Urteilskopf

83 II 32

7. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Februar 1957 i.S. Dresel gegen Hartmann.
Regeste (de):
1. Art. 275, 418 a, 530 OR. Pacht, Agenturvertrag oder einfache Gesellschaft? (Erw. 1).

2. Art. 4 SchlT ZGB. Wenn auf ein unter altem Recht begründetes Agenturverhältnis Art. 418u OR anwendbar geworden ist, kann der Agent die Rechte aus dieser Bestimmung auch aus Tatsachen ableiten, die sich ereigneten, als sie noch nicht anwendbar war (Erw. 2).

3. Art. 1 Abs. 2 Schlussbestimmungen des BG über den Agenturvertrag. Was die Parteien unter altem Recht vereinbart haben, gilt ohne weiteres auch unter neuem Recht, zwingende Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten (Erw. 7).

Regeste (fr):
1. Art. 275, 418a et 530 CO. Bail à ferme, contrat d'agence ou société simple? (consid. 1).

2. Art. 4 du titre final du CC. Lorsque l'art. 418u CO est devenu applicable à un contrat d'agence passé sous l'empire de l'ancienne loi, l'agent peut tirer les droits prévus par cette disposition de faits qui se sont passés lorsqu'elle n'était pas encore en vigueur (consid. 2).

3. Art. 1 al. 2 des dispositions finales de la loi sur le contrat d'agence. Ce dont les parties sont convenues sous l'empire de l'ancien droit continue de valoir sous l'empire du nouveau, sous réserve des dispositions impératives de la loi (consid. 7).

Regesto (it):
1. Art. 275, 418a e 530 CO. Affitto, contratto d'agenzia o società semplice? (consid. 1).

2. Art. 4 del titolo finale CC. Quando l'art. 418u CO è diventato applicabile a un contratto d'agenzia stipulato sotto l'impero della legge anteriore, l'agente può fondare i diritti previsti dalla disposizione citata su fatti verificatisi quando essa non era ancora in vigore (consid. 2).

3. Art. 1 cp. 2 delle disposizioni finali della legge sul contratto di agenzia. Le pattuizioni delle parti sotto l'impero del diritto anteriore continuano ad essere valide sotto l'impero del nuovo diritto, riservate le disposizioni di carattere imperativo della legge (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 33

Der Verleger Hartmann übertrug am 1. März 1949 dem Dresel "die ausschliessliche Vertretung seiner Inseratengeschäfte in der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein" für die Zeitschrift "Nellys Kalender". Dresel, im Vertrag als "Annoncenverwaltung" bezeichnet, verpflichtete sich, die Inserenten zu suchen und mit ihnen zu den von Hartmann festgesetzten Preisen Verträge abzuschliessen. Hartmann versprach, Dresel sowohl für

die bei diesem als auch für die unmittelbar beim Verleger eingehenden Insertionsaufträge eine "Kommission" von 35% des von den Kunden zu zahlenden Nettopreises auszurichten. Anstellung und Bezahlung von Akquisiteuren war Sache Dresels, und Provisionen an Dritte gingen zu seinen Lasten. Art. 5 des Vertrages bestimmte: "Rechnung an die Kundschaft, sowie Inkasso der erschienenen Inserate werden ausschliesslich vom Verlag besorgt. Die Abrechnung und Auszahlung der der Annoncenverwaltung zukommenden Kommissionen durch den Verlag erfolgt jeweils nach Erscheinen und bis spätestens am Ende eines Kalendermonats für die im selben Monat erschienene Ausgabe von Nellys Kalender." Hartmann behielt sich die begründete Ablehnung von Inseraten vor. Am 19. November 1952 einigte er sich mit Dresel, den Vertrag auch auf die als "Carnet de Nelly" bezeichnete französische Ausgabe der Zeitschrift anzuwenden. Nachdem Hartmann am 26. November 1954 den Vertrag auf 28. Februar 1955 gekündet hatte, klagte Dresel beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen ihn auf Bezahlung von Fr. 99'220.94 nebst 5% Zins ab 3. März 1955.

Davon anerkannte und leistete der Beklagte bis 30. April 1956 Fr. 35'887.47, ohne Zins. Der streitige Rest enthielt unter anderem eine Forderung von Fr. 45'868.–, die Dresel als Vergütung für geworbene Kundschaft im Sinne des Art. 418u OR verlangte. Das Handelsgericht wies sie ab, ebenso das Begehren um Bezahlung von 5% Verzugszins vom geleisteten Betrage von Fr. 35, 887.47. Der Kläger erklärte die Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Handelsgericht hat die vom Kläger aus Art. 418u OR abgeleitete Forderung von Fr. 45, 868.– mit der Begründung abgewiesen, diese Bestimmung sei nicht anwendbar, weil das Rechtsverhältnis der Parteien nicht die Merkmale eines Agenturvertrages, sondern jene eines Pachtvertrages aufweise. Der Beklagte pflichtet dieser Auffassung bei und macht geltend, wenn nicht als Pacht, so wäre der Vertrag als einfache Gesellschaft zu würdigen. Der Kläger hält dagegen daran fest, dass er mit dem Beklagten einen Agenturvertrag abgeschlossen habe. a) Ein Pachtvertrag liegt vor, wenn der Beklagte sich verpflichtet hat, dem Kläger die beiden Ausgaben der Zeitschrift zur Verfügung zu stellen, damit er darin Inserate, zu deren Veröffentlichung der Kläger sich gegenüber Dritten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung verpflichten würde, erscheinen lassen könne, und wenn der Kläger dem Beklagten für dieses Recht eine Vergütung (Pachtzins) versprochen hat (Art. 275 Abs. 1 OR; vgl.BGE 57 II 160ff.). Diese braucht nicht in einer festen Geldsumme bestanden zu haben, sondern kann als Bruchteil der Erträgnisse vereinbart worden sein, nämlich als Anteil des Beklagten an den Leistungen, welche die Dritten dem Kläger für das Erscheinen der Inserate erbringen würden (Teilpacht; s. Art. 275 Abs. 2 OR). Mit den Erfordernissen eines Pachtvertrages unvereinbar ist es dagegen, wenn das Recht, die beiden Zeitschriften durch Veröffentlichung von Inseraten zu nutzen, beim Beklagten verblieb,

die Verträge mit den Dritten also im Namen und auf Rechnung des Beklagten abzuschliessen waren und folglich nicht der Kläger dem Beklagten, sondern im Gegenteil letzterer dem ersteren eine Vergütung versprochen hat. In diesem Falle kommt ein Agenturvertrag in Frage; denn Agent ist, wer, ohne zur Gegenpartei in einem Dienstverhältnis zu stehen, sich verpflichtet, dauernd für sie Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und

für ihre Rechnung abzuschliessen (Art. 418a OR). b) In Art. 5 haben die Parteien vereinbart, dass ausschliesslich der Beklagte der Kundschaft Rechnung zu stellen und die Vergütungen für die Inserate einzuziehen habe. Das ist dahin zu verstehen, dass die Verträge mit den Dritten im Namen und auf Rechnung des Beklagten abzuschliessen seien, dass also die Forderungen gegen die Inserenten ihm, nicht dem Kläger zustehen sollten. In diesem Sinne hat auch der Beklagte die Vereinbarung verstanden, machte er doch im kantonalen Verfahren geltend, sie sei getroffen worden, weil der Kläger bei Beginn seiner Tätigkeit tief in Schulden gesteckt habe. Das Handelsgericht geht fehl, wenn es ausführt, die Bestimmung sei für die Vertragsnatur nicht entscheidend, weil sie lediglich eine Nebenverpflichtung enthalte, die statt vom Beklagten ebensogut von einem Dritten, z.B. von einer berufsmässigen Inkassofirma, hätte erfüllt werden können. Nicht um die Zuweisung der mit dem Inkasso verbundenen Arbeit war es den Parteien zu tun, sondern der Beklagte wollte Gläubiger der Inserenten, also Eigentümer der Erträgnisse werden, weil er den Kläger nicht für kreditwürdig, d.h. nicht für fähig hielt, einen Pachtzins zu bezahlen.
Dass der Beklagte sich nicht lediglich als Inkassobeauftragter des Klägers zur Verfügung gestellt, sondern sich den Abschluss der Insertionsverträge im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vorbehalten hat, zeigt auch die Regelung der Vergütungen. Der Vertrag bestimmt nicht, dass der Kläger dem Beklagten eine Vergütung (Pachtzins und Inkassoprovision) von 65% der Einnahmen aus den

Insertionsverträgen zu zahlen oder zu überlassen habe, sondern setzt im Gegenteil die Vergütung von 35% fest, die der Kläger für seine "Tätigkeit" zu fordern habe (Art. 4). Wer einen Pachvertrag, sei es auch als Teilpacht, abschliessen will, denkt nicht daran, dem Pächter als Gegenleistung für eine Tätigkeit eine Leistung auszusetzen, sondern bestimmt im Gegenteil die Vergütung, die der Pächter dem Verpächter für die Überlassung einer Sache zum Gebrauch und zum Bezug von Früchten oder Erträgnissen schuldet. Das Wissen darüber, dass der Pachtvertrag dem Verpächter, nicht dem Pächter, ein Forderungsrecht auf Geld oder auf einen Anteil an den Früchten oder Erträgnissen einräumt, darf bei den Parteien als Geschäftsleuten von einiger Erfahrung ohne weiteres vorausgesetzt werden. Vollends hätten sie im Vertrag nicht von "Kommission", "Kommissionsansprüchen" und "kommissionspflichtigen" Inserate gesprochen, wenn sie ein Pachtverhältnis hätten begründen wollen; als Kommission oder Provision pflegt man die Vergütung zu bezeichnen, die ein Geschäftsmann jemandem leistet, der für ihn bei der Anbahnung, beim Abschluss oder bei der Abwicklung seiner Geschäfte tätig ist. Art. 1 Abs. 1 des Vertrages spricht denn auch von der Übertragung der Vertretung der Inseratengeschäfte des Verlages, sieht in ihnen also Geschäfte des Beklagten und im Kläger nur dessen Vertreter. Das ist nicht eine ungenaue Ausdrucksweise. Da auch in Art. 1 Abs. 2, Art. 2 und Art. 8 des Vertrages von Vertretung und Vertretungsübernahme die Rede ist, durfte der Kläger davon ausgehen, dass ihn der Vertrag zu dem mache, was Geschäftsleute unter einem Vertreter verstehen, nämlich zu einem Gehilfen, der für einen andern Geschäfte abschliesst oder vermittelt, nicht zu einem Pächter, der sie in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu tätigen habe. War er Vertreter, so gehörten Abschluss und Bestätigung von Verträgen so gut zu seiner Aufgabe wie zum Betrieb eines sog. Annoncenpächters. Aus seinen Ausführungen, wonach das seine Obliegenheit

gewesen sei, schliesst daher das Handelsgericht zu Unrecht auf Pacht. Es steht auch fest, dass die Inseratenverträge tatsächlich im Namen des Beklagten abgeschlossen wurden. .. Unerheblich ist, dass die Parteien vereinbart haben, Vergütungen an Dritte seien vom Kläger festzusetzen und auszuzahlen und gingen zu seinen Lasten (Art. 3 Abs. 3, 4 Abs. 3). Zu Unrecht meint der Beklagte mit dem Handelsgericht, das spreche für Pacht

und gegen einen Agenturvertrag. Gewiss schliesst der Agent die Geschäfte für Rechnung des Auftraggebers ab (Art. 418a OR). Das heisst aber nur, dass ihre Erfüllung auf Rechnung des Auftraggebers gehe, nicht auch, dass dieser dem Agenten den mit der Werbung und dem Abschluss verbundenen Aufwand zu ersetzen habe. Mit der Natur des Agenturvertrages verträgt es sich durchaus, dass der Agent seine Hilfspersonen bezahlt, ohne dafür Anspruch auf Ersatz zu erlangen (Art. 418n OR), dass er also die ihm vertraglich obliegenden Verrichtungen "auf eigene Rechnung" besorgt oder durch Hilfspersonen besorgen lässt. Der Beklagte spielt also mit Worten, wenn er geltend macht, der Kläger könne nicht Agent sein, weil er auf "eigene Rechnung" gehandelt habe. Ebensowenig spricht für Pacht, dass der Beklagte auch die bei ihm selbst eingehenden Insertionsaufträge in der Abrechnung zu berücksichtigen hatte (Art. 3 Abs. 4), und dass er die Ablehnung von Inseraten, die er nicht aufnehmen wollte, begründen musste (Art. 9). Beides erklärt sich daraus, dass die dem Kläger zukommende Vergütung vom Umsatz des Inseratengeschäftes abhängig gemacht wurde, was in einem Agenturverhältnis durchaus zulässig war (Art. 418g OR) ... Auch die Tatsache, dass der Kläger mit den Kunden die Gestaltung der Inserate besprach, die Unterlagen beschaffte und den Verkehr mit der Druckerei besorgte, bis die Inserate erschienen waren, vermag den Schluss, dass die Insertionsverträge im Namen und auf Rechnung des

Beklagten abgeschlossen werden sollten und tatsächlich abgeschlossen wurden, nicht zu erschüttern und spricht daher entgegen der Auffassung des Handelsgerichts nicht für Pacht. Zwar hätte die erwähnte Tätigkeit in einem Pachtverhältnis grundsätzlich dem Kläger obgelegen, wogegen sie einem Agenten nicht notwendigerweise zusteht, da dieser in der Regel lediglich Geschäfte zu vermitteln oder abzuschliessen, nicht auch ihre Erfüllung zu fördern hat (Art. 418a OR). Nichts hinderte jedoch die Parteien, dem Kläger Aufgaben zuzuweisen, die über die Mindestaufgaben eines Agenten hinausgingen. Der Inhalt eines Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden (Art. 19 Abs. 1 OR). Die Bestimmungen über den Agenturvertrag selber rechnen damit, dass die Tätigkeit des Agenten unter Umständen über die Vermittlung oder den Abschluss der Geschäfte hinaus ausgedehnt werde, sieht doch Art. 4181 OR eine Inkassoprovision vor für den Fall, dass er auftragsgemäss sich auch mit dem Inkasso befasst. c) Eine Gesellschaft läge vor, wenn die Parteien sich durch den Vertrag zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln verbunden hätten (Art. 530 OR). Das trifft nicht zu. Zwar ist richtig, dass der Kläger gleich wie der Beklagte am Einbringen möglichst vieler Inseratenaufträge interessiert war. Von einem gemeinsamen Zweck könnte aber nur die Rede sein, wenn die Parteien die Rechte und Pflichten aus den eingebrachten Aufträgen als eine gemeinsame Angelegenheit betrachtet hätten. Nach richtiger Auslegung des Vertrages sollten sie indessen ausschliesslich dem Beklagten zustehen, der die Insertionsverträge in seinem Namen und auf seine Rechnung abschliessen liess und erfüllte, im Kläger lediglich seinen "Vertreter" sah und dessen Tätigkeit durch eine "Kommission" entgalt. Für den Beklagten bestand der Zweck des Vertrages darin, sich - gegen Leistung einer nach dem Erfolg bemessenen Vergütung - die Hilfe des Klägers zu

sichern, um eigene Geschäfte zu tätigen, während der Kläger darauf ausging, zum Zustandekommen und teilweise auch noch zur Erfüllung von Geschäften des Beklagten beizutragen, um die Vergütung zu verdienen. Der Vertrag ist auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung, nicht auf Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gerichtet. d) Unbestritten ist, dass der Kläger sich als selbständiger Kaufmann betätigt hat, vom Beklagten nicht zur Leistung von Diensten auf Zeit angestellt worden ist. Ein Dienstverhältnis liegt daher nicht vor (Art. 319 OR). Die Tätigkeit des Klägers war Gegenstand eines Auftrages, dauernd Inserenten zu suchen

und mit ihnen im Namen und für Rechnung des Beklagten Verträge abzuschliessen. Der Auftrag, den der Beklagte bestreitet, lag in der Übertragung der "ausschliesslichen Vertretung seiner Inseratengeschäfte", wie Art. 1 des Vertrages sie vorsah. Da der Kläger, wie ausgeführt worden ist, die Inseratenverträge im Namen und auf Rechnung des Beklagten abzuschliessen hatte, sind alle Merkmale eines Agenturvertrages erfüllt.

2. Art. 418a - 418v sind dem Obligationenrecht durch das Bundesgesetz über den Agenturvertrag vom 4. Februar 1949 beigefügt worden, das am 1. Januar 1950 in Kraft trat, also in einem Zeitpunkt, in dem das Vertragsverhältnis der Parteien schon bestand. Art. 418u gehört nicht zu den Normen, die Art. 1 Abs. 1 der Schlussbestimmungen dieses Gesetzes auch auf die bei seinem Inkrafttreten bestehenden Agenturverträge als sofort anwendbar erklärt. Er trifft dagegen auf das streitige Rechtsverhältnis kraft des Art. 1 Abs. 2 dieser Schlussbestimmungen seit 1. Januar 1952 zu. Damit ist nicht gesagt, ob der Anspruch, den Art. 418u dem Agenten verleiht, auch aus Tatsachen abgeleitet werden kann, die vor dem 1. Januar 1952 eingetreten sind. Da das Obligationenrecht ein Teil des Zivilgesetzbuches ist, sind dessen Anwendungs- und Einführungsbestimmungen

(Schlusstitel) anwendbar. Darnach gilt zwar der Grundsatz, dass die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten sind, auch nachher noch nach altem Recht beurteilt werden (Art. 1 SchlT ZGB). Aber Tatsachen, die, obwohl sie zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechts schon bestehen, einen rechtlich geschützten Anspruch bis dahin noch nicht begründet haben, stehen nach diesem Zeitpunkt in bezug auf ihre Wirkung unter neuem Recht (Art. 4 SchlT ZGB). Daher kann der Kläger die Rechte nach Art. 418u OR auch aus seiner vor dem 1. Januar 1952 entwickelten vertraglichen Tätigkeit geltend machen.

3. Anspruch auf "Entschädigung" gemäss Art. 418u OR hat der Agent, wenn seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat, dem Auftraggeber aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile erwachsen, der Agent die Auflösung nicht zu vertreten hat und der Anspruch auch sonst nicht unbillig ist. Das Handelsgericht hat nicht dazu Stellung genommen, ob diese vom Beklagten samt und sonders bestrittenen Voraussetzungen erfüllt seien. Die Sache ist daher zurückzuweisen, damit es darüber entscheide und, falls es den Anspruch bejaht, dessen Höhe bestimme. Dabei hat es zu berücksichtigen, dass der Anspruch laut Gesetz angemessen sein muss und einen Nettojahresverdienst des Klägers aus dem Vertragsverhältnis, berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre, nicht übersteigen darf. ..

7. Das Handelsgericht hat die vom Kläger begehrte Verzinsung der vom Beklagten im Verlaufe des Prozesses getilgten Schuld von Fr. 35'887.47 abgelehnt, weil nach Art. 5 des Vertrages die Verbindlichkeiten des Beklagten erst mit dem Erscheinen der Inserate fällig geworden seien und der Beklagte die fälligen Beträge jeweils rechtzeitig bezahlt habe. Dem hält der Kläger mit der Berufung entgegen, gemäss Art. 418t Abs. 2 OR seien seine Ansprüche

schon mit der Beendigung des Agenturverhältnisses fällig geworden, da die Parteien binnen der in Art. 1 Abs. 2 der Schlussbestimmungen des Bundesgesetzes über den Agenturvertrag vorgesehenen zweijährigen Übergangsfrist keine abweichende schriftliche Vereinbarung getroffen hätten. Dass diese Bestimmung das neue

Recht anwendbar erklärt, falls der Vertrag nicht binnen zwei Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes den neuen Normen angepasst werde, heisst indessen nur, dass die Parteien während zwei Jahren Gelegenheit hätten, die Lücken des Vertrages durch eine von nachgiebigen Normen des Gesetzes abweichende Regelung auszufüllen, nicht auch, dass eine schon bestehende vertragliche Bestimmung, die von solchen Normen abweicht, dahinfalle, wenn sie binnen der zwei Jahre nicht ausdrücklich erneuert werde. Was die Parteien unter altem Recht vereinbart haben, gilt ohne weiteres auch unter neuem Recht, zwingende Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten. Der Gesetzgeber hatte keinen Grund, eine auch nach neuem Recht zulässige vertragliche Ordnung mangels ausdrücklicher Erneuerung hinfällig zu erklären.