106 II 56 E 2a; ebenso BGE 83 II 153 E 4b: Vermittlung eines Kaufrechts).

2 OR 417 ist **zwingend** in dem Sinn, dass der Auftraggeber nicht im Voraus auf eine entsprechende Einrede verzichten kann. Die Bestimmung ist aber nicht von Amtes wegen, sondern *nur auf Antrag* des Auftraggebers anzuwenden. Ein solcher muss nicht ausdrücklich gestellt werden, sondern kann sich sinngemäss aus den Rechtsbegehren (zB Klageabweisung) ergeben (BGE 111 II 366 E 3a). Ein bereits bezahlter Mäklerlohn kann gestützt auf OR 417 herabgesetzt und zurückgefordert werden, sofern die Zahlung nicht vorbehaltlos und in Kenntnis von OR 417 erfolgte (BGE 111 II 366 E 3c).

3 Die **Angemessenheit** des Mäklerlohns beurteilt sich unter Berücksichtigung des aleatorischen Charakters bzw der Erfolgsbezogenheit des Mäklervertrags (dh entschädigt wird der Erfolg, nicht der Aufwand des Mäklers) anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls. Der streitige Mäklerlohn (bei zulässiger Doppelmäkelei der gesamte Lohn, BGE 111 II 366 E 3c) ist mit dem *ortsüblichen Mäklerlohn zu vergleichen*. Beim nicht landwirtschaftlichen Liegenschaftshandel bestimmt sich dieser idR nach einem Prozentsatz der effektiv bezahlten Kaufsumme. Ein nur geringfügig über dem üblichen Lohn liegender Mäklerlohn kann nicht nach OR 417 herabgesetzt werden. Neben der üblichen Lohnhöhe sind auch *besondere Umstände des Einzelfalls* zu berücksichtigen (zB einzigartige Abschlussgelegenheit; Doppelmäkelei; Fixkosten und Verlustkompensation bei professionellen Mäklern). *Unbeachtlich* ist dagegen der tatsächliche Aufwand des Mäklers (zum Ganzen BGE 138 III 669 E 3.1; 4C.121/2005 E 4.2.2 je mwH). Die kant letztinstanzliche Beurteilung der Angemessenheit eines Mäklerlohns stellt einen *Ermessensentscheid* iSv ZGB 4 dar, den das BGer nur mit Zurückhaltung überprüft (BGE 138 III 666 E 3.1 mH).

Art. 418

C. Vorbehalt kantonalen Rechtes

Es bleibt den Kantonen vorbehalten, über die Verrichtungen der Börsenmäkler, Sensale und Stellenvermittler besondere Vorschriften aufzustellen.

Les cantons peuvent soumettre à des prescriptions spéciales les agents de change, les courtiers et les bureaux de placement.

È riservato ai Cantoni l'emanazione di speciali dispositivi sugli agenti di borsa, sensali ed uffici di collocamento.

The cantons reserve the right to enact special regulations governing stockbrokers, official brokers and employment agencies.

1 Der **Vorbehalt** zugunsten *kantonalen Privatrechts* zur Regulierung der Tätigkeit von Stellenvermittlern ist obsolet; die Regelung der Materie fällt seit Jahrzehnten in die Kompetenz des Bundes (AVG). In Bezug auf die Tätigkeit der Börsenmäkler (Sensale ist ein synonymer Ausdruck) hat er keine praktische Bedeutung (AMMANN, BSK OR 418 N 1).

2 Die Regelung des Mäklervertrags im OR ist nicht abschliessend. Gestützt auf **ZGB 6 I** können die Kantone daher *öffentlich-rechtliche Vorschriften* erlassen, sofern diese einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse entsprechen und nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen (BGE 110 Ia 111 E 2).

Art. 418a

Vierter Abschnitt: Der Agenturvertrag
A. Allgemeines
I. Begriff

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

[2] Auf Agenten, die als solche bloss im Nebenberuf tätig sind, finden die Vorschriften dieses Abschnittes insoweit Anwendung, als die Parteien nicht schriftlich etwas anderes vereinbart haben. Die Vorschriften über das Delkredere, das Konkurrenzverbot und die Auflösung des Vertrages aus wichtigen Gründen dürfen nicht zum Nachteil des Agenten wegbedungen werden.

[1] L'agent est celui qui prend à titre permanent l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail.
[2] Sauf convention écrite prévoyant le contraire, les dispositions du présent chapitre s'appliquent également aux personnes exerçant accessoirement la profession d'agent. Les dispositions relatives au ducroire, à la prohibition de faire concurrence et à la résiliation du contrat pour de justes motifs ne peuvent pas être rendues inopérantes par convention au détriment de l'agent.

[1] È agente colui che assume stabilmente l'impegno di trattare la conclusione di affari per uno o più mandanti o di conchiuderne in loro nome o per loro conto, senza essere vincolato ad essi da un rapporto di lavoro.
[2] Salvo convenzione contraria stipulata per iscritto, le disposizioni del presente capo si applicano parimente alle persone che esercitano l'attività di agente solo accessoriamente. Le disposizioni relative allo star del credere, al divieto di concorrenza ed allo scioglimento del contratto per cause gravi non possono essere eluse a detrimento dell'agente.

[1] An agent is a person who undertakes to act on a continuous basis as an intermediary for one or more principals in facilitating or concluding transactions on their behalf and for their account without entering into an employment relationship with them.
[2] Unless otherwise agreed in writing, the provisions of this Section also apply to persons acting as agents by way of secondary occupation. The provisions governing del credere, prohibition of competition and termination of contracts for good cause may not be excluded to the detriment of the agent.

Literaturverzeichnis zu OR 418a–v

BURNAND JEAN CLAUDE, Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurance à une indemnité de clientèle, Lausanne 1977; DÜRR KARL, Mäklervertrag und Agenturvertrag, Kommentar der Art. 412–418v des schweizerischen Obligationenrechts, Freiburg i Br/Bern, 1959; GOBAT SÉBASTIEN, L'indemnité de clientèle du distributeur, Zürich 2011; MAIER HANS JAKOB/MEYER-MARSILIUS JOACHIM, Der Agenturvertrag, Kommentar mit Formulierungsvorschlägen, 2.A, Zürich 1981; MIRFAKHRAEI KAVEH, Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive, Zürich 2014.

1 Eine gesetzliche Definition des Agenturvertrages existiert nicht; OR 418a I umschreibt lediglich, wer ein Agent ist. Dabei nennt OR 418a I **folgende Merkmale:** (i) die Verpflichtung des Agenten hat eine gewisse **Dauer;** (ii) der Agent handelt **im Namen und für Rechnung des Auftraggebers** oder vermittelt Geschäfte für den Auftraggeber; (iii) der Auftraggeber steht in **keinem Arbeitsverhältnis** zum Auftraggeber. Ein Arbeitsverhältnis kann später in ein Agenturverhältnis überführt werden (s BGE 4A_316/2011).

2 Während der Mäkler nur vereinzelt tätig ist, ist die Verbindung des Agenten mit dem Auftraggeber **auf Dauer angelegt,** wobei unerheblich ist, ob die Verbindung tatsächlich von Dauer ist (BÜHLER, ZK OR 418a N 6). Der Agent verpflichtet sich im Rahmen eines Dauervertrages zur Tätigkeit für den Auftraggeber (BGE 122 III 66 E 3a). Eine Mindestdauer ist nicht vorgeschrieben (WETTENSCHWILER, BSK OR 418a N 1); auch eine vertragliche Befristung des Vertragsverhältnisses ist zulässig.

3 Begriffsnotwendig handelt der Agent **im Namen und für die Rechnung des Auftraggebers,** indem er für diesen Geschäfte abschliesst oder vermittelt (OR 418a I, II). Dies unterscheidet ihn vom Kommissionär.

4 Der Agent steht nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Auftraggeber. Das entscheidende Kriterium ist die **selbständige Ausübung des Gewerbes,** insb die Freiheit, die eigene Tätigkeit nach eigenem Ermessen zu organisieren und die Zeit einzuteilen (BGE 136 III 518 E 4.4); fehlt ein solches Element, so impliziert dies eine Subordination, was gegen die Qualifikation eines Vertrages als Agenturvertrag spricht (s BGE 4C.276/2006 E 5; 129 III 664 E 3.2; 99 II 313 f). Nicht ausschlaggebend ist die Bezeichnung durch die Parteien (BGE 4A_533/2012 E 2.5; 129 III 664 E 3.1; 99 II 313, 314; BJM 1960, 169; ZBJV 1953, 327).

5 In der Literatur und Rechtsprechung wurden weitere **Indizien** entwickelt, welche für die Selbständigkeit und damit für einen Agenturvertrag sprechen (s BGE 129 III 664 E 3.2; BÜHLER, ZK OR 418a N 18): (i) Tätigkeit als selbständiger Kaufmann (BGE 104 II 108 E 3b); (ii) Eintragung ins Handelsregister; (iii) Miete eigener Büros; (iv) Ausschluss der Rapportpflicht; (v) eigene Buchführung und eigene Werbung; (vi) Vertretung mehrerer Firmen; (vii) sehr hohe Provision. Fehlt es an der Gestaltungsfreiheit und an einem Unternehmerrisiko, so liegt kein Agenturverhältnis vor.

6 Sowohl beim Agenten als auch beim Auftraggeber kann es sich um eine **natürliche oder juristische Person** handeln (SJ 1975, 235). Auf den **Versicherungsagenten** sind auch die Bestimmungen von OR 418a ff anwendbar. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass Sonderbestimmungen für die Vertretungsbefugnis in VVG 34 und 44 III aufgestellt werden, welche sich von OR 418e III unterscheiden.

7 Die **Entstehung des Agenturvertrags** ist an keine besondere Form gebunden; auch konkludentes Verhalten kann einen Agenturvertrag begründen. Verschiedene Vereinbarungen zwischen Agent und Auftraggeber können jedoch **nur schriftlich** getroffen werden: (i) Einfirmenagentur (OR 418c II); (ii) Delkrederehaftung (OR 418c III); (iii) Konkurrenzverbot (OR 418d II); (iv) Zulassung von Drittagenten bei Zuweisung eines bestimmten Gebietes oder Kundenkreises (OR 418f III); (v) Ausschluss des Provisionsanspruches bei Zuweisung eines Gebietes oder Kundenkreises (OR 418g II); (vi) Aus-

schluss der Entstehung des Provisionsanspruches mit dem Geschäftsabschluss (OR 418g III); (vii) Erstellung der Provisionsabrechnung durch den Agenten (OR 418k I); (viii) Verkürzung der Kündigungsfrist im ersten Vertragsjahr (OR 418q I); (ix) Verschiebung des Fälligkeitstermins für nach Beendigung des Agenturvertrages zu erfüllende Geschäfte (OR 418t III).

8 Der Agent ist zur **Eintragung im Handelsregister** verpflichtet, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (OR 934 I; HRegV 36 I).

9 Es kann zwischen verschiedenen Arten von Agenten unterschieden werden. Der **Vermittlungsagent** muss dem Auftraggeber Kunden vermitteln, darf aber keine Verträge abschliessen. Er soll Kaufabschlüsse und Dienstleistungsverträge vermitteln (BÜHLER, ZK OR 418a N 10). Der Vermittlungsagent hat keine Vertretungsmacht. Demgegenüber ist der **Abschlussagent** ein auf Dauer bevollmächtigter Vertreter der Auftraggebers und zum Abschluss von Geschäften im Namen und für Rechnung des Auftraggebers ermächtigt. Er ist direkter Stellvertreter (BGE 108 II 118 E 1).

10 Die Praxis kennt **Mischformen** der Vermittlungs- und Abschlussagentur sowie weitere zusammengesetzte Verträge (BGE 108 II 118 E 1: Reisebüro). Gemäss OR 418e besteht eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Vermittlungsagentur.

11 Steht der Agent in einem Vertragsverhältnis mit nur einem Auftraggeber, so handelt es sich um einen **Einfirmenagenten;** bei Tätigkeit für mehrere Auftraggeber um einen **Mehrfirmenagenten.**

12 Der **nebenberufliche Agent** gemäss OR 418a II geniesst weniger Schutz als der berufliche Agent. Eine Nebenagentur dürfte selten vorliegen, wie auch die Botschaft festhält: Gerechtfertigt ist die Ausnahme höchstens dann, wenn der Pflichtige weniger als die Hälfte seiner Arbeitszeit auf die Tätigkeit verwendet und ausserdem aus ihr weniger als die Hälfte seines Einkommens bezieht (Bot Rev OR 1947 III, 673). Dabei ist nicht nur der spezifische Agenturvertrag, sondern die gesamte Agententätigkeit zu berücksichtigen. *Im Zweifel* soll der Richter unter Würdigung aller Umstände entscheiden, ob eine Haupt- oder nebenberufliche Agentur vorliegt (GAUTSCHI, BK OR 418a–b N 15c). Auf den nebenberuflichen Agenten finden gemäss OR 418a II sämtliche gesetzlichen Vorschriften des Agenturvertragsrechts Anwendung, es sei denn, die Parteien hätten schriftlich etwas anderes vereinbart. Dies bedeutet, dass beim nebenberuflichen Agenten das *Agenturrecht wegbedungen werden kann.* Hiervon gibt es nur vier Ausnahmen: (i) Vorschriften über das Delkredere (OR 418c III); (ii) Vorschriften über das Konkurrenzverbot (OR 418d II); (iii) jederzeitiges Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (OR 418r); (iv) beidseitiges Kündigungsrecht (OR 418q III; BÜHLER, ZK OR 418a N 61; WETTENSCHWILER, BSK OR 418a N 9). Gemäss dem Gesetzeswortlaut ist eine Abweichung zugunsten des Agenten möglich. Da die Forderung des Nebenagenten auf Kundschaftsentschädigung (OR 418u) nicht in OR 418a II erwähnt ist, können die Parteien insb den entsprechenden Anspruch des Agenten schriftlich wegbedingen.

13 Im **Aussenverhältnis** zu einem Dritten gelten die Bestimmungen von OR 32 ff; der Agent bedarf zum Abschluss von Verträgen einer (allenfalls auch stillschweigend erteilten) Vollmacht des Auftraggebers (BÜHLER, ZK OR 418a N 14; sa OR 418e).

14 Der **Handelsreisende** übt die gleiche ökonomische Funktion wie der Agent aus; während jedoch der Agent unabhängig ist (s OR 418a N 4 f), befindet sich der Handelsreisende in einem Subordinationsverhältnis (BGE 4A_184/2011 E 6; 129 III 664 E 3.2; 99 II 313, 314). Der Handelsreisende muss die Instruktionen und Weisungen seines Arbeitgebers befolgen und regelmässig Bericht erstatten (BGE 4A_533/2012 E 2.4; 129 III 664 E 3.2; 103 II 277 E 1). Dem Weisungsrecht im Agenturvertrag sind relativ enge Grenzen gezogen, ist doch der Agent selbständiger Gewerbetreibender und kommt er für die Kosten seines Geschäftsbetriebes selber auf. Unzulässig sind insb Weisungen, die dem Agenten die Erreichung des Auftragserfolgs erschweren; organisatorisch ist der Agent weisungsungebunden, verfügt über seine Arbeitszeit frei, beschäftigt eigenes Hilfspersonal und beauftragt (in den Schranken von OR 399 II) Unteragenten (BGE 136 III 518 E 4.4).

15 Der **Alleinvertreter** bezieht von seinem Vertragspartner Ware, die der Alleinvertreter auf eigene Rechnung weiterverkauft; demgegenüber vermittelt der Agent den Abschluss von Geschäften oder schliesst Geschäfte im Namen seines Auftraggebers ab (BGE 4C.130/2004 E 2.3; 88 II 325 E 2; 88 II 169 E 7).

16 Im Gegensatz zum Agenten richtet sich der **Mäkler** auf ein konkretes Einzelgeschäft aus oder wird mit bestimmten Geschäften betraut. Im Unterschied zum **Know-how- und Lizenzvertrag** schliesst der Agent die Verträge nicht in eigenem Namen ab (BGE 115 II 255 E 2a). Während die **einfache Gesellschaft** auf die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gerichtet ist, umfasst die Agentur den Austausch von Leistung und Gegenleistung (BGE 104 II 108 E 2; 83 II 32 E 1c; WETTENSCHWILER, BSK OR 418a N 4). Bei der **Kommission** handelt der Kommissionär in eigenem Namen für Rechnung eines anderen (OR 425 I); demgegenüber vermittelt der Agent Geschäfte oder schliesst sie im Namen und für Rechnung des Auftraggebers ab (OR 418a I). Auch der **Franchisenehmer** ist im eigenen Namen tätig (und im Gegensatz zum Kommissionär auf eigene Rechnung); im Unterschied zum Agenten hat er einem einheitlichen Absatz- und Werbekonzept zu folgen (s Vorb OR 184 ff/ Franchising N 1 u 6; BGE 118 II 157 E 2a; BÜHLER, ZK OR 418a N 46).

Art. 418b

II. Anwendbares Recht

[1] **Auf den Vermittlungsagenten sind die Vorschriften über den Mäklervertrag, auf den Abschlussagenten diejenigen über die Kommission ergänzend anwendbar.**

[2] **...**

[1] Le chapitre relatif au courtage est applicable à titre supplétif aux agents négociateurs, le titre concernant la commission l'est aux agents stipulateurs.
[2] ...

[1] Le disposizioni relative al contratto di mediazione sono applicabili a titolo completivo agli agenti che trattano gli affari, quelle concernenti la commissione agli agenti che li conchiudono.
[2] ...

[1] The provisions governing brokerage contracts apply by way of supplement to agents acting as intermediaries and those governing commissions apply by way of supplement to agents acting as proxies.
[2] ...

1 OR 418b ist eine **Verweisungsnorm** und sieht vor, dass subsidiär (i) auf den Vermittlungsagenten die Bestimmungen über den Mäklervertrag (OR 412–418) und (ii) auf den Abschlussagenten die Bestimmungen für den Kommissionsvertrag Anwendung finden (OR 425–438).

2 Sowohl der Mäkler als auch der **Vermittlungsagent** vermitteln Verträge aller Art. Zur Unterscheidung s OR 418a N 7. Die Verweisung in OR 418b I bezieht sich insb auf **OR 413 I.** So hat der Vermittlungsagent seine Provision auch verdient, wenn die Vermittlung des Agenten den Dritten bloss mitbestimmt hat, den Vertrag abzuschliessen, wobei der Abschluss nicht ausschliesslich oder vorwiegend aufgrund der Vermittlung des Agenten zustande gekommen sein muss. Im Weiteren reicht es aus, dass die Vermittlertätigkeit nur eine entfernte Ursache des Entschlusses des Dritten darstellt und ein psychologischer Zusammenhang zwischen den Bemühungen des Agenten und dem Entscheid des Dritten besteht (sa OR 413 N 7; BGE 84 II 542 E 5; 76 II 382 E 2).

3 Handelt der Vermittlungsagent treuwidrig, so ist sein Provisionsanspruch verwirkt (für den Mäkler: OR 415; WETTENSCHWILER, BSK OR 418b N 1).

4 Beim **Abschlussagenten** können insb folgende Bestimmungen des Kommissionsvertrages zur Anwendung kommen (s GAUTSCHI, BK OR 418a–b N 8c): (i) Rechtswahrungspflicht (OR 427); (ii) Kreditrisiko (OR 429); (iii) Verwirkung des Provisionsanspruchs (OR 433); (iv) Selbsteintrittsrecht des Verkaufskommissionärs (OR 436).

5 Mit dem Inkrafttreten des IPRG wurde OR 418b II aufgehoben.

Art. 418c

B. Pflichten des Agenten
I. Allgemeines und Delcredere

[1] Der Agent hat die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren.
[2] Er darf, falls es nicht schriftlich anders vereinbart ist, auch für andere Auftraggeber tätig sein.
[3] Eine Verpflichtung, für die Zahlung oder anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeiten des Kunden einzustehen oder die Kosten der Einbringung von Forderungen ganz oder teilweise zu tragen, kann er nur in schriftlicher Form übernehmen. Der Agent erhält dadurch einen unabdingbaren Anspruch auf ein angemessenes besonderes Entgelt.

[1] L'agent veille aux intérêts du mandant avec la diligence requise d'un bon commerçant.
[2] Il peut, sauf convention écrite prévoyant le contraire, travailler aussi pour d'autres mandants.
[3] Il ne peut assumer que moyennant convention écrite l'engagement de répondre du paiement ou de l'exécution des autres obligations incombant à ses clients ou celui de supporter tout ou partie des frais de recouvrement des créances. L'agent acquiert ainsi un droit à une rémunération spéciale équitable qui ne peut pas lui être supprimée par convention.

[1] L'agente tutela gli interessi del mandante con la diligenza che si richiede da un buon commerciante.
[2] Salvo convenzione contraria stipulata per iscritto, egli può lavorare parimente per altri mandanti.
[3] Egli può assumere soltanto mediante convenzione scritta l'impegno di rispondere del pagamento o dell'adempimento degli altri obblighi da parte del cliente o di sopportare tutte o una parte delle spese di riscossione dei crediti. Con ciò l'agente acquista il diritto, che non può essere soppresso, ad un'adeguata rimunerazione speciale.

[1] The agent must safeguard the principal's interests with the diligence of a prudent businessman.
[2] Except where otherwise agreed in writing, the agent may also act for other principals.
[3] He may assume liability for the client's payment or any other type of performance of the client's obligations or for all or part of the costs of recovering receivables only by means of a written undertaking. The agent thereby acquires an inalienable entitlement to adequate special remuneration.

1 Der Agent hat eine eigentliche Pflicht (nicht bloss das Recht), die **Interessen des Auftraggebers** zu wahren. Dabei hat er dem Auftraggeber immer neue Aufträge zuzuführen (Bot Rev OR 1947 III, 674; BGE 122 III 66 E 3a).

2 Der Begriff der «Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes» bedeutet, dass der Agent für alle **Sorgfalt** (OR 398) haftet, sofern er berufs- oder gewerbsmässig tätig ist (BÜHLER, ZK OR 418c N 10; WETTENSCHWILER, BSK OR 418c N 2). Der Agent haftet jedoch nicht für einen bestimmten Erfolg (GAUTSCHI, BK OR 418c N 2 b).

3 Die konkreten tatsächlichen Umstände legen die vom Agenten zu erfüllenden **Sorgfaltspflichten** fest, wozu etwa eine ordentliche Buchhaltung, eine einfache Solvenzprüfung und die Information des Auftraggebers gehört, ohne schriftliche Vereinbarung nicht aber eine eigentliche Abrechnung (OR 418k I; WETTENSCHWILER, BSK OR 418c N 3).

4 Den Agenten trifft auch eine **Treuepflicht.** Sie folgt aus dem Versprechen des Agenten, sein Verhalten dem Interesse des Auftraggebers zu unterstellen (s OR 418c N 1; BÜHLER, ZK OR 418c N 5). Folgende Tätigkeiten sind zu unterlassen (BÜHLER, ZK OR 418c N 5; BGE 136 III 518 E 4.4): (i) Doppelvermittlung und Doppelvertretung; (ii) Selbstkontrahieren; (iii) Preisgabe der Geschäftsgeheimnisse des Auftraggebers (OR 418d I). Der Agent darf aber für mehrere Auftraggeber wirken (Exklusivität muss schriftlich vereinbart werden, OR 418c II) und muss nur bei besonderer Vereinbarung ein nachvertragliches Konkurrenzverbot beachten (OR 418d II). Die Treuepflicht ist von der Weisungsgebundenheit zu unterscheiden; insb lässt sich aus der Treuepflicht des Agenten nicht auf eine weitere Weisungsgebundenheit schliessen (BGE 136 III 518 E 4.4).

5 Das Gesetz schweigt sich darüber aus, ob der Agent Verträge mit Auftraggebern schliessen darf, deren Produkte sich konkurrieren. Die herrschende Lehre hält dies zu Recht für unzulässig, es sei denn, die entsprechenden Auftraggeber stimmen zu (s etwa DÜRR, 111 ff; GAUTSCHI, BK OR 418c N 3c).

6 Der Agent übernimmt nur dann eine **Delkrederehaftung,** wenn dies schriftlich vereinbart wurde (OR 418c III). Wurde die Delkrederehaftung übernommen, so hat der Agent – zusätzlich zur Vermittlungs- oder Abschlussprovision – einen unabdingbaren Anspruch auf ein zusätzliches Entgelt, welches angemessen sein soll (BGE 4A.639/2009 E 3.3). Als Ausgangspunkt kann etwa die Prämie gelten, die ein Kreditversicherer für ein entsprechendes Risiko verlangen würde (WETTENSCHWILER, BSK OR 418c N 8), wobei die entsprechende Prämie zu erhöhen ist, weil ein Agent in aller Regel nicht über die gleichen Möglichkeiten der Risikodiversifikation verfügen wird wie ein Kreditversicherer. Oftmals werden Sätze von 0,5% bis 5% des Geschäftswertes vereinbart (BÜHLER, ZK OR 418c N 42 mwH).

7 In gegenständlicher Hinsicht übernimmt der Agent die **Haftung für die Erfüllung** der vermittelten Geschäfte und für die **Inkassokosten** (Betreibungs- und Gerichtskosten). Die Delkrederehaftung kann für sämtliche oder nur für bestimmte Geschäfte übernommen werden (WETTENSCHWILER, BSK OR 418c N 7). Bei der Übernahme des Delkredererisikos handelt es sich um einen Garantievertrag gemäss OR 111 (GAUTSCHI, BK OR 418c N 8b; WETTENSCHWILER, BSK OR 418c N 6; aM BÜHLER, ZK OR 418c N 36).

Art. 418d

II. Geheimhaltungspflicht und Konkurrenzverbot

1 Der Agent darf Geschäftsgeheimnisse des Auftraggebers, die ihm anvertraut oder auf Grund des Agenturverhältnisses bekannt geworden sind, auch nach Beendigung des Vertrages nicht verwerten oder anderen mitteilen.

2 Auf ein vertragliches Konkurrenzverbot sind die Bestimmungen über den Dienstvertrag entsprechend anwendbar. Ist ein Konkurrenzverbot vereinbart, so hat der Agent bei Auflösung des Vertrages einen unabdingbaren Anspruch auf ein angemessenes besonderes Entgelt.

1 L'agent ne peut, même après la fin du contrat, utiliser ou révéler les secrets d'affaires du mandant qui lui ont été confiés ou dont il a eu connaissance en raison du contrat.

2 Les dispositions sur le contrat de travail sont applicables par analogie à l'obligation contractuelle de ne pas faire concurrence. Lorsqu'une prohibition de faire concurrence a été convenue, l'agent a droit, à la fin du contrat, à une indemnité spéciale équitable qui ne peut pas lui être supprimée par convention.

1 L'agente non può, anche dopo la cessazione del contratto, utilizzare o rivelare ad altri i segreti dell'azienda del mandante che gli sono stati confidati o di cui ha avuto notizia in virtù dei rapporti di agenzia.

2 Le disposizioni del contratto di lavoro sono applicabili per analogia all'obbligo contrattuale di non fare concorrenza. Se è stato convenuto un divieto di concorrenza, allo scioglimento del contratto l'agente ha diritto a un'adeguata rimunerazione speciale. Tale diritto non può essere soppresso.

1 The agent must not exploit or reveal the principal's trade secrets with which he has been entrusted or of which he became aware by reason of the agency relationship even after the end of the commercial agency contract.

2 The provisions governing service contracts are applicable mutatis mutandis to a contractual prohibition of competition. Where such a prohibition has been agreed, on termination of the contract the agent has an inalienable entitlement to adequate special remuneration.

I. Geheimhaltungspflicht (OR 418d I)

1 Ein **Geschäftsgeheimnis** ist eine Information, die eine Auswirkung auf das Geschäftsergebnis haben kann (BGE 109 Ib 47 E 5c); die Information kann sich auf den kaufmännisch-organisatorischen oder auf den technischen Bereich beziehen (BÜHLER, ZK OR 418d N 7). Als weitere Tatbestandsmerkmale gelten (s ZR 1983, 300): (i) das Geheimnis ist nur einer beschränkten Anzahl von Personen bekannt; (ii) der Auftraggeber hat als Inhaber des Geheimnisses ein objektives Interesse an der Geheimhaltung; (iii) der Auftraggeber hat ein subjektives und dem Agenten erkennbares Interesse an der Geheimhaltung.

2 *Beispiele* von Geschäftsgeheimnissen: Kundenlisten, Kaufs- und Verkaufspreise, Fabrikationsgeheimnisse, Buchhaltungsunterlagen, Bilanzen und Inventar (BÜHLER, ZK OR 418d N 12). Der **Umfang** der Geheimhaltungspflicht richtet sich nach den strengen Kriterien des Auftragsrechts (s OR 398 N 4; BÜHLER, ZK OR 418d N 4; WETTENSCHWILER, BSK OR 418d N 1).

3 Die Geheimhaltungspflicht wird bei der **Verwertung** des Geschäftsgeheimnisses durch den Agenten selbst oder durch die **Mitteilung** an Dritte verletzt (OR 418d I).

4 In **zeitlicher Hinsicht** dauert die Geheimhaltungspflicht ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Agenturvertrages unbeschränkt fort; insb besteht sie auch nach der Beendigung des Agenturvertrages (OR 418d I) und verjährt nicht. Erst wenn der Auftraggeber sein objektives oder subjektives Interesse an der Geheimhaltung verliert, endet die Geheimhaltungspflicht.

II. Konkurrenzverbot (OR 418d II)

5 Während der Dauer des Agenturvertrages gilt das Konkurrenzverbot gemäss OR 418c. Für die **Zeit nach der Beendigung** des Agenturverhältnisses gilt ausschliesslich OR 418d II. Gemäss der Verweisung in OR 418d II sind die arbeitsvertraglichen Bestimmungen von OR 340–340c anwendbar. Im Unterschied zum Arbeitsvertragsrecht ist bei der Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes **zwingend ein Entgelt** des Auftraggebers geschuldet (s OR 418d N 12).

6 Ein Konkurrenzverbot muss **schriftlich** vereinbart werden (s OR 340 I). Der Agent muss im Zusammenhang mit dem Agenturvertrag Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations-/ Geschäftsgeheimnisse genommen haben, wobei die Verwendung dieser Kenntnisse den Auftraggeber erheblich schädigen könnte (s OR 340 II). Nach Ort, Zeit und Gegenstand ist das Konkurrenzverbot angemessen **zu begrenzen,** sodass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Agenten ausgeschlossen ist (s OR 340a I). Nur unter besonderen Umständen darf das nachvertragliche Konkurrenzverbot drei Jahre überschreiten (s OR 340a I).

7 Bei übermässigen Konkurrenzverboten kann der **Richter** eine Einschränkung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen vornehmen (s OR 340a II).

8 Das **Konkurrenzverbot entfällt,** falls (s BÜHLER, ZK OR 418d N 34): (i) der Agent die vereinbarte Konventionalstrafe bezahlt (OR 340b II); (ii) kein Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes besteht (OR 340c I); (iii) wenn der Auftraggeber den Agenturvertrag kündigt (es sei denn, der Agent habe dem Auftraggeber begründeten Anlass gegeben); (iv) wenn der Agent aus einem begründeten und vom Auftraggeber zu verantwortenden Anlass das Agenturverhältnis auflöst (OR 340c II); (v) der Auftraggeber nach Auflösung des Agenturverhältnisses das Entgelt nicht bezahlt.

9 Die Entschädigung ist auch geschuldet, wenn die Kündigung des Agenturvertrages durch den Agenten erfolgt (BGE 95 II 143 E II.3); dies im Gegensatz zur Kundschaftsentschädigung (OR 418u).

10 Die Entschädigung des Agenten hat angemessen zu sein (OR 418d II); eine eigentliche Höhe wird aber im Gegensatz zur Kundschaftsentschädigung (OR 418u II) nicht festgesetzt. Die Parteien können die Höhe der Entschädigung im Vertrag beliebig festsetzen, wobei der Richter die **Angemessenheit** überprüfen kann; der Richter hat hier einen weiten Ermessensspielraum und ist nicht an die Berechnungsart und Höhe der Kundschaftsentschädigung gebunden (BGE 95 II 143 E II.3). Die Entschädigung ist der Gegenwert für den Schaden, den der Agent aufgrund der ihm auferlegten Konkurrenzenthaltungspflicht erleidet.

11 Der Agent muss die **Tatsachen beweisen,** welche die Zusprechung einer Entschädigung in der von ihm geforderten Höhe rechtfertigen; dabei sind auf den Ausfall dank einer neuen Tätigkeit erzielte Verdienste sowie ein zumutbarer aber versäumter Ersatzverdienst anzurechnen (BGE 95 II 143 E II.5). Der Verzicht des Auftraggebers auf das Konkurrenzverbot kann im Einzelfall die Höhe der Entschädigung beeinflussen (BGE 95 II 143 E II.5). Es ist *umstritten,* ob *gleichzeitig ein Anspruch auf Karenzentschädigung* aus Konkurrenzverbot (OR 418d II) *und* eine *Kundschaftsentschädigung* (OR 418u) geltend gemacht werden kann (gegen Kumulation: GAUTSCHI, BK OR 418d N 6a; für Kumulation: BURNAND, 103 ff; ENGEL, Contrats, 556; HONSELL, Obligationenrecht, 371; differenzierend: BÜHLER, ZK OR 418d N 40; WETTENSCHWILER, BSK OR 418d N 9). Mit GAUTSCHI (BK OR 418d N 6a) ist eine Kumulation abzulehnen, um die rechts- und sozialpolitisch fragwürdige Bevorzugung des Agenten im OR nicht noch weiter auszubauen. Das Bundesgericht scheint die Auffassung zu teilen, dass der Agent, der einen Anspruch auf ein angemessenes besonderes Entgelt für ein Konkurrenzverbot hat, nicht zugleich noch eine Kundschaftsentschädigung (OR 418u) verlangen darf (BGE 103 II 277 E 3a).

12 Die **Konkurrenzverbotsabrede** im Agenturvertrag ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag und kann durch den daraus Berechtigten vor Ablauf der vertraglichen Dauer nur gekündigt werden, wenn dies ausdrücklich vereinbart worden ist. Eine solche vertraglich vorgesehene Aufhebungsmöglichkeit wird nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass der Entschädigungsanspruch des Agenten vom Gesetz als unabdingbar erklärt wird (OR 418d II). Das bedeutet nur, dass dieser Anspruch nicht von vornherein wegbedungen, also **kein unentgeltliches Konkurrenzverbot** vereinbart werden dürfe (BGE 95 II 143 E II.4).

Art. 418e

C. Vertretungsbefugnis

[1] Der Agent gilt nur als ermächtigt, Geschäfte zu vermitteln, Mängelrügen und andere Erklärungen, durch die der Kunde sein Recht aus mangelhafter Leistung des Auftraggebers geltend macht oder sich vorbehält, entgegenzunehmen und die dem Auftraggeber zustehenden Rechte auf Sicherstellung des Beweises geltend zu machen.

[2] Dagegen gilt er nicht als ermächtigt, Zahlungen entgegenzunehmen, Zahlungsfristen zu gewähren oder sonstige Änderungen des Vertrages mit den Kunden zu vereinbaren.

[3] Die Artikel 34 und 44 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag bleiben vorbehalten.

[1] L'agent est présumé n'avoir que le droit de négocier des affaires, de recevoir les avis relatifs aux défauts de la chose et les autres déclarations par lesquelles les clients exercent ou réservent leurs droits en raison de la prestation défectueuse du mandant et d'exercer les droits de ce dernier pour assurer ses moyens de preuve.

[2] En revanche, l'agent n'est pas présumé avoir le droit d'accepter des paiements, d'accorder des délais de paiement ou de convenir avec les clients d'autres modifications du contrat.

[3] Les art. 34 et 44, al. 3, de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance sont réservés.

[1] Si presume che l'agente è autorizzato solo a trattare affari, a ricevere gli avvisi relativi ai difetti della cosa e le altre dichiarazioni mediante le quali il cliente fa o si riserva di far valere il proprio diritto per prestazione difettosa da parte del mandante, nonché a far valere i diritti di quest'ultimo per garantire i suoi mezzi di prova.

[2] Per contro si presume che egli non è autorizzato a ricevere pagamenti, a concedere dilazioni di pagamento o a convenire con i clienti altre modificazioni del contratto.

[3] Sono riservati gli articoli 34 e 44 capoverso 3 della legge federale del 2 aprile 1908 sul contratto d'assicurazione.

[1] The agent is considered to be authorised only to facilitate transactions, to receive notices of defects and other declarations whereby clients exercise or reserve their rights in respect of defective performance by the principal, and to exercise the principal's rights to secure evidence thereof.

[2] By contrast, the agent is not considered to be authorised to accept payments, to grant time limits for payments or to agree other modifications of the contract with clients.

[3] Articles 34 and 44 paragraph 3 of the Federal Act of 2 April 1908 on Insurance Policies are reserved.

1 OR 418e stellt gesetzliche **Vermutungen** zugunsten der Vermittlungsagentur (OR 418e I) und gegen die Inkassovollmacht (OR 418e II) auf, nimmt aber die Versicherungsagentur von diesen Vermutungen aus (OR 418e III).

2 Der Agent ist nach der gesetzlichen Vermutung nur zur Vermittlung, aber nicht zum Abschluss von Geschäften ermächtigt (sog **Vermittlungsagentur;** OR 418e I). Die Parteien können die Vermutung durch Abrede oder durch Bevollmächtigung durch den Auftraggeber gegenüber Dritten beseitigen, ohne dass Formerfordernisse gewahrt werden müssen. Die Aufzählung der Befugnisse **in OR 418e I ist abschliessend** (BÜHLER, ZK OR 418e N 12; WETTENSCHWILER, BSK OR 418e N 1). Die Vermittlung von Geschäften beinhaltet wegen deren Akquisition auch die *Führung von Vertragsverhandlungen* mit dem Ziel der Herbeiführung eines Geschäftsabschlusses (PORTMANN, BSK OR 348b N 2). Der Vermittlungsagent darf das Geschäft nicht selber abschliessen, da er nicht direkter Stellvertreter des Auftraggebers ist. Demgegenüber handelt der Agent bei der *Entgegennahme von Mängelrügen* als direkter Stellvertreter des Auftraggebers (BGE 126 III 59 E 1c).

3 Der Agent hat gemäss der **nicht abschliessenden Liste in OR 418e II** nicht das Recht, Zahlungen entgegenzunehmen, Zahlungsfristen zu gewähren oder den Vertrag zwischen dem Kunden und dem Auftraggeber zu ändern. Der Agent hat somit insb *keine Inkassovollmacht;* bei Zahlung an den Agenten wird der Kunde nicht von seiner Schuld befreit (BÜHLER, ZK OR 418e N 16). Der Auftraggeber kann dem Agenten eine Inkassovollmacht erteilen, wobei auch eine Anscheinsvollmacht entstehen kann (BÜHLER, ZK OR 418e N 15; DÜRR 133 f; WETTENSCHWILER, BSK OR 418a N 8). Falls der Agent das Inkasso vornehmen darf, hat er Anspruch auf eine besondere Inkassoprovision (OR 418l I).

4 OR 418e III enthält eine Verweisung auf VVG 34 und 44 III. VVG 34 enthält die Haftung des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer für das Verhalten des Agenten; der Versicherer hat gemäss VVG 44 III das Recht, dem Agenten durch eine versicherungsvertragliche Klausel die Befugnis zu entziehen, Mitteilungen entgegenzunehmen.

Art. 418f

D. Pflichten des Auftraggebers
I. Im Allgemeinen

[1] Der Auftraggeber hat alles zu tun, um dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit zu ermöglichen. Er hat ihm insbesondere die nötigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

[2] Er hat den Agenten unverzüglich zu benachrichtigen, wenn er voraussieht, dass Geschäfte nur in erheblich geringerem Umfange, als vereinbart oder nach den Umständen zu erwarten ist, abgeschlossen werden können oder sollen.

[3] Ist dem Agenten ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen, so ist er, soweit nicht schriftlich etwas anderes vereinbart wurde, unter Ausschluss anderer Personen beauftragt.

[1] Le mandant doit faire tout ce qu'il peut pour permettre à l'agent d'exercer son activité avec succès. En particulier, il doit mettre à sa disposition les documents nécessaires.
[2] Il est tenu de faire savoir sans délai à l'agent s'il prévoit que les affaires ne pourront ou ne devront être conclues que dans une mesure sensiblement moindre que celle qui avait été convenue ou que les circonstances permettaient d'attendre.
[3] Sauf convention écrite prévoyant le contraire, l'agent à qui est attribué une clientèle ou un rayon déterminé en a l'exclusivité.

[1] Il mandante deve fare ogni suo possibile per permettere all'agente di esercitare la sua attività con successo. In particolare, egli deve mettere a sua disposizione i documenti necessari.
[2] Egli deve avvertire senz'indugio l'agente se prevede che gli affari potranno o dovranno essere conchiusi solo in misura notevolmente minore di quella convenuta o che era da attendersi secondo le circostanze.
[3] Salvo convenzione contraria stipulata per iscritto, l'agente cui sono assegnati una clientela o un raggio d'attività determinati ne ha l'esclusiva.

[1] The principal must do everything in his power to enable the agent to perform his activities successfully. In particular, he must furnish the agent with the necessary documentation.
[2] He must notify the agent immediately if he anticipates that the number and/or volume of transactions that will be possible or desirable is likely to be substantially smaller than was agreed or to be expected in the circumstances.
[3] Where a particular area or clientele is allocated to the agent, it is allocated to him exclusively unless otherwise agreed in writing.

1 OR 418f verpflichtet den Auftraggeber, «alles zu tun, um dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit zu ermöglichen» (BGE 122 III 66 E 3b/aa). Diese Bestimmung ist das Korrelat zu OR 418c. Damit ist jedoch nicht gemeint, dass das Interesse des Agenten dem des Auftraggebers unterzuordnen ist (GAUTSCHI, BK OR 418f N 1b).

2 Der Auftraggeber hat verschiedene **Tätigkeitspflichten.** Der Auftraggeber hat den Agenten zu **unterstützen,** damit ein möglichst grosser Umsatz erzielt werden kann (BGE 122 III 66 E 3b/aa). Der Auftraggeber hat gegenüber dem Agenten die Pflicht, die durch Vermittlung oder aufgrund einer Abschlussvollmacht des Agenten akzeptierten Kundenverträge richtig zu erfüllen (GAUTSCHI, BK OR 418f N 1c). Neben den Tätigkeitspflichten treffen den Auftraggeber auch **Unterlassungspflichten,** wobei sich die Unterlassungspflichten nach dem konkreten Agenturvertrag und dem gemeinsam beabsichtigten Erfolg bestimmen (GAUTSCHI, BK OR 418f N 2c). Dies bedeutet unter anderem, dass Gesellschaften, welche vom Auftraggeber beherrscht werden, einen Exklusivagenten nicht konkurrieren dürfen (SJZ 1988, 420).

3 Gemäss OR 418f I muss der Auftraggeber dem Agenten die **notwendigen Unterlagen** zur Verfügung stellen. Hierzu gehören Warenmuster, Preislisten, Werbedrucksachen, Pläne, Testberichte etc (GAUTSCHI, BK OR 418f N 3a), wobei hinsichtlich des Umfanges auf den Handelsbrauch abgestellt werden muss. Ein Entgelt für die Unterlagen ist vom Agenten mangels besonderer Vereinbarung nicht geschuldet (BÜHLER, ZK OR 418 N 5).

4 Die **Informationspflicht gemäss OR 418f II** ist ein Anwendungsfall der Interessenwahrungspflicht gemäss OR 418f I. Der Auftraggeber muss den Agenten sofort informieren, falls die Gefahr besteht, dass weniger Geschäfte als vorhergesehen abgeschlossen werden können. Hinzu kommt auch die Information über die Annahme oder Ablehnung eines vom Agenten vermittelten oder ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäftes oder die Nichtausführung eines solchen Geschäftes (BÜHLER, ZK OR 418f N 7). Die Information muss *unverzüglich* erfolgen (WETTENSCHWILER, BSK OR 418f N 3). Den Auftraggeber trifft zusätzlich eine Informationspflicht über betriebliche oder wirtschaftliche Entwicklungen, die für den Agenten relevant sein können (WETTENSCHWILER, BSK OR 418f N 1).

5 OR 418f III legt den **Exklusivitätsanspruch** des Agenten fest. Voraussetzung für den Exklusivitätsanspruch ist die Zuweisung eines bestimmten Gebietes oder eines bestimmten Kundenkreises. Der Exklusivitätsanspruch kann schriftlich wegbedungen werden; die Zuweisung eines bestimmten Gebietes oder Kundenkreises bedarf aber nicht der Schriftform. Ein Auftraggeber, der einem Agenten einen Exklusivanspruch eingeräumt hat, aber trotzdem einen Vertrag mit einer bisherigen Agentur weiterführt, verletzt seine Vertragspflichten (BGE 122 III 66 E 3b/bb).

6 Ungeachtet des Exklusivitätsanspruches darf der Auftraggeber im Gebiet oder hinsichtlich der zugewiesenen Kunden selber **«Direktgeschäfte»** abschliessen, wobei der Auftraggeber auch in diesem Fall die Provision schuldet (BÜHLER, ZK OR 418f N 9; WETTENSCHWILER, BSK OR 418f N 4).

7 **Die Rechtsfolge einer schuldhaften Verletzung** der sich aus OR 418f I und OR 418f II ergebenden Pflichten besteht im Schadenersatzanspruch des Agenten gemäss OR 97. Eine **Verletzung von OR 418f III** hat nicht nur eine Provisionspflicht, sondern auch eine vertragliche Schadenersatzpflicht zur Folge (BÜHLER, ZK OR 418f N 12).

Art. 418g

II. Provision
1. Vermittlungs- und Abschlussprovision
a. Umfang und Entstehung

[1] Der Agent hat Anspruch auf die vereinbarte oder übliche Vermittlungs- oder Abschlussprovision für alle Geschäfte, die er während des Agenturverhältnis-

ses vermittelt oder abgeschlossen hat, sowie, mangels gegenteiliger schriftlicher Abrede, für solche Geschäfte, die während des Agenturverhältnisses ohne seine Mitwirkung vom Auftraggeber abgeschlossen werden, sofern er den Dritten als Kunden für Geschäfte dieser Art geworben hat.

[2] Der Agent, dem ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis ausschliesslich zugewiesen ist, hat Anspruch auf die vereinbarte oder, mangels Abrede, auf die übliche Provision für alle Geschäfte, die mit Kunden dieses Gebietes oder Kundenkreises während des Agenturverhältnisses abgeschlossen werden.

[3] Soweit es nicht anders schriftlich vereinbart ist, entsteht der Anspruch auf die Provision, sobald das Geschäft mit dem Kunden rechtsgültig abgeschlossen ist.

[1] L'agent a droit à la provision convenue ou usuelle pour toutes les affaires qu'il a négociées ou conclues pendant la durée du contrat. Sauf convention écrite prévoyant le contraire il y a aussi droit pour les affaires conclues sans son concours par le mandant pendant la durée du contrat, mais avec des clients qu'il a procurés pour des affaires de ce genre.

[2] L'agent auquel a été attribuée l'exclusivité dans un rayon ou auprès d'une clientèle déterminée a droit à la provision convenue ou, à défaut de convention, à la provision usuelle pour toutes les affaires conclues pendant la durée du contrat avec des personnes de ce rayon ou de cette clientèle.

[3] Sauf convention écrite prévoyant le contraire, le droit à la provision naît dès que l'affaire a été valablement conclue avec le client.

[1] L'agente ha diritto alla provvigione convenuta od usuale per tutti gli affari che ha trattato o conchiuso durante il periodo di validità del contratto. Salvo convenzione contraria stipulata per iscritto, egli ha parimente diritto a detta provvigione per gli affari conchiusi senza il suo concorso dal mandante durante il periodo di validità del contratto, ma con clienti da lui procurati per affari del genere.

[2] L'agente cui è stata assegnata l'esclusiva in un raggio d'attività o presso una clientela determinata ha diritto alla provvigione convenuta o, in mancanza di convenzione, alla provvigione usuale per tutti gli affari conchiusi durante il periodo di validità del contratto con persone di questo raggio d'attività o di questa clientela.

[3] Salvo convenzione contraria stipulata per iscritto, il diritto alla provvigione nasce allorché l'affare è stato validamente conchiuso col cliente.

[1] The agent's entitlement to commission lapses subsequently where the execution of a concluded transaction is prevented for reasons not attributable to the principal.

[2] By contrast, the agent is not entitled to any commission where no consideration is given in return for the principal's performance, or where the consideration is so limited that the principal cannot reasonably be expected to pay any commission.

Art. 418h

b. Dahinfallen

[1] Der Anspruch des Agenten auf Provision fällt nachträglich insoweit dahin, als die Ausführung eines abgeschlossenen Geschäftes aus einem vom Auftraggeber nicht zu vertretenden Grunde unterbleibt.

[2] Er fällt hingegen gänzlich dahin, wenn die Gegenleistung für die vom Auftraggeber bereits erbrachten Leistungen ganz oder zu einem so grossen Teil unterbleibt, dass dem Auftraggeber die Bezahlung einer Provision nicht zugemutet werden kann.

[1] L'agent perd son droit à la provision dans la mesure où l'exécution d'une affaire conclue est empêchée par une cause non imputable au mandant.

[2] Ce droit s'éteint en revanche si la contre-prestation correspondant à la prestation déjà effectuée par le mandant n'est pas accomplie ou l'est si peu que le paiement d'une provision ne saurait être exigé du mandant.

[1] L'agente perde il diritto alla provvigione nella misura in cui l'esecuzione di un affare conchiuso è impedita da una causa non imputabile al mandante.

[2] Detto diritto si estingue invece integralmente se la controprestazione corrispondente alla prestazione già eseguita dal mandante non è fornita o lo è in misura tanto esigua da non potersi pretendere che il mandante paghi una provvigione.

[1] The agent's entitlement to commission lapses subsequently where the execution of a concluded transaction is prevented for reasons not attributable to the principal.

[2] By contrast, the agent is not entitled to any commission where no consideration is given in return for the principal's performance, or where the consideration is so limited that the principal cannot reasonably be expected to pay any commission.

Art. 418i

c. Fälligkeit

Soweit nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist, wird die Provision auf das Ende des Kalenderhalbjahres, in dem das Geschäft abgeschlossen wurde, im Versicherungsgeschäft jedoch nach Massgabe der Bezahlung der ersten Jahresprämie fällig.

La provision est exigible, sauf convention ou usage contraire, pour la fin du semestre de l'année civile dans lequel l'affaire a été conclue; en matière d'assurances, elle n'est toutefois exigible que dans la mesure où la première prime annuelle a été payée.

La provvigione è esigibile, salvo patto od uso contrario, per la fine del semestre dell'anno civile in cui l'affare è stato conchiuso; in materia d'assicurazioni essa

è tuttavia esigibile solamente nella misura in cui il primo premio annuale è stato pagato.

Unless otherwise provided by agreement or custom, the commission falls due at the end of the calendar half-year in which the transaction was concluded, whereas in insurance business the commission falls due when the first annual premium has been paid.

Art. 418k

d. Abrechnung

[1] Ist der Agent nicht durch schriftliche Abrede zur Aufstellung einer Provisionsabrechnung verpflichtet, so hat ihm der Auftraggeber auf jeden Fälligkeitstermin eine schriftliche Abrechnung unter Angabe der provisionspflichtigen Geschäfte zu übergeben.
[2] Auf Verlangen ist dem Agenten Einsicht in die für die Abrechnung massgebenden Bücher und Belege zu gewähren. Auf dieses Recht kann der Agent nicht zum voraus verzichten.

[1] Si l'agent n'est pas tenu par convention écrite de présenter un relevé de ses provisions, le mandant doit lui remettre un relevé de compte à chaque échéance en indiquant les affaires donnant droit à une provision.
[2] L'agent a le droit de consulter les livres et les pièces justificatives correspondants. Il ne peut pas renoncer d'avance à ce droit.

[1] Se l'agente non è tenuto da una convenzione scritta a presentare il conto delle sue provvigioni, il mandante deve consegnargli, ad ogni scadenza, un estratto di conto nel quale sono indicati gli affari che danno diritto ad una provvigione.
[2] L'agente può chiedere di esaminare i libri e i documenti che giustificano l'estratto di conto. Egli non può rinunciare preventivamente a questo diritto.

[1] Where the agent is not obliged by written agreement to draw up a statement of commission, the principal must provide him with a written statement as at each due date indicating the transactions on which commission is payable.
[2] On request, the agent must be granted access to the books of account or supporting documents that are relevant to such statement. The agent may not waive this right in advance.

I. Umfang und Entstehung der Vermittlungs- und Abschlussprovision (OR 418g)

1 OR 418g befasst sich mit der Entstehung der Provision des Agenten; das Dahinfallen der Provision wird in OR 418h geregelt.

2 Der Agent hat Anspruch auf eine Abschlussprovision, falls er während der Dauer des Agenturvertrages einen rechtsgültigen Vertrag **abschliesst**

(OR 418g I). Der Vermittlungsagent hat Anspruch auf eine Vermittlungsprovision für alle Geschäfte, die er während der Dauer des Agenturvertrages **vermittelt** hat, selbst wenn das Geschäft nach Beendigung des Agenturvertrages geschlossen wurde (OR 418g I). Es ist ein psychologischer Zusammenhang zwischen den Bemühungen des Vermittlungsagenten und dem Entschluss des Kunden gefordert.

3 Hat der Agent einen Kunden nicht vermittelt, sondern bloss **geworben,** so beschränkt sich der Provisionsanspruch auf die vom Auftraggeber mit dem geworbenen Kunden während der Dauer des Agenturverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte (OR 418g I; BÜHLER, ZK OR 418g N 17). Für Nachbestellungen eines geworbenen Kunden gilt OR 418t.

4 Der Provisionsanspruch des Agenten **entsteht mit dem Abschluss des Vertrages,** sofern der Vertrag rechtsgültig (weder anfechtbar noch nichtig) ist (RVJ 1987, 250; GAUTSCHI, BK OR 418g–k N 2h). Zudem muss ein **Kausalzusammenhang** zwischen der Tätigkeit des Agenten und dem Abschluss des Vertrages bestehen; der Agent muss somit ein oder mehrere Motive zum Vertragsschluss gesetzt haben (BÜHLER, ZK OR 418g N 13).

5 OR 418g I verweist, sofern nicht eine besondere Vereinbarung vorliegt, auf die **«übliche» Provision,** welche dem Agenten zustehen soll. Zur Bestimmung der Übung können Verbandstarife oder generell Branchenvergleiche beigezogen werden (WETTENSCHWILER, BSK OR 418g N 6). In aller Regel wird die Provision entweder auf der Basis des vollen Entgelts (Bruttopreis) oder eines Nettobetrages (Bruttopreis abzüglich Kosten für Fracht, Verpackung, Zoll sowie Rabatte und Skonti) berechnet. In der Praxis verwendet man auch die Vereinbarung eines monatlichen Fixums, welches mit einer Provision kombiniert wird.

6 OR 418g II räumt dem **Exklusivagenten** einen Provisionsanspruch für alle Geschäfte ein, die mit Kunden eines zugewiesenen Gebietes oder Kundenkreises abgeschlossen wurden, unabhängig davon, ob die Geschäfte mit oder ohne seine Mitwirkung oder als Direktgeschäft des Auftraggebers abgeschlossen wurden (BGE 121 III 414 E 1a). Der Exklusivagent, welcher als Vermittler tätig ist, hat einen Anspruch auf eine *Vermittlungsprovision* für Geschäfte, die zwar erst nach Beendigung des Agenturverhältnisses abgeschlossen werden, vom Agenten aber bei Beendigung des Agenturverhältnisses vermittelt wurden; sein Anspruch geht einem nachfolgenden Exklusivagenten vor und der Auftraggeber hat die Provision nicht zweimal zu bezahlen (BGE 84 II 542 E 4; WETTENSCHWILER, BSK OR 418g N 4).

7 Die Bestimmungen von OR 418g sind **dispositiver Natur.** So können die Bestimmungen über die Entstehung des Anspruches des Exklusivagenten (OR 418g II), die Provision des Werbeagenten (OR 418g I; BÜHLER, ZK OR 418g N 27; GAUTSCHI, BK 418g–k N 2g) und der Zeitpunkt der Entstehung der Provision (OR 418g III) geändert werden, wobei hinsichtlich der Bestimmungen für den Exklusivagenten und des Zeitpunktes der Entstehung

Schriftlichkeit vorausgesetzt ist (GAUTSCHI, BK OR 418g–k N 2g; WETTENSCHWILER, BSK OR 418g N 4).

II. Dahinfallen der Vermittlungs- und Abschlussprovision (OR 418h)

8 Der Provisionsanspruch entsteht schon mit dem Vertragsabschluss (OR 418g III), nicht etwa erst, wenn die vertraglichen Obligationen erfüllt wurden (s OR 418g–k N 4). Zum Schutze des Auftraggebers legt OR 418h I fest, dass der Provisionsanspruch dahinfällt, falls der Auftraggeber das Geschäft aus einem nicht von ihm zu vertretenen Grunde **nicht ausführt bzw der Vertragsvollzug unterbleibt.** Kommt das Geschäft überhaupt nicht zustande (wird es also nicht «abgeschlossen»), so entsteht kein Provisionsanspruch; das Gleiche gilt bei Ungültigkeit oder Nichtigkeit des Geschäftes (BÜHLER, ZK OR 418h N 7).

9 Ist der Provisionsanspruch entstanden, so ist er **resolutiv bedingt** bis zur Ausführung des Geschäftes. Wird das Geschäft nicht ausgeführt, so kann eine bereits bezahlte Provision gestützt auf OR 62 (BÜHLER, ZK OR 418h N 8) zurückgefordert werden.

10 **Nicht vom Auftraggeber zu vertreten** sind vom Kunden, dem Agenten oder äusseren Umständen gesetzte Gründe (WETTENSCHWILER, BSK OR 418h N 1). Ein Verschulden des Auftraggebers ist nicht gefordert (DÜRR, 159; GAUTSCHI, BK OR 418g–k N 13c). Die Einstellung der Produktion eines Modells durch den Auftraggeber muss bspw zwar nicht von ihm verschuldet sein, doch ist sie von ihm zu vertreten, womit die Provision zu bezahlen ist (BGE 40 II 392; s SJZ 1955, 330 ff; GAUTSCHI, BK OR 418g–k N 13c).

11 OR 418h II setzt voraus, dass der Auftraggeber seine Leistung erbracht hat. **Bleibt die Leistung des Kunden** ganz oder teilweise **aus,** so entfällt der Provisionsanspruch des Agenten vollständig. Dem Auftraggeber obliegt es jedoch, bei Geldforderungen zu mahnen und zu betreiben und bei grösseren Leistungen auch zu klagen (BÜHLER, ZK OR 418h N 16). Leistet der Kunde jedoch Schadenersatz, tritt dieser an die Stelle der Erfüllung und führt zur Provisionspflicht des Auftraggebers (BÜHLER, ZK OR 418h N 17).

12 Hat der Auftraggeber das **Ausbleiben der Gegenleistung zu vertreten,** so ist die Provision geschuldet (ZBJV 1961, 108; BADERTSCHER/SPÖRRI, Handk OR 418h N 6; BÜHLER, ZK OR 418h N 15; REHBINDER/STÖCKLI, BK OR 322b N 9; Beispiele: mangelhafte Ware, unvollständige Lieferungen und Leistungen; s SJZ 1955, 330 ff).

13 Der Auftraggeber hat zu **beweisen,** dass kein von ihm zu vertretender Grund vorliegt (ZGB 8).

14 Hat der Agent das **Delkredererisiko** übernommen (OR 418c), so ist die Provision geschuldet, auch wenn die Gegenleistung des Kunden ausbleibt; die Verrechnung der Forderungen (Provisionsanspruch/Delkredereanspruch) ist möglich (BADERTSCHER/SPÖRRI, Handk OR 418h N 8).

III. Fälligkeit der Vermittlungs- und Abschlussprovision (OR 418i)

15 Von der Fälligkeit der Provision ist die Entstehung zu unterscheiden: Der Provisionsanspruch entsteht mit Abschluss des Vertrages (OR 418g III). Fällig wird bei der Vermittlungs- oder Abschlussprovision der Provisionsanspruch des Agenten auf das **Ende eines Kalenderhalbjahres,** indem das Geschäft abgeschlossen wurde (OR 418i I). Nach Beendigung des Agenturverhältnisses ist nicht OR 418i, sondern OR 418t II anwendbar.

16 Mit der Bezahlung der ersten Jahresprämie wird die **Provision des Versicherungsagenten** fällig.

17 Ohne Einhaltung einer besonderen Form können die Parteien **andere Fälligkeitstermine vereinbaren** (BGE 121 III 414 E 1a; BÜHLER, ZK OR 418i N 1).

18 Die Fälligkeit des Provisionsanspruches des **Handelsreisenden** wird auf das Ende eines jeden Monats festgesetzt (OR 323 II).

19 Nach OR 76 I ist zur Bestimmung der Fälligkeit der letzte Tag des Monats massgebend.

20 Die **Delkredereprovision** (OR 418c III) und die **Inkassoprovision** (OR 418l) sind ebenfalls auf das Ende eines Kalenderhalbjahres fällig, es sei denn, es liege eine schriftliche Vereinbarung vor (WETTENSCHWILER, BSK OR 418i N 1; aM DÜRR, 164).

21 Die **Verjährungsfrist** für Provisionsansprüche beträgt fünf Jahre (OR 128 I).

IV. Abrechnung (OR 418k)

22 Entgegen der Regelung im Auftragsrecht (OR 400) ist nicht der Agent, sondern der **Auftraggeber** zur Erstellung einer Provisionsabrechnung verpflichtet, wobei die Parteien schriftlich vereinbaren können, dass der Agent eine Abrechnung erstellt. Es handelt sich um einen materiellrechtlichen Informationsanspruch, welcher Gegenstand eines Hilfsbegehrens bei einer Stufenklage sein kann.

23 Der **Inhalt der Abrechnung** besteht aus einer klaren und detaillierten Aufstellung über alle provisionspflichtigen Geschäfte, damit der Empfänger der Abrechnung die Entstehung, die Fälligkeit und das Dahinfallen der Provisionsansprüche überprüfen kann (BGE 4A_92/2013 E 7; GAUTSCHI, BK OR 418g–k N 10a). Blosse Kontoauszüge oder Fakturakopien reichen nicht (BÜHLER, ZK OR 418k N 8; SJZ 1967, 191). Belege müssen mit der Abrechnung nicht übergeben werden; hierfür steht dem Empfänger das Einsichtsrecht gemäss OR 418k II zu (s OR 418g–k N 26).

24 Die Abrechnungspflicht hat **auf jeden Fälligkeitstermin hin** zu erfolgen und besteht über die Dauer des Agenturverhältnisses hinaus, wenn Provisionsansprüche später fällig werden (WETTENSCHWILER, BSK OR 418k N 3).

25 Wird die Abrechnung vom Empfänger nicht innert angemessener Frist beanstandet, so führt dies zur **Genehmigung der Abrechnung** (so BGE 4A_92/2013 E 7; 95 II 143 E I.2; da jedoch die Entstehung von Provisionsansprüchen mit den entsprechenden Belegen auch noch lange nach Zustellung der Abrechnung nachverfolgt werden kann, erscheint es unzweckmässig, wenn das Bundesgericht möglichst schnell eine klare Situation herbeiführen will – die Fiktion einer Genehmigung bei Stillschweigen ist deshalb abzulehnen).

26 Der Agent hat ein Recht, in die für die Abrechnung massgebenden Bücher und Belege **Einsicht zu nehmen (OR 418k II).** Zu den dem Agenten vorzulegenden Belegen gehören ua Bestellungen, Fakturen, Lieferscheine und Buchhaltungsbelege (GAUTSCHI, BK OR 418g–k N 10c). Das Einsichtsrecht besteht unabhängig davon, wer die Abrechnung erstellt hat; der Agent kann im Voraus nicht auf sein Einsichtsrecht verzichten. Das Interesse des Auftraggebers an der Wahrung seines Geschäftsgeheimnisses schliesst in der Regel ein Recht des Agenten auf Erstellung von *Fotokopien* aus. Der Agent muss nach der Beweisregel von ZGB 8 die Tatsachen beweisen, welche die Grundlage seiner Provisionsforderung bilden, selbst wenn der Auftraggeber seiner Abrechnungspflicht nicht nachgekommen ist (BGE 4A_92/2013 E 7).

Art. 418l

2. Inkassoprovision

[1] Soweit nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist, hat der Agent Anspruch auf eine Inkassoprovision für die von ihm auftragsgemäss eingezogenen und abgelieferten Beträge.
[2] Mit Beendigung des Agenturverhältnisses fallen die Inkassoberechtigung des Agenten und sein Anspruch auf weitere Inkassoprovisionen dahin.

[1] Sauf convention ou usage contraire, l'agent a droit à une provision d'encaissement sur les sommes qu'il a encaissées en vertu d'un ordre du mandant et qu'il lui a remises.
[2] A la fin du contrat, l'agent perd tout pouvoir d'encaissement et son droit à des provisions d'encaissement ultérieures s'éteint.

[1] Salvo patto od uso contrario, l'agente ha diritto ad una provvigione d'incasso sulle somme che egli ha riscosso per ordine del mandante e che gli ha consegnato.
[2] Con la cessazione del contratto l'agente perde ogni facoltà di riscossione e il suo diritto a ulteriori provvigioni d'incasso diventa caduco.

[1] Unless otherwise provided by agreement or custom, the agent is entitled to a collection commission on any amounts he collects and delivers to the principal in accordance with the latter's instructions.

[2] At the end of the agency relationship the agent loses his authority to collect payments and his entitlement to further collection commission.

1 Der Vermittlungs- und der Abschlussagent sind nach der gesetzlichen Regelung von OR 418e II **nicht berechtigt, für den Auftraggeber das Inkasso vorzunehmen.** Nur wenn (i) der Agent einen zusätzlichen Inkassoauftrag erhalten hat, (ii) der Agent und der Auftraggeber nichts anderes vereinbart haben und (iii) keine andere Handelsübung besteht, schuldet der Auftraggeber dem Agenten eine Inkassoprovision für die vom Agenten auftragsgemäss eingezogenen und abgelieferten Gelder.

2 Der **Inkassoauftrag** ist ein neben das Agenturvertragsverhältnis tretendes unabhängiges Auftragsverhältnis (OR 394 ff). So ist denkbar, dass der Agent im Rahmen des Agenturvertrages als direkter Stellvertreter des Auftraggebers für diesen Geschäfte abschliesst, im Rahmen des Inkassoauftrages jedoch als indirekter Stellvertreter, dh in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung, handelt (BGE 108 II 118 E 1).

3 Der Inkassoauftrag kann **jederzeit widerrufen** werden, wobei der Agenturvertrag weiter bestehen kann (OR 404).

4 Bei der **Inkassoprovision** handelt es sich um eine Entschädigung für die Einziehung der vom Kunden geschuldeten Beträge (ZR 1939, 335).

5 In der Praxis sind die Inkassoprovisionen meist in den gemäss OR 418g geschuldeten Provisionen enthalten, insb falls diese Provisionen überdurchschnittlich sind (GAUTSCHI, BK OR 418e N 1).

6 Sowohl die Inkassoberechtigung des Agenten als auch sein Anspruch auf weitere Inkassoprovisionen fallen bei der **Beendigung des Agenturverhältnisses** dahin (OR 418l II). Hinsichtlich der nach Beendigung einkassierten Beträge hat der Agent weder ein Retentionsrecht gemäss OR 418o I (GAUTSCHI, BK OR 418l N 2c) noch ein Verrechnungsrecht. Demgegenüber wird eine Inkassoermächtigung zu einer Verrechnungsmöglichkeit des Agenten für seine Provisionsansprüche führen (GAUTSCHI, BK OR 418l N 2c).

Art. 418m

III. Verhinderung an der Tätigkeit

[1] Der Auftraggeber hat dem Agenten eine angemessene Entschädigung zu bezahlen, wenn er ihn durch Verletzung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten schuldhaft daran verhindert, die Provision in dem vereinbarten oder nach den Umständen zu erwartenden Umfange zu verdienen. Eine gegenteilige Abrede ist ungültig.
[2] Wird ein Agent, der für keinen andern Auftraggeber gleichzeitig tätig sein darf, durch Krankheit, schweizerischen obligatorischen Militärdienst oder ähnliche Gründe ohne sein Verschulden an seiner Tätigkeit verhindert, so hat er für verhältnismässig kurze Zeit Anspruch auf eine angemessene Entschä-

digung nach Massgabe des eingetretenen Verdienstausfalles, sofern das Agenturverhältnis mindestens ein Jahr gedauert hat. Auf dieses Recht kann der Agent nicht zum voraus verzichten.

[1] Lorsque le mandant, en violant ses obligations légales ou contractuelles, a empêché par sa faute l'agent de gagner la provision convenue ou à laquelle celui-ci pouvait s'attendre raisonnablement, il est tenu de lui payer une indemnité équitable. Toute convention contraire est nulle.

[2] L'agent qui ne peut travailler que pour un seul mandant et qui est empêché de travailler, sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire obligatoire en vertu de la législation fédérale ou pour telle cause analogue, a droit pour un temps relativement court, si le contrat dure depuis un an au moins, à une rémunération équitable en rapport avec la perte de gain qu'il a subie. L'agent ne peut pas renoncer d'avance à ce droit.

[1] Se, violando i suoi obblighi legali o contrattuali, il mandante ha, con sua colpa, impedito all'agente di guadagnare la provvigione nella misura convenuta o in quella che poteva ragionevolmente attendersi secondo le circostanze, egli è tenuto a pagargli un'indennità adeguata. Ogni convenzione contraria è nulla.

[2] L'agente che può lavorare solamente per un unico mandante e che è impedito, senza sua colpa, di prestare i suoi servigi per malattia, per servizio militare svizzero obbligatorio o per altri simili motivi, ha diritto per un tempo relativamente breve, se il contratto dura da almeno un anno, a un'equa rimunerazione adeguata alla perdita di guadagno subìta. L'agente non può rinunciare preventivamente a questo diritto.

[1] The principal is obliged to pay the agent appropriate compensation if, in breach of his legal or contractual obligations, he is at fault in preventing the agent from earning the volume of commission that was agreed or to be expected in the circumstances. Any agreement to the contrary is void.

[2] Where an agent who is permitted to represent only one principal at a time is prevented from working through no fault of his own by illness, Swiss compulsory military service or similar reasons, he is entitled for a relatively short period to adequate compensation for loss of income, provided the commercial agency contract has lasted for at least one year. The agent may not waive this right in advance.

I. Ersatzanspruch des Agenten

1 OR 418m I muss zusammen mit OR 418f I gelesen werden. OR 418m I regelt somit die Rechtsfolge der Unterlassung des Auftraggebers, alles zu tun, um die Ausführung einer erfolgreichen Tätigkeit des Agenten zu ermöglichen.

2 Verletzt der Auftraggeber seine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten, so wird er ersatzpflichtig, wobei **«angemessene Entschädigung»** vollen Schadenersatz (Erfüllungsinteresse) bedeutet (BGE 122 III 66 E 3d), weshalb der Agent Anspruch auf seinen gesamten entgangenen Gewinn hat. Der entgangene Gewinn richtet sich nach der vereinbarten Provision, abzüglich allenfalls ersparter Aufwendungen des Alleinvertreters (BGE 122 III 66 E 3d;

95 II 145 E 1 und 2: in casu Verzicht durch Genehmigung der Abrechnung nach OR 418k I, da der Agent in Kenntnis des Schadenfalles keinen Vorbehalt hinsichtlich Provisionsabrechnungen angebracht hat, die den Schadenersatz unberücksichtigt lassen).

3 Der Agent trägt die **Beweislast** für die Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht, den Schaden und die Kausalität. Dem Auftraggeber steht der Exkulpationsbeweis offen (OR 97).

4 Die vertragliche Leistungspflicht des Auftraggebers besteht unabhängig davon, ob der Agent den Auftraggeber in Verzug setzt (BGE 122 III 66 E 3c). Der Verzug ist nur für die Verzugsfolgen (OR 107 I), nicht für die vertragliche Leistungspflicht notwendig. Der Auftraggeber hat seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen, es sei denn, der Agent sei nicht erfüllungsbereit (BÜHLER, ZK OR 418m N 8).

II. Erwerbsausfallentschädigung

5 OR 418m II gewährt dem **Einfirmenvertreter** (s OR 418a N 11) eine Erwerbsausfallentschädigung. Damit wird ein sozialer Zweck verfolgt, welcher sich ähnlich in OR 324a findet.

6 Als Einfirmenvertreter dürfte wegen der sozialen Zweckbestimmung der Vorschrift nur eine **natürliche Person** gemeint sein. Hierfür sprechen auch die im Gesetz genannten Gründe der Verhinderung (Krankheit, Militärdienst «oder ähnliche Gründe»), welche nur auf eine natürliche Person zutreffen können (GAUTSCHI, BK OR 418m N 2b). Teilweise wird eine Ausdehnung auf juristische Personen gefordert, insb bei Einmanngesellschaften (BÜHLER, ZK OR 418m N 12; WETTENSCHWILER, BSK OR 418m N 3). Diese Ausdehnung ist jedoch auch hinsichtlich des Wortlautes der Bestimmung abzulehnen.

7 **Voraussetzungen für den Entschädigungsanspruch** gemäss OR 418m II sind folgende: (i) Der Agent muss ein Einfirmenagent sein; (ii) Verhinderung an seiner Tätigkeit ohne Verschulden des Agenten, wobei offen ist, ob leichtes Verschulden den Anspruch hinfällig macht (BÜHLER, ZK OR 418m N 15); (iii) Krankheit, schweizerischer obligatorischer Militärdienst oder ähnliche Gründe; (iv) Kausalität der Krankheit, des schweizerischen obligatorischen Militärdienstes und der anderen Gründe für den Verdienstausfall; (v) der Verdienstausfall rechtfertigt eine Entschädigung; (vi) Dauer des Agenturverhältnisses von mindestens einem Jahr (BÜHLER, ZK OR 418m N 13–19).

8 Im Gegensatz zu OR 418m I ist der Anspruch auf Entschädigung gemäss 418m II infolge Verdienstausfalles kein Schadenersatz, sondern ein **Erfüllungsanspruch** (GAUTSCHI, BK OR 418m N 3a). Bei der Schätzung des eingetretenen Verdienstausfalles wird man auf das Durchschnittseinkommen des Einfirmenagenten während einer vernünftigen bemessenen Zeitspanne, die der Arbeitsverhinderung vorausging, abstellen (GAUTSCHI, BK OR 418m N 3b).

9 Für die Bestimmung der Zeitdauer der Ausrichtung einer Entschädigung können die gleichen Lohnskalen wie im Arbeitsvertragsrecht (OR 324a II)

verwendet werden (WETTENSCHWILER, BSK OR 418m N 2; aM BÜHLER, ZK OR 418m N 23).

10 OR 418m II ist zwingend, womit ein **Vorausverzicht** der Einfirmenagentur auf die Erwerbsausfallentschädigung unzulässig ist. Zulässig ist es jedoch, das Ausmass der Entschädigung und die Dauer der Entschädigungspflicht zu vereinbaren (WETTENSCHWILER, BSK OR 418m N 2 und 4).

Art. 418n

IV. Kosten und Auslagen

[1] Soweit nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist, hat der Agent keinen Anspruch auf Ersatz für die im regelmässigen Betrieb seines Geschäftes entstandenen Kosten und Auslagen, wohl aber für solche, die er auf besondere Weisung des Auftraggebers oder als dessen Geschäftsführer ohne Auftrag auf sich genommen hat, wie Auslagen für Frachten und Zölle.

[2] Die Ersatzpflicht ist vom Zustandekommen des Rechtsgeschäftes unabhängig.

[1] Sauf convention ou usage contraire, l'agent n'a pas droit au remboursement des frais et débours résultant de l'exercice normal de son activité, mais bien de ceux qu'il a assumés en vertu d'instructions spéciales du mandant ou en sa qualité de gérant de ce dernier, tels que les frais de transport et de douane.

[2] Le remboursement des frais et débours est dû même si l'affaire n'aboutit pas.

[1] Salvo patto od uso contrario, l'agente non può pretendere la rifusione delle spese e degli sborsi, risultanti dall'esercizio normale della sua attività, ma invece di quelli assunti in forza di speciali istruzioni del mandante o quale gestore senza mandato di quest'ultimo, come spese di trasporto e di dogana.

[2] La rifusione delle spese e degli sborsi è dovuta anche se l'affare non è stato conchiuso.

[1] Unless otherwise provided by agreement or custom, the agent is not entitled to reimbursement of costs and expenses incurred in the normal performance of his duties, but is entitled to reimbursement of those incurred as a result of special instructions issued by the principal or in the capacity of agent without authority for the principal, such as freight charges and customs duties.

[2] The duty to reimburse costs and expenses obtains even where the transaction fails to materialise.

1 Im Unterschied zum Handelsreisenden ist der **Agent ein selbständiger Geschäftsmann** mit eigenem Betrieb; in der Regel trägt der Agent deshalb die im regelmässigen Betrieb seines Geschäftes anfallenden Kosten und Auslagen (OR 418n I). Die Kostentragungspflicht durch den Agenten ist gerade ein *Wesensmerkmal* des Agenturvertrages (GAUTSCHI, BK OR 418n N 1a–b).

2 Die **Regelung ist dispositiver Natur;** die Parteien können somit vereinbaren, dass der Auftraggeber die Kosten und Auslagen trägt. Liegt eine besondere Vereinbarung vor, ist zu prüfen, ob nicht ein Agenturvertrag, sondern vielmehr ein Arbeitsvertrag oder ein Handelsreisendervertrag vorliegt (BGE 104 II 108 E 3b; BÜHLER, ZK OR 418n N 2; GAUTSCHI, BK OR 418n N 1b; WETTENSCHWILER, BSK OR 418n N 1).

3 Besondere Vereinbarungen hinsichtlich der Tragung von Kosten und Auslagen sind selten und kaum üblich.

4 Nur (i) bei **besonderer Weisung des Auftraggebers** oder (ii) als **Geschäftsführer ohne Auftrag** hat der Agent einen Anspruch auf Ersatz der Kosten und Auslagen (OR 418n I). Damit wird eine allfällige Ersatzpflicht im Rahmen des Auftrages (OR 402 I) bzw im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 422 I) begründet.

5 **Nicht nur** die im Gesetz ausdrücklich genannten Auslagen **für Frachten und Zölle,** sondern auch Kosten für spezifische Werbemassnahmen, Marktstudien und ausserordentliche Reisen zum Auftraggeber (BÜHLER, ZK OR 418n N 2) können zulasten des Auftraggebers gehen.

6 Sowohl OR 402 I (Auslagenersatz beim Auftrag) als auch OR 422 I (Ersatz der Auslagen bei der Geschäftsführung ohne Auftrag) legen den Ersatzanspruch unabhängig vom jeweiligen Erfolg fest. Auch OR 418n II muss in diesem Sinne verstanden werden; somit ist die vereinbarte Ersatzpflicht des Auftraggebers **unabhängig vom Erfolg** der Auftragsausführung oder Geschäftsführung durch den Agenten geschuldet.

Art. 418o

V. Retentionsrecht

[1] Zur Sicherung der fälligen Ansprüche aus dem Agenturverhältnis, bei Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers auch der nicht fälligen Ansprüche, hat der Agent an den beweglichen Sachen und Wertpapieren, die er auf Grund des Agenturverhältnisses besitzt, sowie an den kraft einer Inkassovollmacht entgegengenommenen Zahlungen Dritter ein Retentionsrecht, auf das er nicht zum voraus verzichten kann.

[2] An Preistarifen und Kundenverzeichnissen kann das Retentionsrecht nicht ausgeübt werden.

[1] En garantie des créances exigibles qui découlent du contrat, l'agent a sur les choses mobilières et les papiers-valeurs qu'il détient en vertu du contrat, ainsi que sur les sommes qui lui ont été versées par des clients en vertu de son pouvoir d'encaissement, un droit de rétention auquel il ne peut pas renoncer d'avance; lorsque le mandant est insolvable, l'agent peut exercer ce droit même pour la garantie d'une créance non exigible.

[2] Le droit de rétention ne peut pas être exercé sur les tarifs et les listes de clients.

[1] A garanzia dei crediti esigibili derivanti dal contratto, l'agente ha sulle cose mobili e i titoli di credito (cartevalori) che detiene in forza del contratto, come pure sulle somme che gli sono state versate dai clienti in virtù della sua facoltà di riscossione, un diritto di ritenzione al quale non può rinunciare preventivamente; in caso d'insolvenza del mandante, l'agente può esercitare questo diritto anche a garanzia d'un credito non esigibile.

[2] Il diritto di ritenzione non può essere esercitato sulle tariffe e sulle liste dei clienti.

[1] By way of securing claims due to him under the commercial agency relationship and, in the event that the principal becomes insolvent, claims that are not yet due, the agent has a special lien on chattels and securities that he holds pursuant to the contract and on any payments received from clients by virtue of an authority to collect with which he has been vested, and this right of lien may not be waived in advance.

[2] The lien does not extend to price lists and client lists.

1 Das Gesetz ermöglicht es dem Agenten, (i) fällige Ansprüche und (ii) bei Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers auch nicht fällige Ansprüche durch Ausübung eines Retentionsrechts **sicherzustellen.** Von der Sicherstellung umfasst sind Provisionsansprüche, Auslagenersatz, Kundschafts- und Konkurrenzverbotsentschädigungen sowie Schadenersatzforderungen (BÜHLER, ZK OR 418o N 6), unabhängig davon, ob der Auftraggeber Ansprüche bestreitet oder nicht.

2 Das in OR 418o I geregelte Retentionsrecht des Agenten ist **ein kaufmännisches Retentionsrecht** (ZGB 895 II); somit reicht es für die geforderte *Konnexität* zwischen dem Besitz am Retentionsobjekt und der Forderung aus, dass sowohl der Besitz als auch die Forderung aus dem geschäftlichen Verkehr zwischen Agent und Auftraggeber herrühren (BGE 40 II 209; BÜHLER, ZK OR 418o N 4; OFTINGER/BÄR, ZK ZGB 895 N 120 ff).

3 **Gegenstand:** Das Retentionsrecht kann an (i) beweglichen Sachen (Fahrzeugen, Musterkollektionen etc); (ii) Wertpapieren des Auftraggebers oder eines Dritten (BÜHLER, ZK OR 418o N 5); (iii) Warenmustern, Geschäftsunterlagen und Versicherungspolicen (BURNAND, 47) begründet werden. Vor Ausübung des Retentionsrechts *muss* der Agent die **Verrechnung** (OR 120) hinsichtlich der aufgrund einer Inkassovollmacht an ihn geleisteten Zahlungen ausüben (WETTENSCHWILER, BSK OR 418o N 2). OR 418o II legt fest, dass Preistarife und Kundenverzeichnisse nicht retinierbar sind; dies gilt auch für sämtliche weiteren nicht verwertbaren Gegenstände (WETTENSCHWILER, BSK OR 418o N 2).

4 Das Retentionsrecht **fällt dahin,** falls der Auftraggeber Sicherheit leistet für die Ansprüche des Agenten, wobei die blosse Offerte einer Sicherstellung nicht genügt (BGE SJ 1984, 24).

5 Zusätzlich zum Retentionsrecht und der Verrechnungsmöglichkeit kann der Agent auch ein **Rückbehaltungsrecht oder obligatorisches Retentionsrecht** an Geldern geltend machen, die der Agent gestützt auf eine Inkassovollmacht entgegengenommen hat (BADERTSCHER/SPÖRRI, Handk OR 418o N 2). Es handelt sich hier um einen Anwendungsfall der Erfüllungsverweigerung bei zweiseitigen (synallagmatischen) Verträgen gemäss OR 82 (GAUTSCHI, BK OR 418o N 2a).

6 Weder das obligatorische Retentionsrecht noch die Verrechnung sind möglich bei Geldern, die der Agent **ohne Inkassovollmacht** eingezogen hat; dies dürfte insb nach Widerruf der Inkassovollmacht oder nach Beendigung des Agenturverhältnisses der Fall sein (s OR 418l N 4; GAUTSCHI, BK OR 418o N 3b).

7 Der Agent kann auf sein Retentionsrecht **nicht im Voraus verzichten.** Demgegenüber kann die Verrechnung nach OR 120 ff vertraglich ausgeschlossen werden (BÜHLER, ZK OR 418o N 10).

Art. 418p

E. Beendigung
I. Zeitablauf

[1] Ist der Agenturvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, oder geht eine solche aus seinem Zweck hervor, so endigt er ohne Kündigung mit dem Ablauf dieser Zeit.

[2] Wird ein auf eine bestimmte Zeit abgeschlossenes Agenturverhältnis nach Ablauf dieser Zeit für beide Teile stillschweigend fortgesetzt, so gilt der Vertrag als für die gleiche Zeit erneuert, jedoch höchstens für ein Jahr.

[3] Hat der Auflösung des Vertrages eine Kündigung vorauszugehen, so gilt ihre beiderseitige Unterlassung als Erneuerung des Vertrages.

[1] Le contrat d'agence fait pour une durée déterminée ou dont la durée résulte de son but prend fin à l'expiration du temps prévu, sans qu'il soit nécessaire de donner congé.

[2] Si le contrat fait pour une durée déterminée est tacitement prolongé de part et d'autre, il est réputé renouvelé pour le même temps, mais pour une année au plus.

[3] Lorsque la résiliation est subordonnée à un congé préalable, le contrat est réputé renouvelé si aucune des parties n'a donné congé.

[1] Il contratto d'agenzia, conchiuso per un tempo determinato o la cui durata risulti dal suo scopo, cessa senza disdetta con lo spirare del termine tempo previsto.

[2] Se il contratto conchiuso a tempo determinato è stato continuato tacitamente da ambo le parti, si intende rinnovato per la stessa durata, ma non oltre un anno.

[3] Se lo scioglimento del contratto deve essere preceduto da disdetta, la omissione di questa, da ambo le parti, vale come rinnovazione del contratto.

[1] Where the commercial agency contract was concluded for a fixed term or its duration is limited by virtue of its purpose, it ends without notice on expiry of that term.

[2] Where a fixed-term commercial agency contract is tacitly extended by both parties on expiry of its duration, it is deemed to have been renewed for the same duration subject to a maximum of one year.

[3] Where termination is subject to prior notice, failure by both parties to give notice is deemed tacit renewal of the contract.

1 Der **auf eine bestimmte Zeit abgeschlossene** Agenturvertrag hat einen bestimmten Anfangs- und Endtermin. Solche Verträge enden ohne Kündigung (OR 418p I; sa OR 334 I). Immerhin kann der Vertrag *aus wichtigen Gründen* jederzeit gekündigt werden (OR 418r; BGE 89 II 30 E 2). Wenn die Parteien einen Zweck vereinbaren, welcher im Rahmen des Agenturverhältnisses erreicht werden soll, so endet der Agenturvertrag ohne weiteres mit der Zweckerreichung (BÜHLER, ZK OR 418p N 6).

2 Bei **stillschweigender Fortsetzung** eines «auf eine bestimmte Zeit abgeschlossenen» Agenturverhältnisses nach Ablauf der eigentlichen Vertragsdauer erfolgt gemäss OR 418p II eine Verlängerung um den gleichen Zeitraum, höchstens jedoch um ein Jahr. Diese Bestimmung steht im *Gegensatz zum Arbeitsvertragsrecht,* das von einem unbefristeten Arbeitverhältnis ausgeht, falls ein befristetes Arbeitsverhältnis stillschweigend fortgeführt wird (OR 334 II).

3 Die in OR 418p II getroffene Regelung (Verlängerung um die gleiche Dauer, höchstens aber ein Jahr) findet gemäss OR 418p III dann keine Anwendung, wenn zwar ein *befristetes Agenturverhältnis* vorliegt, der Beendigung dieses Verhältnisses aber trotzdem eine **Kündigung** vorauszugehen hat. In diesem Fall führt die Unterlassung der Kündigung zur Erneuerung des Vertrages, wobei der Vertrag um die ursprüngliche Vertragsdauer verlängert wird (Verdoppelung der Vertragsdauer) und die Kündigungsfrist bestehen bleibt. Eine gesetzliche Bestimmung, wonach nach Ablauf von zehn Jahren jede Vertragspartei ein auf längere Dauer abgeschlossenes befristetes Agenturverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende eines Monats kündigen kann (so die Regelung für befristete Arbeitsverhältnisse, OR 334 III), fehlt beim Agenturvertrag. Eine *analoge Anwendung von OR 334 III* ist mangels Rechtsgrundlage *abzulehnen* (BÜHLER, ZK OR 418p N 8; GAUCH, Beendigung, 46; WETTENSCHWILER, BSK OR 418p N 1; aM BURNAND, 64; GAUTSCHI, BK OR 418p N 4d). Immerhin kann *ZGB 27* Anwendung finden, falls Agent oder Auftraggeber in ihrer Handlungsfähigkeit übermässig eingeschränkt sind (s für den Alleinvertriebsvertrag BGE 107 II 216 E 3a).

Art. 418q

II. Kündigung
1. Im Allgemeinen

[1] Ist ein Agenturvertrag nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen, und geht eine solche auch nicht aus seinem Zwecke hervor, so kann er im ersten Jahr der Vertragsdauer beiderseits auf das Ende des der Kündigung folgenden Kalendermonates gekündigt werden. Die Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist bedarf der schriftlichen Form.

[2] Wenn das Vertragsverhältnis mindestens ein Jahr gedauert hat, kann es mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten auf das Ende eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. Es kann jedoch eine längere Kündigungsfrist oder ein anderer Endtermin vereinbart werden.

[3] Für Auftraggeber und Agenten dürfen keine verschiedenen Kündigungsfristen vereinbart werden.

[1] Lorsque le contrat d'agence n'a pas été fait pour une durée déterminée et qu'une telle durée ne résulte pas non plus de son but, il peut être résilié de part et d'autre, au cours de la première année, moyennant un congé donné un mois d'avance pour la fin d'un mois. Un délai de congé plus court doit être stipulé par écrit.

[2] Lorsque le contrat a duré un an au moins, il peut être résilié moyennant un congé donné deux mois d'avance, pour la fin d'un trimestre de l'année civile. Les parties peuvent convenir d'un délai de congé plus long ou d'un autre terme de résiliation.

[3] Les délais conventionnels de congé ne peuvent être différents pour le mandant et l'agent.

[1] Ove la durata del contratto d'agenzia non è determinata né risulta dal suo scopo, la disdetta può essere data da ambo le parti, nel corso del primo anno di validità del contratto, per la fine del mese successivo. Termini di disdetta più brevi devono essere stipulati per iscritto.

[2] Se il contratto è durato almeno un anno, può essere disdetto, con un termine di due mesi, per la fine di un trimestre dell'anno civile. Tuttavia le parti possono convenire un termine di disdetta più lungo o un'altra scadenza.

[3] Non è lecito stipulare termini di disdetta diversi per il mandante e per l'agente.

[1] Where the commercial agency contract was not concluded for a fixed term and its duration is not limited by virtue of its purpose, it may be terminated by either party during the first year of the contract by giving one month's notice expiring at the end of the following calendar month. Any agreement of a shorter notice period must be done in writing.

[2] Where the contract has lasted for at least one year, it may be terminated by giving two months' notice expiring at the end of a calendar quarter. However, the parties may agree a longer notice period or a different termination date.

[3] The notice period must be the same for both the principal and the agent.

1 Der Agenturvertrag kann nicht gemäss OR 404 jederzeit widerrufen werden. Vielmehr enthält OR 418q **Mindestfristen,** um einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Schutzbedürfnis des Agenten auf der einen und seiner Stellung als selbständiger Unternehmer mit entsprechend zu tragenden Risiken auf der anderen Seite sicherzustellen (BÜHLER, ZK OR 418q N 7).

2 Die Parteien können zwar jederzeit die Kündigung aussprechen, nicht jedoch den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit (Endtermin) beliebig vereinbaren (WETTENSCHWILER, BSK OR 418q N 1).

3 Das Gesetz unterscheidet zwischen dem **unterjährigen und überjährigen Agenturvertrag.** Entscheidend hierfür ist die Dauer des Agentur*verhältnisses* (einschliesslich Erneuerungen), nicht jene des Agenturvertrages (GAUTSCHI, BK OR 418q N 2a; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK OR 348 N 2).

4 Die **Kündigungsfristen** betragen (i) beim unterjährigen Agenturvertrag einen Monat und (ii) beim überjährigen Agenturvertrag zwei Monate. Beim überjährigen Agenturvertrag kann formlos eine längere Kündigungsfrist als die Minimalfrist von zwei Monaten vereinbart werden (OR 418q II). Der Agent und der Auftraggeber dürfen keine unterschiedlich langen Kündigungsfristen vereinbaren (OR 418q III). Halten sich die Parteien nicht an diese Bestimmung, so dürften nicht die gesetzlichen Fristen gemäss OR 418q I und II Anwendung finden (in diesem Sinne aber WETTENSCHWILER, BSK OR 418q N 2), sondern angesichts der Schutzbedürftigkeit des Agenten die längere Frist (womit eine Analogie zur arbeitsrechtlichen Bestimmung von OR 335a I hergestellt wird; so auch BÜHLER, ZK OR 418q N 13); jedenfalls sind die Minimalfristen von OR 418q I und II einzuhalten.

5 Die gesetzlichen **Kündigungstermine** des Agenturvertrages werden in OR 418q I und II bestimmt; im Falle des unterjährigen Agenturverhältnisses kann das Vertragsverhältnis auf das Ende des der Kündigung folgenden Kalendermonates und im überjährigen Agenturverhältnis auf das Ende eines Kalendervierteljahres gekündigt werden.

6 **Zulässige Vereinbarungen** beim überjährigen Agenturvertrag sind etwa: (i) Eine zwei Monate übersteigende Kündigungsfrist; (ii) ein Endtermin 30.6. oder 31.12. (GAUTSCHI, BK OR 418q N 2b–c); (iii) eine Beendigung auf das Ende jeden Kalendermonats (BURNAND, 64).

7 Wird ein Vertrag gekündigt, anschliessend aber **stillschweigend fortgesetzt,** so bleibt die Kündigung bei der Bestimmung der massgeblichen Vertragsdauer im Rahmen einer späteren Kündigung unbeachtlich und der Agenturvertrag gilt als *auf unbestimmte Zeit verlängert* (BÜHLER, ZK OR 418q N 11; WETTENSCHWILER, BSK OR 418q N 1).

8 Die Kündigungsfrist von zwei Monaten gilt auch für überjährige **Alleinvertretungsverträge** (BGE 89 II 30 E 2).

Art. 418r

2. Aus wichtigen Gründen

[1] Aus wichtigen Gründen kann sowohl der Auftraggeber als auch der Agent jederzeit den Vertrag sofort auflösen.
[2] Die Bestimmungen über den Dienstvertrag sind entsprechend anwendbar.

[1] Le mandant et l'agent peuvent, sans avertissement préalable, résilier immédiatement le contrat pour de justes motifs.
[2] Les dispositions relatives au contrat de travail sont applicables par analogie.

[1] Tanto il mandante quanto l'agente possono in ogni tempo sciogliere immediatamente il contratto per cause gravi.
[2] Le disposizioni relative al contratto di lavoro sono applicabili per analogia.

[1] The principal and the agent may at any time terminate the contract with immediate effect for good cause.
[2] The provisions governing service contracts are applicable mutatis mutandis.

1 Der Auftraggeber und der Agent können jederzeit den Agenturvertrag, sei er befristet oder unbefristet, mit sofortiger Wirkung auflösen, sofern **ein wichtiger Grund vorliegt** (OR 418r I). Diese Bestimmung ist zwingender Natur (BGE 89 II 30 E 5a), auch für nebenberufliche Agenturen (GAUTSCHI, BSK OR 418r N 1a).

2 Zwar kann die fristlose Kündigung **formfrei** und damit insb auch mündlich erfolgen, doch ergibt sich durch die in OR 418r II enthaltene Verweisung eine **Begründungspflicht,** sofern es die andere Partei verlangt (OR 337 I; BÜHLER, ZK OR 418r N 7).

3 Die fristlose Auflösung wirkt **ex nunc,** womit es das Agenturverhältnis bis zur Auflösung (nicht bis zum Eintritt des Beendigungsgrundes; so aber GAUTSCHI, BK OR 418r N 1b) bestanden hat. Die nachvertragliche Abwicklung unterscheidet sich nicht von der Situation bei der Auflösung gemäss OR 418p (WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 1).

4 Nach der Verweisung in OR 418r II gilt als wichtiger Grund namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses **nicht mehr zugemutet werden darf** (OR 337 II; BGE 4A_433/2011 E 5; 136 III 518 E 4; 4A.639/2009 E 2.1). Eine Fortsetzung kann unzumutbar erscheinen bei Treueverletzungen, Untätigkeit, Ehrverletzungen und Tätlichkeit, ungerechtfertigte Vorenthaltung und unkorrekter Abrechnung der Provisionen (GAUTSCHI, BK OR 418r N 2b). Besteht etwa Unsicherheit, wann und ob der Auftraggeber liefern kann, so hat der Agent ein Recht zur fristlosen Kündigung (BGE 4A.435/2007 E 3.1; s BGE 89 II 30 E 5b betr Alleinvertretungsvertrag). Die Treuepflicht des Agenten wird aber nicht verletzt, wenn er für die Zeit nach Ende des Agentur-

vertrages Vorbereitungen trifft, vorausgesetzt, der Agent wirbt keine Kunden oder Mitarbeiter ab (BGE 4A_212/2013 E 2.4).

5 **Weitere Beispiele** von wichtigen Gründen (BÜHLER, ZK OR 418r N 4): (i) Schliessung des Warenlagers durch den Agenten wegen geringfügiger Meinungsverschiedenheiten; (ii) Konkurseröffnung über den Agenten; (iii) ungerechtfertigte Arrestnahme von Kundengeldern durch den Agenten (ZR 1984, 6).

6 Ob auch *persönliche Umstände* dazu führen können, dass ein wichtiger Grund vorliegt, muss bezweifelt werden. Die von GAUTSCHI genannten Gründe der Krankheit, des Wohnsitzwechsels und der Geschäftsaufgabe dürften angesichts der Verweisung in OR 418r II auf die arbeitsvertraglichen Bestimmungen und damit auch auf OR 336 I kaum zulässig sein (anders aber GAUTSCHI, BK OR 418r N 2b).

7 Vor der fristlosen Vertragsauflösung ist die kündigende Partei gehalten, die andere Partei (schriftlich oder mündlich) **abzumahnen.** Nur bei bedeutenden Vertragsverletzungen kann eine fristlose Vertragsauflösung ohne vorgängige Abmahnung vorgenommen werden (WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 5). Die kündigende Partei muss alles ihr Zumutbare unternehmen, um einen Ausgleich herbeizuführen (BGE SJ 1985, 650), wobei ein Verzicht auf Ansprüche jedoch nicht gefordert ist.

8 OR 418r II verweist auf die «Bestimmungen über den Dienstvertrag». Damit finden auch **OR 337c I, II und III Anwendung** (BGE 4A_212/2013; 136 III 518 E 4; 125 III 14 E 2a). Somit ist das Agenturverhältnis auch dann als sofort beendet zu betrachten, wenn sich die fristlose Vertragsauflösung nachträglich als ungerechtfertigt erweist (BGE 136 III 518 E 5; 125 III 14 E 2a). Diese Rechtsfolge ist sachgerecht (aM BÜHLER, ZK OR 418r N 8; WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 2). Wie beim Arbeitsvertragsrecht hat die Auflösung ohne Verzug nach Kenntnis eines wichtigen Grundes zu erfolgen, ansonsten die Berufung auf wichtige Gründe verspätet ist (BGE 99 II 308 E 5a; WETTENSCHWILER, BSK OR 418r N 3); die Auflösung nach einem Monat seit Kenntnis ist verspätet (ZR 1984, 6).

Art. 418s

III. Tod, Handlungsunfähigkeit, Konkurs

[1] Das Agenturverhältnis erlischt durch den Tod und durch den Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Agenten sowie durch den Konkurs des Auftraggebers.
[2] Durch den Tod des Auftraggebers erlischt das Agenturverhältnis, wenn der Auftrag wesentlich mit Rücksicht auf dessen Person eingegangen worden ist.

[1] Le contrat d'agence finit par la mort ou l'incapacité de l'agent, ainsi que par la faillite du mandant.

[2] Le contrat finit par la mort du mandant lorsqu'il a été conclu essentiellement en raison de sa personne.

[1] Il contratto d'agenzia cessa con la morte o con la perdita della capacità civile dell'agente, come pure con il fallimento del mandante.
[2] Con la morte del mandante cessa quando il contratto è stato conchiuso essenzialmente in considerazione della sua persona.

[1] The agency relationship ends on the death or incapacity of the agent or the bankruptcy of the principal.
[2] Where in essence the agency relationship was entered into with the principal in person, it ends on his death.

1 Der Agenturvertrag endet ohne weiteres, falls in **der Person des Agenten** einer der folgenden **Beendigungsgründe** eintritt: (i) Tod des Agenten; (ii) Verschollenerklärung; (iii) Eintritt der Handlungsunfähigkeit; (iv) Auflösung der juristischen Person bzw deren Löschung im Handelsregister (FELLMANN, BSK OR 405 N 22, 25). OR 418s I ist *dispositiv* (BÜHLER, ZK OR 418s N 8).

2 Wird über den Agenten der **Konkurs eröffnet,** so beendet dies den Agenturvertrag nicht; der Agenturvertrag kann aber aus wichtigem Grund gemäss OR 418r aufgelöst werden. Die Fortsetzung der Tätigkeit des konkursiten Agenten bedarf der Zustimmung der Konkursverwaltung (SchKG 237 II 2 und 238 I). Die Konkurseröffnung über den Alleinvertreter bewirkt demgegenüber die Beendigung des Alleinvertretungsvertrages (BÜHLER, ZK OR 418s N 9; GAUTSCHI, BK OR 418s N 2a).

3 Die folgenden Gründe, welche in der **Person des Auftraggebers** liegen, bewirken die Beendigung des Agenturvertrages: (i) Konkurseröffnung über den Auftraggeber; (ii) Tod des Auftraggebers, sofern der Auftrag wesentlich mit Rücksicht auf dessen Person eingegangen worden ist (OR 418s II); eine vergleichbare Bestimmung findet sich in OR 338a. Die *Handlungsunfähigkeit* des Auftraggebers ist kein automatischer Beendigungsgrund, jedoch ein wichtiger Grund gemäss OR 418r (BÜHLER, ZK OR 418s N 12).

4 Im Übrigen gelten **OR 405 II** (Weiterführung des Agenturvertrages bei Gefährdung der Interessen des Auftraggebers) und **OR 406** (Verpflichtung des Auftraggebers oder dessen Erbe, falls der Beauftragte Geschäfte ausführt, bevor er vom Erlöschen des Agenturvertrages Kenntnis erhalten hat; BÜHLER, ZK OR 418s N 13; WETTENSCHWILER, BSK OR 418s N 4).

Art. 418t

IV. Ansprüche des Agenten
1. Provision

[1] Für Nachbestellungen eines vom Agenten während des Agenturverhältnisses geworbenen Kunden besteht, falls nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist, ein Anspruch auf Provision nur, wenn die Bestellungen vor Beendigung des Agenturvertrages eingelaufen sind.
[2] Mit der Beendigung des Agenturverhältnisses werden sämtliche Ansprüche des Agenten auf Provision oder Ersatz fällig.
[3] Für Geschäfte, die ganz oder teilweise erst nach Beendigung des Agenturverhältnisses zu erfüllen sind, kann eine spätere Fälligkeit des Provisionsanspruches schriftlich vereinbart werden.

[1] Sauf convention ou usage contraire, l'agent n'a droit à une provision pour les commandes supplémentaires d'un client qu'il a procuré pendant la durée du contrat que si elles sont passées avant la fin du contrat.
[2] Toutes les créances de l'agent à titre de provisions ou de remboursement de débours sont exigibles à la fin du contrat.
[3] L'exigibilité des provisions dues en raison d'affaires exécutées entièrement ou partiellement après la fin du contrat peut être fixée par convention écrite à une date ultérieure.

[1] Salvo patto od uso contrario, l'agente ha diritto ad una provvigione per le ordinazioni suppletive di un cliente procurato durante il periodo di validità del contratto solamente se esse sono state presentate prima della fine del contratto.
[2] Con la cessazione del contratto tutti i crediti dell'agente a titolo di provvigioni o di rimborso di spese diventano esigibili.
[3] La scadenza delle provvigioni dovute a motivo di affari eseguiti, interamente o in parte, dopo lo scioglimento del contratto, può essere fissata mediante convenzione scritta a una data ulteriore.

[1] Unless otherwise provided by agreement or custom, the agent is entitled to commission on orders subsequently placed by a client acquired by him during the agency relationship only if such orders are placed before the end of the commercial agency contract.
[2] On termination of the agency relationship, all the agent's claims for commission or reimbursement of expenses fall due.
[3] A later due date may be agreed in writing for commission on transactions to be performed in full or in part after the agency relationship has ended.

I. Provisionspflicht für Nachbestellungen (OR 418t I)

1 OR 418t I bezieht sich auf die Tätigkeit des **bloss werbenden** (aber nicht vermittelnden oder abschliessenden) Agenten; für den Abschluss- und Vermittlungsagenten kann auf OR 418g verwiesen werden (sa BGE 84 II 542 E 3). Zur Entstehung des Anspruches des Agenten auf Provision ist **erforderlich,** dass (i) der Agent den Kunden geworben hat, (ii) ein Kausalzusammenhang zwischen der werbenden Tätigkeit des Agenten und der Nachbestellung vorhanden ist (BGE 84 II 542 E 5; BÜHLER, ZK OR 418t N 3; GAUTSCHI, BK OR 418t N 1) und (iii) die Bestellung des Kunden vor Beendigung des Agenturverhältnisses «eingelaufen» ist.

2 Als **Werbung** ist die Erweckung eines generellen Interesses des Kunden für Geschäfte mit dem Auftraggeber zu verstehen (WETTENSCHWILER, BSK OR 418g N 3), ohne dass es eines direkten Einflusses des Agenten auf den Vertragsschluss bedarf (BGE 121 III 414 E 1a; JdT 1996 I, 368).

3 Gemäss dem Gesetzeswortlaut muss die **Nachbestellung** beim Auftraggeber vor Ende des Agenturvertrages **«eingelaufen»** sein (OR 418t I); entgegen einer Lehrmeinung (GAUTSCHI, BK OR 418t N 2a) ist nicht der Abschluss des Vertrages zwischen dem Kunden und dem Auftraggeber massgebend, sondern der Eingang der Nachbestellung (BGE 121 III 414 E 1a; JdT 1996 I, 368; BÜHLER, ZK OR 418t N 4). Immerhin entsteht der Provisionsanspruch mit dem Abschluss des Vertrages (wie in OR 418g I vorgesehen; DÜRR, 207).

II. Fälligkeit bei Beendigung des Agenturvertrages (OR 418t II und III)

4 Während der Dauer des Agenturvertrages wird die Provision gemäss OR 418i auf das Ende des Kalenderhalbjahres, indem das Geschäft abgeschlossen wurde, fällig. Die Beendigung des Agenturvertrages führt aber zu einer **Vorverschiebung des Fälligkeitstermins** auf den Zeitpunkt der Beendigung des Agenturvertrages. Der Provisionsanspruch des *Vermittlungsagenten* besteht somit, selbst wenn der Abschluss des Geschäftes nach Beendigung des Agenturvertrages getätigt wurde. Der Provisionsanspruch des *Abschlussagenten* wird mit Beendigung des Agenturverhältnisses fällig, sofern die Geschäfte abgeschlossen sind, selbst wenn sie nicht oder nur unvollständig ausgeführt worden sind (s BGE 121 III 414 E 2c).

5 Ein gestützt auf OR 418h **nachträglich dahinfallender Provisionsanspruch** kann vom Auftraggeber gestützt auf OR 62 (ungerechtfertigte Bereicherung) vom Agenten zurückgefordert werden (GAUTSCHI, BK OR 418u N 3b–c).

6 Nicht nur die Provisionen, sondern auch **weitere Ansprüche** des Agenten werden mit Beendigung des Agenturverhältnisses fällig. Damit sind gemeint (GAUTSCHI, BK OR 418t N 4): (i) Kundschaftsentschädigung (OR 418u); (ii) Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung der Pflichten des Auftraggebers (OR 418f und 418m I); (iii) Schadenersatzanspruch des Agenten gegen den Auftraggeber, der einen wichtigen Grund zur fristlosen Vertragsauflösung gesetzt hat (OR 418r); (iv) Ansprüche des Agenten auf Auslagenersatz (OR 418n); (v) Anspruch des Einfirmenagenten auf Provisionsersatz (OR 418m II).

7 OR 418t III regelt ausdrücklich nur, dass eine **spätere Fälligkeit des Provisionsanspruches** für Geschäfte, die ganz oder teilweise erst nach Beendigung des Agenturverhältnisses zu erfüllen sind, *schriftlich* vereinbart werden kann. Damit sollen Rückforderungen von nachträglich hinfällig gewordenen Provisionsansprüchen vermieden werden (WETTENSCHWILER, BSK OR 418t N 4). Es ist *umstritten,* ob Parteien schriftlich eine generelle Verschiebung der Fälligkeit *sämtlicher Ansprüche* (also nicht nur Provisionsansprüche pendenter Geschäfte) vereinbaren können, was allerdings zu bejahen ist, da kein spezielles Schutzbedürfnis des Agenten besteht (wie hier WETTENSCHWILER, BSK OR 418t N 4; aM BÜHLER, ZK OR 418t N 15).

Art. 418u

2. Entschädigung für die Kundschaft

1 Hat der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert, und erwachsen diesem oder seinem Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile, so haben der Agent oder seine Erben, soweit es nicht unbillig ist, einen unabdingbaren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung.

2 Dieser Anspruch beträgt höchstens einen Nettojahresverdienst aus diesem Vertragsverhältnis, berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre oder, wenn das Verhältnis nicht so lange gedauert hat, nach demjenigen der ganzen Vertragsdauer.

3 Kein Anspruch besteht, wenn das Agenturverhältnis aus einem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat.

1 Lorsque l'agent, par son activité, a augmenté sensiblement le nombre des clients du mandant et que ce dernier ou son ayant cause tire un profit effectif de ses relations d'affaires avec ces clients même après la fin du contrat, l'agent ou ses héritiers ont droit, à moins que ce ne soit inéquitable, à une indemnité convenable, qui ne peut pas leur être supprimée par convention.

2 Cette indemnité ne peut cependant pas dépasser le gain annuel net résultant du contrat et calculé d'après la moyenne des cinq dernières années ou d'après celle de la durée entière du contrat si celui-ci a duré moins longtemps.

3 Aucune indemnité n'est due lorsque le contrat a été résilié pour un motif imputable à l'agent.

1 Se con la sua attività, l'agente ha considerevolmente aumentato il numero dei clienti del mandante e se questi o il suo successore legale trae notevole profitto dalle sue relazioni d'affari con detti clienti anche dopo lo scioglimento del contratto, l'agente o i suoi eredi hanno diritto, per quanto ciò non sia contrario all'equità, ad un'adeguata indennità. Tale diritto non può essere soppresso.

2 Detta indennità non può tuttavia sorpassare il guadagno annuo netto risultante dal contratto e calcolato secondo la media degli ultimi cinque anni o secondo la media della durata contrattuale effettiva se questa è più breve.

3 Nessuna indennità è dovuta se il contratto è stato sciolto per una causa imputabile all'agente.

1 Where the agent's activities have resulted in a substantial expansion of the principal's clientele and considerable benefits accrue even after the end of the agency relationship to the principal or his legal successor from his business relations with clients acquired by the agent, the agent or his heirs have an inalienable claim for adequate compensation, provided this is not inequitable.

2 The amount of such claim must not exceed the agent's net annual earnings from the agency relationship calculated as the average for the last five years or, where shorter, the average over the entire duration of the contract.

3 No claim exists where the agency relationship has been dissolved for a reason attributable to the agent.

I. Vorbemerkungen

1 Nach der Entstehungsgeschichte ist OR 418u eine von Kompromissen geprägte Norm, die den Anspruch auf Kundschaftsentschädigung **wenig präzise** umschreibt, was die Rechtsfindung nicht erleichtert; die fehlende Präzision führt nicht selten zu Prozessen (BÜHLER, ZK OR 418u N 66).

2 Der in OR 418u festgelegte Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung hat eine **grosse praktische Bedeutung;** regelmässig versuchen Agenten, bei Beendigung des Agenturverhältnisses, eine Abgangsentschädigung zu erhalten.

II. Voraussetzungen

3 Die Kundschaftsentschädigung gemäss OR 418u I ist von **vier Voraussetzungen** abhängig: (i) das Agenturverhältnis muss beendigt sein; (ii) der Agent hat durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert; (iii) dem Auftraggeber erwachsen mit der geworbenen Kundschaft auch nach der Auflösung des Vertrages erhebliche Vorteile; (iv) die Zusprechung einer Kundschaftsentschädigung darf nicht unbillig sein. Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, besteht kein Anspruch, wenn das Agenturverhältnis aus einem vom Agenten zu vertretenden Grund aufgelöst worden ist (OR 418u III; s N 12). Zu den einzelnen Voraussetzungen:

4 **(i)** Wurde der Agenturvertrag beendet, so entsteht der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung, es sei denn, der Agent habe die Gründe zu vertreten, welche zur **Beendigung des Vertragsverhältnisses** führten (BGE 103 II 277 E 2).

5 **(ii)** Ein **Kundenkreis** liegt nur dann vor, wenn der Agent einen eigentlichen Kundenstock hinterlässt, auf den der Auftraggeber zugreifen kann, ohne

dass er wesentliche eigene Anstrengungen unternehmen muss; wertmässig besteht beim Auftraggeber ein Goodwill (SJZ 1957, 289).

6 Die Tätigkeit des Agenten muss die Erweiterung des Kundenkreises **kausal bewirkt haben** (BGE 4A.335/2009 E 3.2; 84 II 164 E 4), wobei auch ein Kundenkreis erst geschaffen werden kann (BÜHLER, ZK OR 418 N 25).

7 Der Kundenkreis wurde nur dann wesentlich **erweitert,** wenn eine bedeutende absolute Erhöhung der Kundenanzahl oder des Abnahmepotenzials vorliegt (WETTENSCHWILER, BSK OR 418u N 5).

8 Nur eine **wesentliche** Erweiterung des Kundenkreises genügt für den Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung; zwar wird in der Rechtsprechung (BGE 84 II 164 E 5) und in der Lehre (GAUTSCHI, BK OR 418u N 3b) auf eine jährliche prozentuale Zuwachsrate der Kundenzahl abgestellt; vielmehr dürfte aber der *Umsatz bzw* das *Umsatzpotenzial* massgebend sein (so DÜRR, 213; WETTENSCHWILER, BSK OR 418u N 6).

9 **(iii)** Ein **Vorteil** für den Auftraggeber besteht, wenn eine grosse Wahrscheinlichkeit für den Weiterbestand des Kundenkreises existiert und die Kunden weiterhin beim Auftraggeber bestellen (BGE 103 II 277 E 3a; BÜHLER, ZK OR 418u N 32).

10 Nur bei *Waren des wiederkehrenden Bedarfs* darf davon ausgegangen werden, dass der Auftraggeber die Geschäftsbeziehungen zum Kunden weiterhin nutzen kann (BGE 103 II 277 E 3a; SJZ 1957, 289). Im Gegensatz zum Verkauf von Markenkleidung (BGE 103 II 277 E 3a; 84 II 164 E 4) besteht im Verkauf von Benzin keine Kundentreue (SJZ 1958, 182).

11 **(iv)** Als zusätzliche Anspruchsvoraussetzung gilt die **Billigkeitsklausel:** Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung entsteht nur, soweit er nicht unbillig ist (OR 418u I). Somit kann der Richter weitere Anspruchsvoraussetzungen aufstellen; dies führt dazu, dass im Falle der Unbilligkeit *überhaupt keine Entschädigung zugesprochen* wird (BGE 110 II 476 E 3e). Damit hat sich das Bundesgericht gegen die in der Lehre vorgebrachte Idee ausgesprochen, die Billigkeit nur für das Anspruchsquantitativ anzuwenden (GAUTSCHI, BK OR 418u N 46). Eine Kundschaftsentschädigung ist dann unbillig, wenn der Agent für seine erbrachte Leistung *bereits ausreichend entschädigt* worden ist; es soll verhindert werden, dass eine Kundschaftsentschädigung bezahlt wird, wo sich die Leistungen an den Agenten und die Vorteile des Auftraggebers aus der Erweiterung des Kundenkreises bereits entsprechen (BGE 110 II 476 E 3e; BÜHLER, ZK OR 418u N 44). Dies dürfte bei besonders hohen Provisionssätzen, ausserordentlichen Leistungen des Auftraggebers oder einer langen Dauer des Agenturverhältnisses der Fall sein (BGE 110 II 476 E 3a mwH; WETTENSCHWILER, BSK OR 418u N 10).

12 Wird der Agenturvertrag **aus einem Grund aufgelöst, den der Agent zu vertreten hat,** so besteht kein Anspruch auf Kundschaftsentschädigung (OR 418u III; BGE 103 II 277 E 2). Dabei ist es unwesentlich, ob der Agent oder der Auftraggeber den Vertrag auflöst. Bei Auflösung aus folgenden Gründen besteht kein Anspruch: (i) Der Agent kündet selbst ohne vom Auftraggeber gesetzten begründeten Anlass, es sei denn, die Kündigung erfolgt altershalber; (ii) der Agent hat einen Grund für eine fristlose Vertragsauflösung gesetzt (BGE 110 II 280 E 3a); (iii) der Agent provoziert eine Kündigung des Auftraggebers wegen Konkurs (WETTENSCHWILER, BSK OR 418u N 3). Die Vertragsauflösung infolge Krankheit, Tod oder unverschuldeter Handlungsunfähigkeit führt *nicht* zum Verlust des Anspruches (DÜRR 221; WETTENSCHWILER, BSK OR 418u N 3; aM GAUTSCHI, BK OR 418u N 7b).

III. Höhe der Entschädigung

13 Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung beträgt höchstens einen Nettojahresverdienst; OR 418u II setzt bloss eine **Obergrenze** für den Anspruch des Agenten, gibt jedoch keine Kriterien für die Bemessung, ausser dass der Anspruch angemessen sein muss (OR 418u I aE).

14 Der **Nettojahresverdienst** (OR 418u III) berechnet sich aus dem durchschnittlichen Jahreseinkommen während der letzten fünf Jahre bzw nach dem Jahresdurchschnitt bei kürzerer Vertragsdauer. Der Nettojahresverdienst berechnet sich wie folgt: (i) Fixum, Provision für Direktgeschäfte, Geld für andere Tätigkeiten, die mit der Ausübung der Agentur zusammenhängen (jedoch ohne Delkredere; BÜHLER, ZK OR 418u N 55), minus (ii) alle für die Agententätigkeit aufgewendeten Kosten wie Reisekosten, Mietzinsen, Kosten für Hilfspersonen, Büro usw (s BGE 84 II 164 E 5). Ist der Nettojahresverdienst gleich Null, so besteht kein Anspruch auf eine Entschädigung, auch wenn die übrigen Voraussetzungen zur Ausrichtung erfüllt sind (BGE 84 II 164 E 5).

15 Die dem Agenten zugesprochene Entschädigung muss **angemessen** sein und in einem vernünftigen Verhältnis zum Jahresverdienst stehen (s BGE 84 II 529 E 2). Der Richter darf dabei sämtliche Umstände berücksichtigen, die nach seiner Auffassung zu einer gerechten Höhe der Entschädigung führen (BGE 84 II 529 E 2). Hierzu gehören etwa (s WETTENSCHWILER, BSK OR 418u N 13): (i) Parallele Werbetätigkeit des Auftraggebers; (ii) günstige Wirtschaftslage; (iii) nicht überdurchschnittlicher Akquisitionserfolg des Agenten; (iv) zu erwartende Auswirkung einer konkurrenzierenden Tätigkeit des Agenten; (v) dem Agenten während der Agentur bereits gewährte Leistungen (sa OR 418u N 11); (vi) Dauer des Agenturverhältnisses; (vii) Anspruch des Agenten auf Entschädigung aus Konkurrenzverbot (OR 418d).

IV. Beweislast

16 Gemäss ZGB 8 muss der Agent die wesentliche Erweiterung des Kundenkreises und den Vorteil des Auftraggebers beweisen. Die Anforderungen an den Nachweis eines bleibenden Nutzens dürfen nicht überspannt werden (BGE 103 II 277 E 4b; 84 II 529 E 8). Die Beweislast für die Unbilligkeit des Anspruches obliegt dem Auftraggeber.

V. Verzicht auf Kundschaftsentschädigung

17 Ein Verzicht auf Kundschaftsentschädigung ist dem Agenten **während** der Dauer des Agenturverhältnisses (auch schriftlich) nicht möglich (OR 418u I). Demgegenüber können die Parteien im Voraus Kriterien für die Bemessung einer Kundschaftsentschädigung vereinbaren (BÜHLER, ZK OR 418u N 50). Wenn das Agenturverhältnis **beendet** ist, kann der Agent auf die Vergütung für die Erweiterung des Kundenkreises verzichten (BGE 85 II 118, 119). Die Unabdingbarkeit des Anspruchs gilt nur für die Hauptagentur; der Nebenagent kann im Voraus schriftlich auf die Kundschaftsentschädigung verzichten (OR 418a II).

VI. Alleinvertriebsvertrag

18 Der Alleinvertreter hatte nach bisheriger Rechtsprechung keinen Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung gemäss OR 418u (BGE 88 II 169 E 7; Rep 1978, 327 f; SJ 1970, 40 f; 78 II 36, 37; SJZ 1958, 187). Das Bundesgericht entschied in Änderung seiner Praxis, dass dem Alleinvertreter ein zwingender Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei Beendigung des Alleinvertriebsvertrags zusteht (BGE 134 III 497 E 4.2, analoge Anwendung des Agenturvertragsrechts), falls sich die Stellung des Alleinvertreters derjenigen eines Agenten annähert (Integration in Absatzorganisation; Mindestabnahmepflichten; Mindestlager; Einsicht in Geschäftsbücher mit Kundennamen). Wie beim Agenturvertrag können die Kriterien für die Bemessung der Entschädigung im Voraus vereinbart werden. Im Übrigen ist auch der Anspruch des Alleinvertreters von der Erfüllung der vier Voraussetzungen (s OR 418u N 3) abhängig (s GOBAT).

Art. 418v

V. Rückgabepflichten

Jede Vertragspartei hat auf den Zeitpunkt der Beendigung des Agenturverhältnisses der andern alles herauszugeben, was sie von ihr für die Dauer des Vertrages oder von Dritten für ihre Rechnung erhalten hat. Vorbehalten bleiben die Retentionsrechte der Vertragsparteien.

Chaque partie est tenue de restituer à la fin du contrat tout ce qui lui a été remis pour la durée du contrat soit par l'autre partie, soit par des tiers pour le compte de cette dernière. Sont réservés les droits de rétention des parties.

Allo spirare del contratto le parti devono restituirsi tutti gli oggetti che nel periodo di validità del contratto esse si sono affidati o che una di esse potrebbe aver ricevuto da terzi per conto dell'altra. Sono riservati i diritti di ritenzione delle parti.

By the time the agency relationship ends, each contracting party must return to the other everything received from him or from third parties for his account during the relationship. The contracting parties' rights of lien are unaffected.

1 Den Agenten trifft eine **Herausgabepflicht** hinsichtlich derjenigen Gegenstände, die er vom Auftraggeber oder von Dritten für den Auftraggeber erhalten hat, so etwa: (i) Werbematerial des Auftraggebers; (ii) Serviceunterlagen; (iii) Waren- und Vertragsmuster; (iv) Lagerbestände; (v) Fahrzeuge (WETTENSCHWILER, BSK OR 418v N 1). Demnach besteht **keine Rückgabepflicht** hinsichtlich der vom Agenten selbst erstellten Geschäftsunterlagen, einschliesslich seiner eigenen Kundenverzeichnisse (SJZ 1958, 156 f).

2 Die **Kundenkorrespondenz** des Agenten gehört zu seinen Geschäftsunterlagen und ist nicht herauszugeben (GAUTSCHI, BK OR 418v N 1b; für eine Herausgabepflicht gemäss Vertrag oder Handelsgebrauch: BÜHLER, ZK OR 418v N 6; WETTENSCHWILER, BSK OR 418v N 3).

3 Der Agent kann hinsichtlich der herauszugebenden Gegenstände sein **Retentionsrecht** (OR 418o) geltend machen, soweit an ihnen überhaupt ein Retentionsrecht begründet werden kann; an treuhänderisch übertragenen Schutzrechten kann kein Retentionsrecht ausgeübt werden (GAUTSCHI, BK OR 418v N 1c).

4 Der **Auftraggeber** hat dem Agenten die Geschäftsunterlagen des Agenten herauszugeben und die Provisionen auszuzahlen, wobei die Rückgabepflicht und die Auszahlung nicht von der Erfüllung der Rückgabepflicht des Agenten abhängig gemacht werden können (LGVE 1982 I, 21 f).

5 Die Ansprüche des Agenten und des Auftraggebers auf Rückgabe entstehen und werden **fällig** im Zeitpunkt der Wirksamkeit des Beendigungsgrundes (GAUTSCHI, BK OR 418v N 3).

Art. 419

Vierzehnter Titel: Die Geschäftsführung ohne Auftrag
A. Stellung des Geschäftsführers
I. Art der Ausführung

Wer für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht.

Celui qui, sans mandat, gère l'affaire d'autrui, est tenu de la gérer conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître.

Chi, senza averne mandato, assume l'affare d'un altro, è tenuto a gerirlo in modo corrispondente all'interesse e all'intenzione presumibile del medesimo.