

§ 13 SONDERTYPEN DES AUFTRAGS

Die hier behandelten vier Vertragstypen werden als "Sondertypen des Auftrags" bezeichnet und unter diesem Gesichtspunkt zusammengefasst, weil der Gesetzgeber sie entweder seinerseits im 13. Titel (Auftrag) eingeordnet hat (so Mäklervertrag und Agenturvertrag, unten Zif. I und II) oder durch Sonderverweisung den Vertrag dem Auftragsrecht unterstellt (so Kommission und Frachtvertrag, unten Zif. III und IV). Trotz dieser Einordnung soll nicht verkannt werden, dass alle vier Vertragstypen mit dem Auftrag römischrechtlicher Ueberlieferung nichts zu tun haben und dass (hier mit Ausnahme der Kommission) die Unterstellung unter Auftragsrecht im einzelnen etwas fragwürdig ist.

I. Mäklervertrag (OR 412-418)

Literatur:

B. v.Büren, OR II, p. 203-220; K. Dürr, Mäklervertrag und Agenturvertrag, Kommentar der Art. 412-418 v OR, Freiburg/Bern 1959; G. Gautschi, OR 412-418; G./M./K., p. 475-479; J. Hofstetter, in SPR VII/2 (1979), p. 123-134; H. Oser/W. Schönenberger, OR 412-418; W. Schweiger, Der Mäklerlohn, Zürich 1986; P. Schwerdtner, Maklerrecht, 2. Aufl., München 1979.
BGB §§ 652-656; HGB §§ 93-104

1. Allgemeines

a) Begriff und Gegenstand (OR 412)

Durch den Mäklervertrag sichert der Auftraggeber dem Mäkler eine Belohnung für dessen Tätigwerden zu, für den Fall, dass dieses zum Abschluss des vom Auftraggeber angestrebten Geschäfts führt oder beiträgt. Begriffsmerkmale des Mäklervertrages sind die Entgeltlichkeit (OR 412/I) und Erfolgsbedingtheit (OR 413, unten Zif. 3).

Die Tätigkeit des Mäklers kann im Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages (Nachweismäkelei), in der Zuführung von Interessenten (Zuführungsmäkelei, vor allem in Deutschland von der Praxis geschaffen) oder in der Vermittlung des Abschlusses eines Vertrages (Vermittlungsmäkelei) bestehen. Die mäklervertragsrechtliche Beauftragung des Mäklers ist nie auf den Abschluss des angestrebten Geschäfts (Rechtshandlung), sondern bloss auf eine den Abschluss fördernde Tathandlung (je nach Abrede Nachweisen, Zuführen oder Vermitteln) gerichtet (BGE 40 II 524); falls der Mäkler stellvertretend Geschäft abschliessen soll, sind zusätzlich zum Mäklervertrag ein besonderer Auftrag sowie entsprechende Vollmacht notwendig (BGE 83 II 153).

Anders als beim Auftrag und entgegen dem durch OR 412/I geschaffenen Anschein übernimmt der Mäkler keine Pflicht des Tätigwerdens; man geht davon aus, dass die Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohnes genügenden Anreiz zum Tätigwerden Schaffe. Die genannte Konzeption ist dispositiv, dh. die Parteien können dem Mäkler die Pflicht überbinden, in einem vertraglich bestimmten Umfang tätig zu werden. Die Praxis hat insbesondere eine derartige vertragliche Pflicht angenommen, wenn die Parteien eine Ausschliesslichkeitsabrede getroffen haben, welche dem Auftraggeber die Beauftragung weiterer Mäkler untersagt (BGE 103 II 133 E. 3; zur Gültigkeit von Ausschliesslichkeitsklauseln BGE 100 II 363).

b) Historischer Hinweis: Fragwürdigkeit der Qualifizierung als Auftrag

Im aOR war der Mäklervertrag noch nicht geregelt; die Revision von 1911 hat OR 412-418 eingefügt, dies unter dem Einfluss des BGB §§ 652-656). Im Gegensatz zu diesem wird der Mäklervertrag als Sonder-Auftragsverhältnis qualifiziert und dem Auftragsrecht unterstellt (OR 412/II). Anlass dazu war wohl hauptsächlich das Bestreben für den neuen Vertragstypus keinen eigenen Titel eröffnen zu müssen. Die Unterstellung unter Auftragsrecht ist sachlich fragwürdig (Mäkler hat insbes. nicht die eigentliche Treuepflicht des Mandatars; keine Pflicht zum Tätigwerden (oben lit. a), Anwendung von OR 404 fehl am Platz). Auch im römischen Recht, das Vorbild des modernen Mandatsrechts darstellt, wurde der Mäkler (proxeneta Mäkler, proxeneticum Mäklerlohn; Dig. 50, 14) als selbständige Erscheinung aufgefasst.

2. Entstehung und Beendigung

a) Entstehung

Der Mäklervertrag kann formfrei (allenfalls sogar durch konkludentes Verhalten) geschlossen werden. Zustandekommen durch konkludentes Verhalten kann angenommen werden, wenn jemand sich die Tätigkeit eines (insbesondere gewerbsmässig handelnden) Mäklers gefallen lässt und nach den Umständen das Tätigwerden nicht als unentgeltliche Gefälligkeit verstanden werden durfte. Fehlen eines Widerspruchs von seiten des "Auftraggebers" kann als Wille zum Abschluss eines Mäklervertrages interpretiert werden, und zwar selbst dann, wenn ein dem Mäkler zuvor erteilter Auftrag erloschen ist oder seine Dienste vorerst abgelehnt worden sind (BGE 72 II 87 E. 1b; 57 II 191 f; ZR 78/66). Entgegen BGE 90 II 103 E. b darf die Regelung, ob Nachweis - oder Vermittlungsmäkelei (dazu unten Zif. 3/b) Vertragsinhalt sei, nicht als essentielle betrachtet werden. - Der aufgrund blossen Nachweises Provision fordernde Mäkler muss indessen grundsätzlich Vereinbarung von Nachweismäkelei beweisen (vgl. OR/AT § 10 Anm. 34).

b) Beendigung

Der Mäklervertrag ist (als Auftrag gem. OR 404) jederzeit fristlos kündbar (OR 404/I i.V.m. OR 412/II; vgl. oben § 12/V/1). Erschwerung der Kündbarkeit durch Konventionalstrafe ist an sich unzulässig; Konventionalstrafe kann aber zulässig sein als angemessene Pauschalierung des durch eine Vertragsverletzung oder durch Unzeitigkeit des Widerrufs entstandenen Schadens (BGE 103 II 130 E. 1).

3. Erfolgsbedingtheit der Ansprüche des Mäklers (OR 413)

a) Mäklerlohn (Provision)

Der Mäklerlohn ist erst verdient, wenn der angestrebte Vertrag geschlossen worden ist (definitiv und formgerecht; blosser Erwartung genügt nicht, BGE 113 II 50). Umgekehrt ist Erfüllung des Vertrages nicht gefordert (BGE 106 II 224). Der Auftraggeber ist nicht zum Vertragsabschluss verpflichtet; bei Ablehnung einer vom Mäkler nachgewiesenen Gelegenheit kein Provisionsanspruch (Ersatzpflicht nach den Regeln der culpa in contrahendo [vgl. OR/AT § 171 auf negatives Interesse käme in betracht, wenn der Auftraggeber bei Beauftragung des Mäklers bereits entschlossen war, nicht zu kontrahieren). Enthält der Vertrag eine aufschiebende Bedingung, ist die Provision erst bei Eintritt dieser Bedingung verdient (OR 413/II). - Wenn die Erfüllung des Vertrages scheitert oder die

Parteien ihn aufheben, beeinträchtigt das den Provisionsanspruch nicht (BGE 71 II 268 E. 2); dieser fällt aber dahin bei Ungültigkeit des Vertrages infolge Willensmängelanfechtung o.dgl. (Verstoss gegen "lex Furgler bzw. Friedrich").

Das Zustandekommen des Vertrages muss auf eine Tätigkeit des Mäklers zurückgeführt werden können, dh. zwischen der Mäklertätigkeit und dem Vertragsschluss muss ein Kausalzusammenhang bestehen ("infolge" in OR 413/I; BGE 84 II 524, 76 II 381, 72 II 421). Dieses Erfordernis fehlt insbesondere, wenn das Vertragsinteresse des zugeführten Partners dem Auftraggeber bereits bekannt war. Der Vertragsabschluss muss aber nicht unmittelbare Folge der Mäklertätigkeit sein; es genügt, wenn zwischen den Bemühungen des Mäklers und dem Entschluss des Dritten ein sog. "psychologischer Zusammenhang" besteht (vgl. BGE 84 II 548 E. 5 und dort zit. Entscheide). Vertraglich kann auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs verzichtet werden (BGE 97 II 357).

Wenn der Mäkler bei vom Auftraggeber zum voraus bestimmtem Preis selber in den Vertrag eintritt, ist der Mäklerlohn verdient (offen gelassen in BGE 83 II 149). Anders, wenn der Preis zum voraus nicht bestimmt worden ist; es muss diesfalls der Mäkler, will er den Lohn verdienen, dem Auftraggeber vor Abschluss des Kaufvertrages mitteilen, dass er den Mäklerlohn trotz Selbsteintritts beansprucht.

Der Mäklerlohn ist nur für das angestrebte Geschäft geschuldet, nicht für weitere Geschäfte zwischen Auftraggeber und Drittem (BGE 75 II 54).

b) Gegensatz von Nachweis- und Vermittlungsmäkelei

Im Uebrigen hängt der Umfang der vom Mäkler zu erbringenden Leistungen davon ab, ob sog. Nachweismäkelei oder Vermittlungsmäkelei verabredet worden ist (vgl. OR 413/I). Während bei der ersteren die Provision bereits verdient ist, wenn der Mäkler dem Auftraggeber den Namen des nachmaligen Gegenkontrahenten genannt hat, setzt die Vermittlungsmäkelei voraus, dass der Mäkler den Abschluss des Vertrages aktiv gefördert habe. Eine Zwischenstufe würde die sog. Zuführungsmäkelei einnehmen, bei der der Mäkler dem Auftraggeber seinen Partner nicht bloss genannt, sondern "zugeführt" haben muss.

Beweisfrage: Nach allgemeinen Grundsätzen (ZGB 8; vgl. oben Zif. 2/a) müsste der Mäkler, der Nachweismäkelei behauptet, dh. durch blossen Nachweis den Provisionsanspruch verdient haben will, einen entsprechenden Vertragsinhalt nachweisen. Indessen lehrt die Erfahrung, dass angesichts der Schwierigkeit des Nachweises wirksamer Vermittlertätigkeit i.S. der Vermittlungsmäkelei berufsmässige Mäkler oft nur als Nachweismäkler tätig sein sollen, so dass aus dieser Erfahrung meist eine entsprechende Vermutung (und damit eine Beweislastumkehr) besteht (in BGE 90 II 100 E. 4 offengelassen, ob eine die Beweislast umkehrende Übung besteht).

c) Auslagenersatz

Dem Mäkler entstandene Aufwendungen sind nur zu ersetzen, wenn dies vereinbart ist; ist aber Aufwendungsersatz vertraglich zugesichert, kann der Mäkler Ersatz seiner Barauslagen (Reisekosten, Insertionsspesen etc.) auch dann verlangen, wenn das angestrebte Geschäft nicht zustande kommt (OR 413/III; vgl. auch BGB 652).

- d) Verhältnis der Erfolgsbedingtheit zur jederzeitigen fristlosen Kündigung des Maklervertrages
Ein nach Kündigung des Maklervertrages getätigter Geschäftsabschluss lässt den Lohnanspruch dann entstehen, wenn er auf vom Makler während der Dauer des Maklervertrages entfaltete Bemühungen zurückzuführen ist (BGE 98 II 357, 76 II 386, 57 II 192).

4. Höhe des Maklerlohnes

a) Vertragliche Vereinbarung

Höhe des Maklerlohns bestimmt sich primär nach Massgabe der vertraglichen Vereinbarungen.

Richterliche Herabsetzung eines unverhältnismässig hohen Maklerlohnes ist möglich, wenn es sich beim abgeschlossenen Geschäft um einen Einzelarbeitsvertrag oder einen Grundstückskauf handelt (OR 417. Der Vermittlung von Grundstückskäufen ist auch solche von Baurechtsverträgen gleichzustellen; so BGE 106 II 56). Praktisch kommt diese Bestimmung nur bei Nachweis/Vermittlung eines Kaufs bzw. Verkaufs nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke zur Anwendung, da für gewerbsmässige Arbeitsvermittlung und Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke bundes- und kantonrechtliche Sondervorschriften bestehen (für gewerbsmässige private Arbeitsvermittlung vgl. BG vom 22. Juni 1951 über die Arbeitsvermittlung, SR 823.11; für Vermittlung landwirtschaftlicher Grundstücke vgl. Art. 22 des BG vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, SR 211.412.11). Die Kantone können im übrigen die Vertragsfreiheit bezüglich der Festsetzung des Maklerlohnes durch eine öffentlichrechtliche Tarifordnung beschränken, soweit sich dies durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse rechtfertigen lässt (BGE 110 Ia 113 E. c; in casu gewerbsmässige Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen).

Nach BGE 88 II 512 E. 3b ist die Herabsetzung nach Zahlung des Maklerlohnes grundsätzlich zulässig; anders, wenn Auftraggeber den übersetzten Maklerlohn in Kenntnis von OR 417 vorbehaltlos bezahlt hat (a.M. von Büren, p. 215, der eine Herabsetzung nach Bezahlung für unzulässig hält). Bei erlaubter Doppelmäkelei beurteilt sich die Verhältnismässigkeit nach der Summe beider Provisionen (BGE 111 II 370 E. 3 b).

b) Bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung

Haben die Parteien keine Maklerlohnvereinbarung getroffen, gelten die bestehenden (lokalen) Tarife, und wo solche fehlen, ist der übliche Lohn zu bezahlen (OR 414).

c) Bei Zusammenwirken mehrerer Makler

Ist das Zustandekommen des angestrebten Geschäfts auf das Zusammenwirken mehrerer unabhängig voneinander beauftragter Makler zurückzuführen, so soll nach BGE 72 II 421 jeder von ihnen nur einen nach Massgabe seines Anteils am Erfolg zu bestimmenden Teilbetrag fordern können (gl. M. G./M./K., p. 477; kritisch v.Büren, p. 217; Hofstetter, p. 130; Gautschi, Art. 412 N. 15. Die Vorstellung des "Zusammenwirkens" ist in der Tat fragwürdig; "geteilte Kausalität" kann es genau besehen nicht geben).

5. Verwirkung des Lohnanspruchs durch Verletzung der Treuepflicht gem. OR 415

Ist der Makler vertragswidrig für die Gegenpartei tätig geworden oder hat er sich treuwidrigerweise von der Gegenpartei Lohn versprechen lassen, so verliert er seinen Anspruch auf Maklerlohn und (sofern vertraglich zugesichert) Ersatz der Aufwendungen. Grundsätzlich besteht aber kein Verbot, für beide Parteien tätig zu sein und sich dafür von beiden Lohn versprechen zu lassen (BGE 111 II 368 E. 1; 35 II 63); unzulässig ist Doppeltätigkeit aber bei Interessenkollision, die insbes. bei Vermittlungsmäkerei kaum vermieden werden kann (vgl. BGE 110 II 277 E. 2a, wo der Makler nicht nur eine Gelegenheit zum Verkauf nachzuweisen, sondern auch bei den Vertragshandlungen mitzuwirken hatte).

6. Sonderfall Heiratsmäkerei

Nach OR 416 entsteht aus der Heiratsvermittlung kein klagbarer Anspruch auf Maklerlohn; gleiches soll nach der Praxis für den Auslagenersatz gelten (vgl. SJZ 67 p. 256). Es entsteht aber eine sog. Naturalobligation, dh. wird bezahlt (z.B. als Vorschuss!), so ist eine gültige Schuld getilgt worden; kein Rückforderungsanspruch.

II. Agenturvertrag (OR 418a-v)

Literatur:

B. v. Büren, OR II, p. 220-224; K. Dürr, Maklervertrag und Agenturvertrag, Kommentar der Art. 412-418 v OR, Freiburg/Bern 1959; G. Gautschi, OR 418a-v; G./M./K., p. 479-484; Handelskammer Deutschland-Schweiz, Agenturvertrag (Handelsvertretervertrag) zwischen deutschen Lieferanten und ihren Agenten in der Schweiz, Zürich 1981; J. Hofstetter, in SPR VII/2 (1979), p. 136-147.
HGB 5§ 84-92

1. Allgemeines

Gesetzliche Grundlage = BG über den Agenturvertrag vom 4. Februar 1949, eingefügt als OR 418a-v. Auch dieser Typus fällt unter den Oberbegriff Auftrag (Einordnung im 13. Titel). Subsidiär sind für den Vermittlungsagenten die Vorschriften über den Maklervertrag und für den Abschlussagenten diejenigen über die Kommission anwendbar (OR 418b/I). Vgl. auch deutsches HGB §§ 84-92 ("Handelsvertreter").

2. Begriff

Im Rahmen des Agenturvertrages hat der Agent für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln ("Vermittlungsagent") oder in ihrem Namen und auf ihre Rechnung abzuschliessen ("Abschlussagent"). Kein Arbeitsverhältnis (OR 418a/I), jedoch Elemente der Verpflichtung zum Tätigwerden und der Dauer (nicht die sonstige auftragsrechtliche freie Kündigung).

Für die Vertretungsbefugnis des Versicherungsagenten verweist OR 418e/III auf Art. 34 und 44/III des BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1).

3. Abgrenzungen

a) Gegenüber Maklervertrag (oben Zif. I)

Makler

Beizug nur für ein im voraus bestimmtes Geschäft;

keine Pflicht, für den Auftraggeber tätig zu werden;

nicht Abschluss des vermittelten Vertrages (keine Stellvertretung);

jederzeitige fristlose Kündigung;

Agent

Dauerndes Tätigwerden für den Auftraggeber in beliebigen Geschäften in bestimmtem Sachbereich;

Pflicht, tätig zu sein;

im Falle des Abschlussagenten Schliessen der Verträge im Namen des Auftraggebers in direkter Stellvertretung; keine jederzeitige fristlose Kündigung

b) Gegenüber Kommissionsvertrag (unten Zif. III)

Kommissionär

Beizug nur für im voraus bestimmte Geschäfte;

Abschluss der Verträge (Kauf/Verkauf von beweglichen Sachen und Wertpapieren) im eigenen Namen (wenn auch für Rechnung des Kommittenten); jederzeitige fristlose Kündigung.

Agent

vgl. oben lit. a

c) Gegenüber dem Handelsreisenden

Vgl. BGE 99 II 313; 103 II 279 E. 1.

Handelsreisender

Steht in Rahmen eines Arbeitsvertrages in einem rechtlichen Unterordnungsverhältnis zum Arbeitgeber (Eingliederung in Betrieb, Bindung an Instruktionen und Weisungen usw.).

Agent

Ist selbständiger Gewerbetreibender, dh. organisiert sich selber, entscheidet frei über seine Zeit, stellt selbständig Personal ein;

untersteht keinen nachträglichen Weisungen des Auftraggebers;

ist als Kaufmann ins HReg einzutragen (vgl. VO über das HReg 53A Zif. 3).

d) Gegenüber Alleinverkaufsvertrag (Alleinvertretungsvertrag)

Vgl. BGE 107 II 223 E. a; 100 II 451; 88 II 170; 78 II 80 E. 4.

Der Alleinvertretungsvertrag ist ein Vertrag sui generis, der neben den kaufvertragsrechtlichen Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers eine Ausschliesslichkeitsklausel (Verkäufer verpflichtet sich, in einem bestimmten Gebiet nicht selber zu verkaufen oder durch Dritte verkaufen zu lassen) und eine Absatzförderungspflicht des Käufers enthält (meist zusätzl. Mindestumsatzklausel). Der Alleinvertreter ist also ein Käufer, der die vom AVV-Partner gekaufte Ware im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an Dritte in seinem Einzugsgebiet weiterverkauft.

Zur Literatur vgl. die Angaben oben § 2/V

4. Entstehung und Beendigung

a) Entstehung

Der Agenturvertrag kann formfrei geschlossen werden; praktisch fast immer Schriftform. Diese ist auch Gültigkeitsvoraussetzung für Vereinbarungen, die von bestimmten zum Schutze des Agenten aufgestellten dispositiven Normen abweichen (z.B. OR 418 c/II/III, 418f/III).

b) Beendigung

Keine jederzeitige fristlose Kündbarkeit wie bei Auftrag, sondern Auflösung durch:

aa) Zeitablauf (OR 418p/I)

Möglichkeit stillschweigender Verlängerung um die bisherige Vertragsdauer, jedoch höchstens für ein Jahr (OR 418p/II).

bb) Kündigung (OR 418q)

Auf unbestimmte Zeit geschlossene Verträge können während dem ersten Jahr von beiden Parteien auf Ende des der Kündigung folgenden Kalendermonats gekündigt werden; später ist eine Kündigungsfrist von zwei Monaten auf Ende eines Kalendervierteljahres einzuhalten.

cc) Sofortige Auflösung aus wichtigen Gründen (OR 418r)

Grundsatz, der bei allen Dauerschuldverhältnissen (Arbeitsvertrag, Miete, Pacht) gilt. Nach BGE 89 II 33 E. 2-5 ist die Lösungsmöglichkeit aus wichtigen Gründen zwingender Natur (und sie gilt auch für den Alleinverkaufsvertrag, vgl. BGE 78 II 33).

Wer aber trotz Vorliegens wichtiger, zur sofortigen Vertragsauflösung berechtigender Gründe mit der Gegenpartei weiter zusammenarbeitet, kann sich nicht nachträglich auf diese Auflösungsgründe berufen (BGE 99 II 309 E. 5).

dd) Weitere Beendigungsgründe (OR 418s)

Handlungsunfähigkeit und Tod des Agenten, Konkurs und - unter bestimmten Voraussetzungen - Tod des Auftraggebers.

5. Geltungsbereich der gesetzlichen Vorschriften

a) Sondervorschrift von OR 418a/II für nebenberufliche Agenten

Bei bloss nebenberuflicher Agentur können die Parteien im Gegensatz zum Normalfall auch zwingende Gesetzesvorschriften abändern; dies setzt schriftliche Vereinbarung voraus. Ausgenommen ist die Wegbedingung zuungunsten des Agenten der Vorschriften über das Delcredere (OR 418c/III), das Konkurrenzverbot (OR 418d/II) und die Auflösung des Vertrages aus wichtigen Gründen (OR 418r).

b) Anwendbares Recht bei internationalen Agenturverträgen (OR 418b/II)

Internationale Agenturverträge sind dem schweizerischen Recht unterstellt, wenn sich das Tätigkeitsgebiet des Agenten in der Schweiz befindet. Diese kollisionsrechtliche Bestimmung ist zwingender Natur (wirkt aber nur bei Gerichtsstand in der Schweiz). Befindet sich das Tätigkeitsgebiet des Agenten im Ausland, so gilt nach BGE 76 II 48 grundsätzlich ausländisches Recht (in casu weicht das BGer von diesem Grundsatz ab; für den Alleinverkaufsvertrag vgl. BGE 78 II 80 E. 4, 100 II 37 E. 2-4: steht das Kaufselement im Vordergrund, gilt das Recht des Landes, in welchem der Verkäufer wohnt, da dieser die charakteristische Vertragsleistung erbringt; ist das Alleinvertretungsrecht überwiegendes Merkmal des Vertrages, gilt das Recht des Landes, in dem der Vertreter seine Tätigkeit ausübt).

6. Rechtsstellung des Agenten im allgemeinen

a) Sorgfaltspflicht

Nach OR 418c/I hat der Agent die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt "eines ordentlichen Kaufmannes" zu wahren. Damit soll wohl nicht die auftragsrechtliche Haftung für omnis culpa (§ 12/VI/6/a) abgeschwächt, sondern vielmehr objektiviert werden, indem der Agent nicht bloss die Diligenz, sondern wohl auch die Fähigkeiten eines ordentlichen Kaufmannes zu prästieren hat.

b) Treuepflicht

OR 418c/II: Dem Agenten ist nur im Falle schriftlicher Vereinbarung untersagt, für andere Auftraggeber tätig zu werden.

OR 418d/I: Geheimhaltungspflicht, die auch über die Auflösung des Vertragsverhältnisses hinaus gilt.

OR 418d/II: Parteien können ein Konkurrenzverbot vereinbaren, auf das die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag entsprechend anwendbar sind (vgl. unten Zif. 7/g).

c) "Delcredere-Stehen" des Agenten (OR 418c/III)

Die Pflicht zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Kunden gehört zur Sorgfaltspflicht; bei Verletzung Schadenersatzpflicht des Agenten. Davon zu unterscheiden ist eine eigentliche Garantie für Vertragserfüllung durch bestimmte Kunden bzw. für die Einbringlichkeit von Forderungen: sog. Delcredere-Garantie. Diese kann nur schriftlich übernommen werden und löst von Gesetzes wegen einen besonderen Entschädigungsanspruch zum Ausgleich der Uebernahme dieses Risikos aus.

d) Vertretungsbefugnis des Agenten (OR 418e)

Der Agent ist im Zweifel nicht zum Vertragsabschluss bevollmächtigter Abschlussagent, sondern nur Vermittlungsagent, der lediglich zur Vermittlung von Geschäften, Entgegennahme von Willenserklärungen (wie Mängelrügen) der Kunden (sog. "passive Vertretung") und Geltendmachung des Rechts des Auftraggebers auf Sicherung von Beweisen als ermächtigt gilt.

Das Verbot, Vertragsänderungen mit den Kunden zu vereinbaren und die Vermutung gegen eine Vollmacht zu Inkasso und Stundung gelten nicht nur für den Vermittlungs-, sondern auch den Abschlussagenten (vgl. Gautschi, Art. 418c N. 5a und 6b).

7. Finanzielle Ansprüche des Agenten

a) Provisionsanspruch (OR 418g, 418h)

aa) Entstehung und Fälligkeit

Die Provision ist geschuldet, wenn der angestrebte Vertrag vom Agenten selbst oder aufgrund seiner Vermittlung vom Auftraggeber abgeschlossen ist (OR 418g/III; vgl. auch BGE 90 III 115 E. 2); fällig wird sie auf Ende des Kalenderhalbjahres, in welches der betreffende Geschäftsabschluss fällt (418i). Mit Beendigung des Agenturverhältnisses werden - abweichende schriftliche Vereinbarungen vorbehalten - sämtliche Provisionsansprüche fällig (418t/II, III). Zur Rechnungslegungspflicht des Auftraggebers vgl. OR 418k.

bb) Ergänzungstatbestände

Die Provisionsansprüche aus selber vermittelten/abgeschlossenen Geschäften werden ergänzt durch verschiedene Zusatzstatbestände:

- Nachbestellung von durch den Agenten geworbenen Kunden (OR 418g/I zweite Hälfte), indessen für Nachbestellungen nach Auflösung des Agenturverhältnisses keine Provisionspflicht, wenn nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist (OR 418t/I).
- Geschäfte, die in einem dem Agenten exklusiv zugewiesenen Gebiet getätigt werden (OR 418g/II).

Vgl. auch BGE 84 II 545 ff.

cc) Dahinfallen des Provisionsanspruchs (OR 418h)

Der Provisionsanspruch fällt nachträglich in dem Umfang dahin, als bei der Erfüllung eines rechtsgültig abgeschlossenen Geschäfts Leistungsstörungen auftreten, die der Auftraggeber nicht zu vertreten hat; in Fällen, wo der Auftraggeber erfüllt hat, die Gegenleistung jedoch ganz oder zu einem erheblichen Teil unterbleibt, fällt er ganz dahin (Gegensatz zum Mäklervertrag, oben Zif. I/3/a). - Ausserdem sind (gem. OR 418b/I) OR 415 und OR 433 anwendbar (vgl. auch die entsprechende Bestimmung in OR 322b/III).

b) Verdienstausfall-Entscheidung (OR 418m/II)

Ein derartiger Anspruch infolge Krankheit, Militärdienst etc. steht nur dem "Einfirmenagenten" zu, der für einen einzigen Auftraggeber arbeitet, sofern die Agentur mehr als ein Jahr gedauert hat.

c) Kosten und Auslagenersatz (OR 418n)

Allgemeine Geschäftskosten trägt der Agent grundsätzlich selber (BGE 104 II 114 E. b); auf Weisungen des Auftraggebers hin oder aus G.o.A. entstehende Kosten hat der Auftraggeber dem Agenten unabhängig vom Zustandekommen des Geschäfts zu ersetzen.

d) Delcredere-Provision (OR 418c/III) vgl. oben Zif. 6/c

e) Inkasso-Provision (OR 418l/I)

f) Schadenersatz im Falle des Verzugs des Auftraggebers (OR 418m/I)

Nach BGE 95 II 147 E. 2 kann in der stillschweigenden Genehmigung von Provisionsabrechnungen des Auftraggebers durch den Agenten ein Verzicht auf den Entschädigungsanspruch für entgangene Provision gesehen werden.

g) Konkurrenzverbots-Entscheidung (OR 418d/II)

Der Agent hat im Falle eines Konkurrenzverbots einen unabdingbaren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für den Schaden, den er infolge der ihm auferlegten Konkurrenzenthaltungspflicht erleidet (im Unterschied zum arbeitsvertragsrechtlichen Konkurrenzverbot, das unentgeltlich sein kann). Grundsätzlich steht der Anspruch auch demjenigen Agenten zu, der selber kündigt. Keine Grundlage im Gesetz hat die in BGE 95 II 151 E. 4 vertretene Auffassung, wonach eine Konkurrenzverbotsentschädigung auch im Falle der Nichtwirksamkeit des Konkurrenzverbots (infolge mangelnden Interesses oder Entbindung von Verbot seitens des Arbeitgebers) geschuldet sei (wäre nur zutreffend, wenn dies dem Vertragswillen der Parteien entspräche, was nicht zu vermuten ist).

h) Kundschafts-Entscheidung (OR 418u)

Vgl. BGE 110 II 280 ff.; 103 II 277 ff.; 84 II 166, 531 ff.

Voraussetzungen:

- Agent hat die Beendigung des Agenturverhältnisses nicht zu vertreten;

- Tätigkeit des Agenten hat zu einer wesentlichen Erweiterung des Kundenkreises geführt;
- dem Auftraggeber verbleiben aus den Geschäftsverbindungen mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile;
- Kundschafts-Entschädigung darf nicht unbillig sein.

Nach BGE 103 II 281 hat der Agent das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen.

Keinen Anspruch auf Kundschafts-Entschädigung hat der Alleinverkäufer (BGE 88 II 170).

Hat der Agent die Vertragsauflösung zu vertreten (er kündigt selber ohne hinreichende Rechtfertigung oder gibt dem Geschäftsherrn Anlass zur Kündigung), sind Ansprüche nach OR 418 u ausgeschlossen (BGE 110 II 280).

i) Retentionsrecht des Agenten (OR 418o)

Das Retentionsrecht des Agenten gliedert sich auf in ein dingliches Retentionsrecht i.S. von ZGB 895 ff. an den verwertbaren beweglichen Sachen und Wertpapieren, die aufgrund des Agenturverhältnisses in seinem Besitze sind und in ein obligatorisches Retentionsrecht an Geldern, die er kraft einer mit dem Agenturvertrag verbundenen Inkassovollmacht von Dritten erhalten hat und durch Vermischung (ZGB 727) in sein Eigentum übergegangen sind (vgl. zum obligatorischen Retentionsrecht Bucher OR/AT § 18/IX/3 und § 24/IV/5/a). Dieses obligatorische Retentionsrecht ist aber - sofern die Ansprüche des Agenten fällig sind - praktisch bedeutungslos, da der Agent die Forderung des Auftraggebers auf Herausgabe der einkassierten Gelder mit seiner Gegenforderung nach OR 120 verrechnen kann.

III. Kommission (OR 425-439)

Literatur:

G. Gautschi, OR 425-439; J. Hofstetter, SPR VII/2, p. 150 ff. und die p. 3 und p. 150 zit. Lit.

1. Begriff

Im Kommissionsvertrag verpflichtet sich der Kommissionär gegen Entgelt, in eigenem Namen für Rechnung des Kommittenten bewegliche Sachen oder Wertpapiere zu kaufen oder zu verkaufen (OR 425/I).

Die Kommission ist im Grunde weniger ein selbständiger Vertragstypus, als ein rechtlicher Mechanismus, der zu anderen Vertragstypen (insbes. Auftrag) hinzutritt und Sonderfragen betreffend Vertretung, Rechtsübergang usw. betrifft.

Begriffsmerkmale:

- Der Kommissionär soll den Abschluss eines Vertrages in eigenem Namen besorgen (Rechtshandlungsauftrag).
- Handeln in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Dritten (des Kommittenten). Sog. "indirekte" Stellvertretung (vgl. OR/AT § 33/II/2/a), dh. kein echter Stellvertretungstatbestand. Insbesondere kein Fall von OR 32/II, da nicht der Auftraggeber direkt berechtigt und verpflichtet werden soll. (Vgl. aber unten Zif. 5c und 6).
- Abzuschliessender Vertrag: nur Kauf oder Verkauf über bewegliche Sachen (bei Immobilienkauf nur Auftrag bzw. Mäklervertrag, nicht Kommission möglich). Danach

zwei verschiedene Kommissionstypen: Einkaufs- und Verkaufskommission. Jedoch auch OR 439: Frachtvertragskommission (Spedition, vgl. unten V). Nichts kann im übrigen hindern, dass der Kommissions-Mechanismus (Handeln in eigenem Namen, aber auf Rechnung eines Dritten) von Vertragsparteien auch in anderen Zusammenhängen praktiziert wird.

- per def. entgeltlicher Vertrag (OR 425/I = "gegen eine Kommissionsgebühr").

Die Kommission, ohne im Titel über den Auftrag geregelt zu sein, untersteht den auftragsrechtlichen Regeln solange als nicht gesetzliche Sondernormen bestehen (OR 425/II). Die wichtigsten Merkmale des Mandats sind auch hier verwirklicht: Von Treuepflicht geprägter Interessenwahrungsvertrag mit der Möglichkeit jederzeitiger Kündigung (OR 404), des automatischen Forderungsüberganges vom Kommissionär auf den Kommittenten (OR 401) usw.

2. Abgrenzung

a) Kaufmännische Handlungsvollmachten

Der Prokurist, Handlungsbevollmächtigte, aber auch der ad hoc bestellte Stellvertreter handeln im Namen des Geschäftsherrn; der Kommissionär handelt in eigenem Namen. Sodann kein Subordinationsverhältnis.

Bei den Handlungsvollmachten liegt ein dauerndes Stellvertretungsverhältnis vor; die Kommission ist ein grundsätzlich von Fall zu Fall erteilter Auftrag.

b) Mäklervertrag

Der Mäkler vermittelt nur und schliesst nicht ab (vgl. oben II/3).

c) Agenturvertrag

Agent handelt im Namen des Auftraggebers (Stellvertretung), nicht in eigenem Namen.

Agentur ist Dauerschuldverhältnis, nicht so Kommission, die immer auf einzelne konkret bestimmte Transaktionen bezogen ist.

d) Trödelvertrag

Trödelvertrag ist nicht Besorgung fremder Geschäfte; Trödler handelt nicht nur in eigenem Namen, sondern auch auf eigene Rechnung. Meist, wenn ein Verkäufer sagt, er verkaufe eine Ware "in Kommission", liegt ein Trödelvertrag vor (vgl. dazu oben § 2/III).

3. Rechtsstellung des Kommissionärs im allgemeinen

a) Pflichten bei der Abwicklung des Geschäfts

Eine Reihe von Prinzipien, die sich als Ausfluss von Sorgfaltspflicht, Treuepflicht, Pflicht der Weisungsbefolgung ergeben:

- Anzeigepflicht gem. OR 426/I;
- Kommissionär muss nach Auftragsprinzipien allgemein die Weisungen des Kommittenten befolgen, besonders hinsichtlich Preis (OR 428);
- allg. Pflicht der Interessenwahrung. Besteht z.B. die Gefahr der Verderbnis der Ware, so Verkauf unter Mitwirkung der gemäss kantonalem Prozessrecht zuständigen Behörde (OR 427/III); jedoch negative Präzisierung der Sorgfaltspflicht in OR 426/II: keine Versicherung der Ware, wenn kein Auftrag hiezu;
- Kommissionär hat die Rechtsstellung des Kommittenten gegen den Frachtführer zu wahren (OR 427/I: Schadenersatzpflicht bei Versäumnis, OR 427/II);

- der Kommissionär soll weder Kredit gewähren, noch Vorschüsse geben (OR 429/I), ausser wenn dies am Orte des Geschäftes handelsüblich ist (OR 429/II);
- der Kommissionär hat für die Erfüllung durch den ausgewählten Partner keine Gewähr zu leisten (OR 430/I).

b) Abrechnung

Nach Auftragsprinzipien hat der Kommittent die Auslagen zu ersetzen bzw. Anspruch auf Ablieferung des Verkaufserlöses. Nichtbeachtung von Preislimiten gehen zu Lasten des Kommissionärs, ausser dieser beweist, dass (bei Verkaufskommission) durch Billigerverkauf Schaden abgewandt wurde (OR 428/I). Ein Gewinn, der durch Kauf unter oder Verkauf über Limite erzielt wurde, kommt voll dem Kommittenten zu (OR 428/III). Hat der Kommissionär unsorgfältig gehandelt (z.B. nicht den bestmöglichen Preis erzielt), so wird er ersatzpflichtig (OR 428/II).

4. Finanzielle Ansprüche des Kommissionärs

a) Provisionsanspruch (OR 432, 433)

Im Unterschied zum Mäkler und Agenten hat der Kommissionär seine Provision nicht schon bei rechtsgültigem Abschluss des angestrebten Geschäfts, sondern erst bei dessen Ausführung verdient (bei Einkaufskommission muss Lieferung des Kommissionsgutes an den Kommissionär, bei Verkaufskommission Zahlung des Preises an den Kommissionär erfolgt sein, vgl. BGE 40 II 393). Er kann die vereinbarte Provision aber - in Abweichung zu OR 404 - auch fordern, wenn die Ausführung aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grund unterblieben ist (z.B. fristlose Kündigung ohne sachlich vertretbaren Grund, Tod, Handlungsunfähigkeit und Konkurs des Kommittenten). Unterbleibt die Ausführung aus einem anderen Grund, schuldet der Kommittent nur eine Teilvergütung nach OR 432/II "ortsüblicher Anspruch auf Vergütung".

b) Auslagenersatz (OR 431)

Unabhängig von der Ausführung des Geschäfts hat der Kommissionär einen Anspruch auf Ersatz aller Vorschüsse, Auslagen und anderen Aufwendungen (samt Zinsen), die er in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat. Daneben hat der Verkaufskommissionär aufgrund von OR 402/I insbesondere den Anspruch, dass der Kommittent den von ihm geschlossenen Verkaufsvertrag durch Lieferung des Kommissionsgutes erfülle (im Falle der Nichterfüllung Anspruch auf Vergütung der eigenen Schadenersatzleistung an den Käufer unter dem Titel des Auslagenersatzes gem. OR 431/I).

c) Delcredere-Provision (OR 430/II)

Gesetzlicher Anspruch, der jedoch (anders als beim Agenturvertrag, OR 418c/III) verzichtbar ist.

d) Retentionsrecht (OR 434)

Zur Sicherung seiner Ansprüche hat der Kommissionär ein Retentionsrecht am Kommissionsgut: Ein eigentliches, dingliches Retentionsrecht gemäss ZGB 895 ff., sofern das Kommissionsgut (wie bei der Verkaufskommission) im Eigentum des Kommittenten steht, ein "obligatorisches Retentionsrecht (dazu OR/AT § 18/IX/3 und Anm. 70) bei der Einkaufskommission (Eigentum des Kommissionsgutes in aller Regel beim Kommissionär; vgl. unten Zif. 5/c). Dagegen besteht am Verkaufserlös, entgegen Wortlaut von OR 434, kein Retentionsrecht: Nicht ein dingliches Retentionsrecht, da der Kommissionär Eigentümer des vereinnahmten Verkaufspreises

wird und nicht ein obligatorisches, da ein solches neben der selbstverständlich, gegebenen Möglichkeit der Verrechnung keinen Raum hat.

5. Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Kommissionsgutes bzw. des Erlöses

- a) Im Rahmen einer Verkaufskommission muss das Kommissionsgut grundsätzlich erst mit Abschluss eines Vertrages vom Kommittenten zur Verfügung gestellt werden; wird es vorher dem Kommissionär übergeben, wird dieser nicht Eigentümer (es sei denn originär im Falle der Vermischung).
- b) Die Forderung des Kommissionärs aus dem Verkauf geht im Rahmen von OR 401/I direkt auf den Kommittenten über; es gilt das für den Auftrag Gesagte (oben §12/IX).
- c) Im Rahmen einer Einkaufskommission gekauftes Kommissionsgut geht im Normalfall vorerst in das Eigentum des Kommissionärs über. Anders würde es sich nur verhalten, wenn der Kommissionär, was nicht zu vermuten ist, stellvertretend für den Kommittenten Eigentum erwerben wollte, was allerdings im Rahmen von OR 32/II ohne Orientierung des Veräusserers möglich wäre.

Im Konkurs des Kommissionärs würde dem Kommittenten das Aussonderungsrecht gem. OR 401/III zu Gebote stehen (dazu oben § 12/IX), so dass kein Bedürfnis nach direktem Eigentumserwerb des Kommittenten zu ersehen ist.

6. Tatbestand der Nichterfüllung seitens des Drittkontrahenten

Der Kommittent hat, gestützt auf OR 401 (dazu oben Zif. 5 lit. c und § 12/IX), einen Anspruch gegen den mit dem Einkaufskommissionär kontrahierenden Verkäufer auf Lieferung der Sache. Erfüllt der Dritte nicht, kann der primäre Leistungsanspruch in einen Schadenersatzanspruch gewandelt werden. Indessen handelt es sich um den Anspruch des Kommissionärs, und dieser ist nur unbedeutend, nämlich in der Höhe seines Provisionsanspruchs, geschädigt. Im Ergebnis steht fest, dass dem Kommissionär nicht bloss ein eigener Anspruch hinsichtlich der entgangenen Provision, sondern auch ein Anspruch in Höhe des Erfüllungsinteresses des Kommittenten (der diesem im Rahmen der Ablieferungsobligations zugute kommt) zusteht und er diesen im Prozess in eigenem Namen geltend machen kann. Eine positivrechtliche Begründung dieses Resultates fällt nicht leicht. Man kann den Vertrag zwischen Einkaufskommissionär und Drittverkäufer als "Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter" verstehen (dazu OR/AT § 26/III), in welchen eine unausgesprochen bleibende Klausel hineininterpretiert wird, dass bei Schadenersatzleistung infolge Nichterfüllung die Interessen des Kommittenten mitzubersichtigen seien. Oder man kann für den bei der Kommission vorliegenden Fall indirekter Stellvertretung eine "Drittschadensliquidation", wie es die, deutsche Doktrin nennt, zulassen, mit dem Argument, dass der nichterfüllende Verkäufer nicht vom zufälligen Umstand, dass sein Vertragspartner nicht für eigene, sondern fremde Rechnung gekauft habe, profitieren dürfe. Vgl. dazu SJZ 1980 p. 194/5 Nr. 22 und dort zit. Literatur.

7. Sonderfall des Selbsteintritts des Kommissionärs (OR 436-438)

a) Das Prinzip

Der Kommissionär tritt auf als Dritter, mit dem an sich abzuschliessen wäre: Der Verkaufskommissionär tritt als Käufer, der Einkaufskommissionär als Verkäufer auf. Trotzdem bleibt er gleichzeitig Kommissionär mit Provisionsanspruch.

Kaufvertragsrecht, das sonst nur im Verhältnis mit dem Dritten zur Anwendung kommt, wird beim Selbsteintritt zwischen Kommittent und Kommissionär direkt wirksam (OR 436/III).

b) Voraussetzungen für Selbsteintritt (OR 436/I)

- keine anderslautende Vorschrift des Kommittenten
- das Kommissionsgut muss einen Markt- oder Börsenpreis haben.

c) Sicherungsvorschriften (OR 437, 438)

Meldet der Kommissionär die Ausführung des Auftrages ohne Nennung des Drittkontrahenten, so wird Selbsteintritt vermutet (hinsichtlich des Wertpapier-Börsenhandels werden abweichende Regeln statuiert).

Wenn der Kommittent den Auftrag widerruft, kann der Kommissionär nicht Eintritt behaupten, wenn er seinerseits nicht die Eintrittserklärung vor Eintreffen des Widerrufs abgesandt hat (vgl. auch BGE 71 IV 124 ff.).

d) Wirkungen (OR 436/II)

Bei Kaufvertragsabschluss gilt der Markt- oder Börsenpreis, und zwar im Moment des Selbsteintritts am Ort des Kommissionsgutes.

IV. Frachtvertrag (OR 440-457)

Literatur:

J. Basedow, Der Transportvertrag, Tübingen 1987; G. Gautschi, OR 440-457; J. Hofstetter, SPR VII/2, p. 161 ff. und die p. 3 und p. 161 zit. Lit.
HGB §§ 425-452

1. Allgemeines

a) Begriff und Gegenstand

Im Frachtvertrag verpflichtet sich der Frachtführer zum Transport von Sachen, der Absender zur Zahlung eines Frachtlohnes (OR 440/I).

Der Frachtvertrag ist im weiteren Sinne als Auftrag zu verstehen (vgl. auch oben zur Kommission Zif. III/1); die auftragsrechtlichen Regeln kommen zur Anwendung, soweit sie nicht durch die frachtvertragsrechtlichen Sondervorschriften ausgeschaltet werden (OR 440/II).

Vertragsparteien: Absender - Frachtführer

b) Geltungsbereich

Das Frachtvertragsrecht des OR hat von seiner ursprünglichen Bedeutung eingebüsst; einerseits sind seine dispositiven Normen weitgehend durch AGB verdrängt worden (vgl. die AGB des Schweizerischen Spediteurenverbandes), andererseits wird das Transportrecht heute von zahlreichen Spezialgesetzen und internationalen Abkommen beherrscht (vgl. die Zusammenstellung bei Gautschi, Vorbem. Spedition N. 1c und Art. 440 N. 1a-e). Für die Strassenfracht ist heute massgeblich das Uebereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr vom 19.5.1956 (CMR); vgl. zur Anwendung des CMR BGE 109 II 472 E. 1 ; 107 II 240 E. 2-4. Im übrigen sind alle Sendungen, die dem Postregal des Bundes unterstehen, von einer privatrechtlichen Regelung ausgenommen (vgl. BV 36/I, Postverkehrsgesetz vom 2.10.1924, Art. 1/I lit. b, SR 783.0, wonach "verschlossene Sendungen bis zu 5 kg" der Post vorbehalten sind).

c) Problematik der Unterstellung unter Auftragsrecht (OR 440/II)

Die Unterstellung des Frachtvertrages unter Auftragsrecht ist fragwürdig; das im Vordergrund stehende Element ist die Beförderung der Sache, dh. die Bewirkung eines bestimmten Erfolges, nicht die Transporttätigkeit um ihrer selbst willen. Der Frachtvertrag steht dem Werkvertrag (oben § 10) näher und wird nach HGB (§§ 425-452) auch als solcher qualifiziert.

2. Pflichten des Frachtführersa) Ausführungspflichten im allgemeinen

Der Frachtführer untersteht der allgemeinen auftragsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflicht, den Transport sorgfältig durchzuführen und die ihm eingeräumten Befugnisse (OR 444/445) unter bestmöglicher Wahrung der Interessen des Eigentümers des Frachtgutes auszuüben (OR 398, 446).

Es besteht keine persönliche Leistungspflicht, weshalb nicht nur Hilfspersonen, sondern insbesondere auch Zwischenfrachtführer beigezogen werden können (zur Haftung im Falle der Betreuung eines Zwischenfrachtführers vgl. unten b/cc).

Als Besonderheit: Frachtführer hat möglicherweise auch Pflichten gegenüber dem Empfänger (vgl. unten Zif. 4); es lassen sich diesfalls Elemente eines Vertrags zugunsten Dritter erkennen.

Im einzelnen:

- Benachrichtigungspflicht bei ungenügender Verpackung (OR 442/III);
- Pflicht, Weisungen hinsichtlich des Bestimmungsortes zu befolgen, ev. sogar den Transport zu stoppen und die Ware zurückzuschaffen (vgl. OR 404 mit Präzisierung in OR 443/I; zur Problematik der Unterstellung unter Auftragsrecht vgl. oben Zif. 1/c; gegebenenfalls muss Widerruf zur Unzeit angenommen werden, vgl. auch BGE 109 II 233 f und dazu Bär in ZBJV 1985 p. 226.)
- Anzeigepflicht bei Ankunft des Frachtgutes (OR 450), Benachrichtigungspflicht bei gestörter Ablieferung (OR 444/I);
- Fürsorge für die Ware bei Ablieferungshindernissen (OR 441/I a.E.);
- wenn Gefahr des Verderbens besteht: Verkauf gemäss OR 445 (vgl. unten g).

b) Haftung des Frachtführersaa) Haftung für Transportschäden (OR 447/448)

Bei Verlust oder Zerstörung des Frachtgutes hat der Frachtführer nach OR 447/I den "vollen Wert" des Gutes zu ersetzen. Gemäss BGE 47 II 331 E. 3 ist der "gemeine Handelswert" am Orte der Ablieferung i.S. von § 430 HGB massgebend. Verlust ist anzunehmen, wenn der Frachtführer die Ware nicht binnen zumutbarer Frist abliefern kann.

Nach OR 448/I hat er auch für allen Schaden (zum Umfang vgl. BGE 88 II 96 E. 4) einzustehen, der aus Verspätung in der Ablieferung, aus Beschädigung oder aus teilweisem Untergang des Frachtgutes entstanden ist - höchstens bis zum vollen Sachwert des Frachtgutes (OR 448/II), was auch weniger sein kann als das positive Interesse an richtiger Erfüllung (rechtzeitiger Ablieferung).

Die Haftung des Frachtführers ist eine strikte Haftung mit objektiviertem Sorgfaltsmassstab ("ordentlicher Frachtführer", OR 447/I) und limitierter Exkulpationsmöglichkeit (BGE 103 II 61 E. 1a und 102 II 260 E. 2 sprechen von einer "gemilderten Kausalhaftung"; Becker, OR 447 N. 2 "Kausalhaftung

mit Entlastungsmöglichkeit"; a.M. Gautschi, OR 447 N. 4). Der Frachtführer kann sich befreien, wenn er nachweist, dass Verlust, Beschädigung oder Verzögerung der Ablieferung durch

- die natürliche Beschaffenheit des Frachtgutes,
- ein Verschulden oder eine Anweisung des Absenders oder Empfängers,
- Umstände, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten, verursacht worden ist.

bb) Verantwortlichkeit nach OR 446

Für Vermögensschäden, die nicht Transportschäden i.S. von OR 447/448 sind, haftet der Frachtführer dem Eigentümer des Frachtgutes nur, wenn ihn ein Verschulden trifft (Verschuldenspräsumption, OR 97). so kann er beispielsweise haftbar werden, wenn er die ihm nach OR 444/I und 445/II auferlegten Benachrichtigungspflichten nicht richtig erfüllt und dadurch den Absender schädigt.

cc) Haftung für Zwischenfrachtführer (OR 449)

Setzt der Frachtführer einen Zwischenfrachtführer ein, so haftet er für alle Unfälle und Fehler des Zwischenfrachtführers; nicht Haftungsbeschränkung wie bei erlaubter Substitution im Auftragsrecht (vgl. OR 399/II) und ev. bei Spedition (vgl. BGE 103 II 61 E. Ia, dazu unten V/4/b/cc).

Untersteht die Haftung des Zwischenfrachtführers einer spezialgesetzlichen Regelung, so gilt diese auch für den Frachtführer (OR 456).

Der belangte Frachtführer kann auf den Zwischenfrachtführer Regress nehmen (OR 449 a.E.).

dd) Verwirkung/Verjährung

Der verschärften Haftung stehen vom sonstigen Vertragsrecht abweichende strenge Verwirkungs- bzw. Verjährungsregeln gegenüber:

aaa) Verwirkung (OR 452)

Nimmt der Empfänger das Frachtgut vorbehaltlos an und bezahlt er die auf diesem haftenden Kosten, verwirkt er seine Ersatzansprüche gegen den Frachtführer (zur Aktiv- und Passivlegitimation vgl. Gautschi, Art. 447 N. 15/16). Dies gilt nicht für Fälle absichtlicher Täuschung und grober Fahrlässigkeit und für verborgene Schäden. Versteckte Schäden können aber nur während acht Tagen seit Ablieferung gerügt werden (acht Tage effektiv, dh. erster Tag wird nicht mitgezählt; vgl. OR 77/I Z. 1, abweichend CMR Art. 30).

bbb) Verjährung (OR 454)

Ersatzansprüche gegen den Frachtführer verjähren innerhalb eines Jahres vom Zeitpunkt an gerechnet, an dem die Ablieferung hätte stattfinden sollen; bei Beschädigung vom Zeitpunkt der Ablieferung an gerechnet. Bei Arglist und grober Fahrlässigkeit gilt die zehnjährige Verjährungsfrist nach OR 127-

ee) Prozessuales (OR 453)

Die am Ort der gelegenen Sache zuständige Amtsstelle kann auf Begehren einer der beteiligten Parteien in allen Streitfällen eine Hinterlegung bei einem Dritten oder nötigenfalls den Verkauf des Frachtgutes anordnen.

- c) Ausserordentliche Befugnisse des Frachtführers, über Transportgut zu verfügen
Befugnis zum Verkauf des Frachtgutes "unter Mitwirkung der am Orte der gelegenen Sache zuständigen Amtsstelle" (OR 444/II), wenn folgende Tatbestände vorliegen:
- "Ablieferungshindernisse" (OR 444/I)
 - Frachtgüter sind "schnellem Verderben" ausgesetzt oder deren vermutlicher Wert deckt die auf der Ware haftenden Kosten nicht mehr; hierbei ist vorerst der Tatbestand ohne Verzug amtlich festzustellen (OR 445).
- d) Finanzielle Ansprüche des Frachtführers
Der Frachtvertrag ist per definitionem entgeltlich (OR 440/I "gegen Vergütung"). Grundsätzlich Widerrufsrecht gem. Auftragsrecht (OR 404). Nach OR 443/I sind dem Frachtführer die Auslagen oder Nachteile, die aus der Rückziehung erwachsen, zu entschädigen. Retentionsrecht gegenüber dem Eigentümer (Absender) und dem Empfänger (OR 451; ZGB 895-898).

3. Pflichten des Absenders

Der Absender hat den vertraglich vereinbarten Frachtlohn zu bezahlen. Streitig ist, ob die Lohnforderung erfolgsbedingt ist (Annäherung an Werkvertrag; so Hofstetter p. 169) oder auch bei zufallsbedingter Erfüllungshinderung besteht (so wäre die konsequent mandatsrechtliche Lösung). Retentionsrecht des Frachtführers am Frachtgut gem. ZGB 895-898, ergänzend OR 451.
Nebenpflichten: Der Absender hat genaue Angaben zu Spezifikation und Wert der Sendung und Bezeichnung des Destinatärs zu geben sowie das Gut gehörig zu verpacken, andernfalls er die Nachteile zu tragen hat (OR 441, 442/I, II, 447/II).

4. Befugnis der Verfügung über das "reisende" Frachtgut (OR 443)

Der Absender als Auftraggeber kann grundsätzlich über das Frachtgut verfügen, solange es sich beim Frachtführer befindet. Aber Frachtvertrag hat Elemente eines Vertrages zugunsten Dritter (OR 112/III), dh. des Empfängers. Daher Schranken:
Die Verfügungsbefugnis geht auf den Empfänger über vor Uebergabe der Ware, wenn einer der folgenden Tatbestände gegeben ist:

- a) Frachtbrief ist vom Frachtführer dem Empfänger ausgeliefert worden (Z. 1)
Bestandteile Frachtbrief: vgl. HGB § 426. Kein Wertpapier; ein solches können hingegen die vom Frachtführer ausgestellten Warenpapiere (Lagerscheine, Warrants, Konnossemente) darstellen, vgl. OR 1153-1155, OR 482 Abs. 2 und 3; in diesem Zusammenhang auch ZGB 902, 925.
- b) Empfangsschein ist dem Absender vom Frachtführer übergeben worden und jener kann ihn nicht zurückgeben (Z. 2)
Empfangsschein bloss Beweisurkunde, kein Wertpapier (vgl. auch OR 1155/I). Wenn ein ausgestellter Empfangsschein nicht zurückgegeben werden kann, so kann Absender nicht mehr verfügen, was praktisch bedeutet, dass Uebergabe Empfangsschein an Destinatär auch Verfügungsrecht übergehen lässt. Wirkungen hier gleich wie bei lit. a oben, jedoch nicht dingliche Wirkung (Eigentumsübergang).
- c) Schriftliche Mitteilung zum Zweck des Abholens ("Avis") nach Eintreffen der Ware am Ort des Destinatärs (Z. 3)
- d) Erhebung Ablieferungsanspruch nach Eintreffen der Ware (Z. 4)
Wenn die Ware eingetroffen ist, kann der Empfänger deren Herausgabe beanspruchen (OR 112).

5. Konkurs des Empfängers

Verfügungsbefugnis gem. Z. 4 hat direkt nichts mit Frage des Eigentums an der Ware zu tun. Eigentum geht über durch faktische Uebergabe (Ablieferung), Uebergabe von Traditionssurrogaten (Warenpapieren) oder durch Besitzeinweisung (ZGB 924). Von diesen Regeln unabhängig die Vorschrift von SchKG 203: Gekaufte, aber noch nicht bezahlte Ware kann im Falle des Konkurses des Käufers vom Verkäufer zurückgefordert werden, unabhängig von einem allfälligen Eigentumsübergang, sofern sie im Moment der Konkurseröffnung noch nicht beim Käufer angelangt war. Altehrwürdige Einrichtung des gemeinen Konkursrechtes: right of stoppage in transitu, droit de suite.

Vgl. K. Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 40/IV/3/c; E. Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes p. 638 f.; Deutsche Konkursordnung, § 44; H. Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs II, S. 58.

V. Speditionsvertrag (OR 439)

Literatur:

G. Gautschi, OR 439; J. Hofstetter, SPR VII/2 p. 161 ff. und die p. 3 und p. 161 zit. Lit.; R. Isler, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und Verkehrssitte. Unter besonderer Berücksichtigung der revidierten AGB des Schweizerischen Spediteur-Verbandes (SSV), ZSR 101 (1982) I, p. 377 ff.

1. Rechtsgrundlagen

Der Speditionsvertrag hat keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren: es wird nur im Kommissionsrecht (OR 439) und im Frachtrecht (OR 456, 457) je auf Spedition Bezug genommen. Im übrigen ist er als gemischter Vertrag zu qualifizieren. Vgl. auch die "Allgemeinen Bedingungen" des Schweizerischen Spediteurenverbandes vom 25.5.1966, und die "Erläuterungen" dazu von J. Brunner, Basel 1972.

2. Begriff

Im Speditionsvertrag verpflichtet sich der Spediteur gegen Entgelt, die Veranlassung und die Ueberwachung eines Transports und die Erledigung aller damit zusammenhängenden Obliegenheiten im eigenen Namen für fremde Rechnung zu übernehmen (OR 439). In der gesetzlichen Umschreibung ist der Spediteur "Frachtkommissionär", der die notwendigen Verträge (Fracht, Einlagerung, Be- und Entladen usw.) in eigenem Namen und auf Rechnung des Versenders abschliesst. Mit diesem Speditionsvertrag im engeren Sinne, der als Rechtshandlungsauftrag verstanden werden kann, mag sich auch die Pflicht des Spediteurs verbinden, den Transport wenigstens teilweise in eigener Verantwortung von Hilfsunternehmen durchzuführen. Im Rahmen einer derartigen "Spedition im weiteren Sinn" ist der Spediteur nicht vom Frachtführer zu unterscheiden und muss insoweit den frachtrechtlichen Bestimmungen unterliegen (dies wohl der Sinn der missverständlichen Bestimmungen von OR 439 in fine). Durchführung des Transports auf eigene Rechnung muss insbesondere bei Sammelladungen angenommen werden.

3. Rechtsnatur

Die Grundstruktur des Speditionsvertrages ist kommissionsrechtlich: statt wie der Kommissionär im eigenen Namen auf fremde Rechnung Kaufverträge abzuschliessen,

schliesst der Spediteur als "Frachtvertragskommissionär" Frachtverträge ab. Dies gilt aber nur für die Vorbereitung des Transports; betreffend die Ausführung des Transports wird der Spediteur nach OR 439 bis zu einem gewissen Grade als Frachtführer betrachtet und derselben Haftung unterstellt.

4. Rechte und Pflichten des Spetiteurs

a) Ausführungspflichten

Der Spediteur wie der Kaufs- und Verkaufskommissionär unterstehen der Pflicht, die zur Durchführung der Spedition erforderlichen Frachtverträge (ev. Hinterlegungsverträge) zu schliessen (Rechtshandlungsauftrag). Mit dem Speditionsvertrag sind aber auch zahlreiche Nebenpflichten verbunden, wie beispielsweise die Entgegennahme und Aufbewahrung des Speditionsgutes bis zur Uebernahme durch den Frachtführer, die Prüfung der Packung auf ihre Transporttauglichkeit, die Wahrung der Rechte des Versenders oder Empfängers gegen den Frachtführer usw.; zum Abschluss eines Versicherungsvertrages ist der Spediteur aber nur bei besonderer Instruktion verpflichtet (OR 426/II).

Hinsichtlich der Beauftragung eines Zwischenspediteurs gilt die auftragsrechtliche Regelung von OR 398/III (vgl. dazu oben § 12/VI/2, 6 lit. b und unten lit. b/cc).

b) Haftung des Spediteurs

aa) Nach Kommissionsrecht

Für Schäden, die während den Vorbereitungshandlungen für die Versendung eintreten, haftet der Spediteur gem. OR 439 nach Kommissionsrecht, was durch die Verweisung von OR 425/II zur Anwendung der auftragsrechtlichen Haftungsbestimmungen (OR 398, 399) führt (Haftung für omnis culpa; vgl. dazu oben § 12/VI/6). So ist in BGE 88 II 430 ff. die Haftung des Spediteurs für den sich während der Ueberbringung von Goldkisten in einer betriebseigenen Camionette ereignenden Diebstahl nach Kommissionsrecht bzw. Auftragsrecht beurteilt worden,

bb) Nach Frachtvertragsrecht

Nach den frachtvertragsrechtlichen Bestimmungen von OR 447-449 (vgl. dazu oben IV/2b/bb, cc) haftet der Spediteur dann, wenn die Schäden während dem Transport des Speditionsgutes eintreten. In BGE 102 II 256 ff. ist der Verlust des Gutes infolge Diebstahls während des Transports als Transportschaden bezeichnet worden: "Für Transportschaden aber haftet der Spediteur gemäss Art. 439 OR nach den in Art. 447 bis 449 OR enthaltenen Bestimmungen über den Frachtvertrag" (BGE 102 II 260 E. 1b). Auch hat er den Versender bei der Geltendmachung der Schadenersatzansprüche zu unterstützen; verschuldet er den Verlust der Ersatzansprüche, so hat er dafür einzustehen (OR 457; entgegen Wortlaut auch bei privater Transportanstalt).

cc) Für den Zwischenspediteur

In BGE 103 II 59 ff. haftete der Spediteur, welcher befugterweise einen Zwischenspediteur eingesetzt hatte, nach OR 439 i.V.m. OR 425/II und OR 399/II nur für culpa in eligendo et instruendo, dh. für gehörige Sorgfalt bei Wahl und Instruktion (restriktivere Anwendung der Substitutionsregeln in BGE 107 II 245). Streitig war weder der Transport als solcher noch ein dabei

entstandener Schaden - diesfalls hätte der Spediteur für seinen Unterbeauftragten gem. Frachtrecht gehaftet - sondern eine betrügerisch erwirkte nachträgliche Aenderung des Frachtbriefes zum Schaden des Verkäufers.

c) Finanzielle Ansprüche des Spediteurs

Nach Auftragsrecht (Spediteur handelt für Rechnung des Versenders) hat der Versender dem Spediteur die effektiven Auslagen (insbes. Frachtkosten) zuzüglich Provision zu ersetzen. OR 439 spricht von "Vergütung" und eröffnet damit die Möglichkeit, nach allgemeingeltenden Ansätzen zu fakturieren oder aber eine Entschädigung im Einzelfall frei zu vereinbaren (z.B. Spedition zu fixen Spesen).