

la suspension de cause, le bénéfice de l'interruption résultant de son action en justice et des actes de procédure ultérieurs.

Cette interprétation de l'art. 138 al. 1<sup>er</sup> trouve un point d'appui dans l'art. 134 ch. 6 CO à teneur duquel la prescription ne court point tant qu'il est impossible de faire valoir la créance devant un tribunal suisse. L'ordonnance de suspension empêche effectivement le demandeur de faire des actes judiciaires devant le tribunal saisi. L'idée qui est à la base de l'art. 134 ch. 6 exige aussi que l'effet interruptif de ce prononcé se prolonge jusqu'au moment où le demandeur recouvre la possibilité de requérir la reprise du procès.

bb) En l'espèce, le Président du Tribunal de commerce a ordonné, à la requête des défenderesses, la suspension du procès civil jusqu'à ce que les autorités judiciaires compétentes aient statué sur l'action pénale en cours. Cette suspension s'est prolongée au-delà du délai de prescription de deux ans. La mesure paraît avoir été justifiée; quoi qu'il en soit, elle a produit ses effets. La demanderesse ne pouvait faire autre chose que d'attendre que disparût la cause qui légitimait la suspension. Cela supposait que la question pénale fût définitivement éclaircie et qu'ainsi la continuation de l'instance devînt possible. Tel n'a été le cas ni lors de l'ordonnance de non-lieu du 22 août 1944 que les défenderesses ont attaquée avec succès, ni même lors de celle du 4 février 1946, qui n'est pas non plus passée en force, le recours des compagnies d'assurances ayant abouti au renvoi des prévenus devant la juridiction de jugement. La demanderesse a cependant, à la suite de cette seconde ordonnance, requis, le 25 février 1946, la reprise de cause; mais, après que le juge eut fait droit à cette requête, il a suspendu à nouveau le procès civil en raison de la reprise de l'affaire pénale. Celle-ci a été définitivement terminée le 20 novembre 1947. C'est en réalité à partir de ce moment-là seulement que la demanderesse a recouvré la possibilité de faire de nouveaux actes de

procédure, en requérant notamment la fixation aux défenderesses d'un délai pour la réponse. Depuis la date du 20 novembre 1947, l'action dérivant du contrat d'assurance n'a pu se prescrire.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à la juridiction cantonale pour qu'elle statue au fond.

## V. ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS DER HANDELSREISENDEN

### CONDITIONS D'ENGAGEMENT DES VOYAGEURS DE COMMERCE

36. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Juni 1949  
i. S. Baldinger gegen Binder.

*Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden.*

Eine vertragliche Abrede, welche Fixum und Unkostenvergütung je getrennt und unbedingt, ein zusätzliches Entgelt aber nur in dem Masse gewährt, als die Summe der Provisionsanteile die Summe der festen Bezüge übersteigt, verstösst nicht gegen Art. 13 Abs. 2 HRAG.

*Conditions d'engagement des voyageurs de commerce.*

Convention d'après laquelle le traitement fixe et les frais de voyage sont fixés séparément et dus dans tous les cas, tandis qu'une rémunération supplémentaire n'est due que dans la mesure où le total des commissions excède le montant de la rémunération fixe (traitement et frais). Cette convention n'est pas contraire à l'art. 13 al. 2 LEVC.

*Condizioni d'impiego dei commessi viaggiatori.*

Convenzione, secondo cui lo stipendio fisso e le spese sono stabiliti separatamente e dovuti in ogni caso, mentre una mercede supplementare è dovuta soltanto nella misura in cui il totale delle provvigioni eccede l'ammontare dello stipendio e delle spese. Una siffatta convenzione non è contraria all'art. 13 cp. 2 LICV.

A. — Seit Juli 1941 war Othmar Baldinger bei Robert Binder, dem Generalagenten der Lebensversicherungsge-

sellschaft « Patria » in Zürich, als Berufsvertreter angestellt. Der nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden (HRAG) neu formulierte Dienstvertrag vom 1. April 1942 bestimmte in Art. 6 :

« Als Entgelt für seine Tätigkeit wird dem Berufsvertreter ein Jahreseinkommen von Fr. 5400.— ... und je nach der Leistung eine Gratifikation gewährt. Überdies erhält er eine monatliche Unkostenvergütung von Fr. 200.—. ... Diese Unkostenvergütung gilt als Entschädigung für alle durch die berufliche Tätigkeit verursachten Auslagen, wie Fahrspesen, Verpflegung, Telephone, Porti etc. »

Ein vom gleichen Tage datierter « Nachtrag Nr. 1 » enthielt die nachstehende Vereinbarung über die Art der Festsetzung der in Art. 6 des Hauptvertrages vorgesehenen Gratifikation :

« Dem Berufsvertreter werden, sobald sie verdient sind, folgende Abschlussprovisionen, sowie Supplementsprovisionen, abzüglich der seinen Vertretern zukommenden Provisionsanteile, auf Gratifikationskonto gutgeschrieben :

(Näheres über die Ansätze ; darüber, wann die Provisionen als « voll verdient » gelten ; über die Gestaltung der Gutschrift).

Dem Berufsvertreter wird auf Gratifikationskonto belastet :  
Fr. 650.— auf Ende jeden Monats.

Eine Abrechnung findet vierteljährlich statt. Eine Gratifikation ist verdient und wird ausbezahlt, wenn das Gratifikationskonto mit einem Guthaben abschliesst. Das Guthaben bildet die Gratifikation. Ein Debetsaldo wird auf neue Rechnung vorgetragen.

Weist das Gratifikationskonto des Berufsvertreters bei Ablauf des Vertrages ein Guthaben auf, so wird dasselbe ausbezahlt. Ist ein Debetsaldo vorhanden, so verbleiben dem Generalagenten die bei Ablauf des Vertrages noch nicht verdienten Provisionsraten bis zum Betrage des Debetsaldos. Ein allfälliger Überschuss wird dem Berufsvertreter als letzte Gratifikation ausgerichtet. »

Der zu belastende Betrag von Fr. 650.— setzt sich zusammen aus dem festen Gehalt (Fr. 450.—) und der monatlichen Unkostenvergütung (Fr. 200.—).

Durch einen « Nachtrag Nr. 2 » vom 1. Oktober 1942 wurden das feste Jahreseinkommen Baldingers auf Fr. 7200.— (Fr. 600.— im Monat) und entsprechend die Belastung des Gratifikationskontos gemäss « Nachtrag Nr. 1 » auf Fr. 800.— erhöht.

B. — Auf den 31. März 1945 trat Baldinger aus dem Dienst der « Patria » bzw. ihres Generalagenten Binder aus. Während der Vertragsdauer hatte er insgesamt bezogen : Fr. 17,538.55 an festem Gehalt ; Fr. 6146.10 an Unkostenvergütung ; Fr. 1890.40 an Ferien-, Teuerungs- und Militärdienstzulagen.

In seinem Kündigungsschreiben vom 3. März 1945 führte Baldinger u. a. aus, man habe ihn kürzlich darauf aufmerksam gemacht, dass sein Anstellungsvertrag Art. 13 des HRAG verletze, weil der Auslagenersatz von monatlich Fr. 200.— gleich dem festen Gehalt den gutgeschriebenen Provisionen belastet worden sei ; darum verlange er die Erstellung einer neuen Abrechnung über das Gratifikationskonto unter Ausscheidung der Spesenentschädigung, sowie Auszahlung des Überschusses. Da Binder auf dieses Ansinnen nicht einging, kam es zum Prozess, in welchem Baldinger Zuspruch von Fr. 6159.65 nebst 5 % Zins ab 1. April 1945 und Staffelnzinsen seit 1. Mai 1942, ferner Ersatz der Kosten des Zahlungsbefehls und Erteilung definitiver Rechtsöffnung für den in Betreibung gesetzten Teilbetrag von Fr. 3614.35 mit Zinsen beehrte.

Die Klage wurde vom Bezirksgericht Zürich geschützt (ausgenommen die Forderung für Staffelnzinsen), vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 22. Oktober 1948 abgewiesen.

C. — Der Kläger legte Berufung an das Bundesgericht ein. Er beantragt Gutheissung der Klage. Der Beklagte schliesst auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien untersteht dem HRAG, was bereits vom Bezirksgericht zutreffend dargetan und vom Beklagten vor Obergericht anerkannt wurde.

2. — Vorgängig der Würdigung unter dem Gesichtspunkt der massgebenden Gesetzesnorm ist der Inhalt der umstrittenen Abmachungen zu ermitteln.

a) Gemäss Art. 6 des Hauptvertrages in der ursprünglichen wie in der durch den Nachtrag Nr. 2 modifizierten Fassung zerfallen die Bezüge des Klägers in Gehalt, « Gratifikation » und Spesenentschädigung.

Fest und unbedingt sind ein Jahreseinkommen von Fr. 5400.—, ab 1. Oktober 1942 von Fr. 7200.—, und eine monatliche Unkostenvergütung von Fr. 200.— gewährt. Diese beiden rechtlich verschiedenartigen Zusicherungen entsprechen grundsätzlich den in Art. 9 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 HRAG genannten Verpflichtungen des Dienstherrn. Masslich werden sie, wie der Kläger in der Berufungsschrift erklärt, nicht beanstandet.

Eine « Gratifikation » wird « je nach der Leistung » versprochen. Ihre Höhe ist nicht bestimmt, noch sind Bewertungssätze oder sonstige im Versicherungsgewerbe etwa übliche Bemessungsfaktoren verzeichnet. Art. 6 des Hauptvertrages erheischt daher offensichtlich eine Ergänzung. Sie findet sich im Nachtrag Nr. 1 mit der Ordnung von Gutschriften und Belastungen auf einem besonderen « Gratifikationskonto », dessen Saldo aus vierteljährlichem Abschluss je nachdem, ob er für den Kläger aktiv oder passiv ist, als « Gratifikation » ausbezahlt oder auf neue Rechnung vorgetragen wird. Wesentlich an dieser Regelung ist, dass zur Tilgung eines bei Ablauf des Vertrages vorhandenen Debetsaldos einzig auf « noch nicht verdiente Provisionsraten » und nicht auch auf das feste Gehalt oder die Unkostenvergütung gegriffen werden kann.

b) Hauptvertrag und Nachtrag Nr. 1 sind unter Verwendung vorgedruckter Formulare der « Patria » abgeschlossen worden. Die darin enthaltenen Abreden muss sich daher der Beklagte so entgegenhalten lassen, wie sie der Kläger in guten Treuen auffassen durfte. Sie sind, soweit hier von Belang, nicht gerade vorbildlich redigiert. Insbesondere fehlt beim Nachtrag Nr. 1 eine augenfällige systematische Gliederung. Der mehrfache Gebrauch des Ausdruckes « verdient » mit Bezug sowohl auf die gutzubringenden Provisionen wie auf die erst aus der Gegen-

überstellung mit den Belastungen des Kontos resultierende « Gratifikation » erscheint zumindest als ungeschickt. Unzutreffend ist, im Nachtrag Nr. 1 wie in Art. 6 des Hauptvertrages, die Bezeichnung « Gratifikation » für das neben dem Fixum bewilligte Entgelt. Dieses besteht ausschliesslich in Anteilen am Wert der vom Dienstnehmer abgeschlossenen oder vermittelten Geschäfte und qualifiziert sich damit, wie beide Vorinstanzen mit Recht betont haben, nicht als Gratifikation, sondern als Provision. Indessen sind ungeachtet solcher Mängel aus den vorliegenden Texten der den verschiedenen Klauseln gemeinsame Grundgedanke, auf den es entscheidend ankommt, ebenso wie das Ergebnis seiner praktischen Durchführung ohne weiteres erkennbar, und sie waren es zweifellos auch für den Kläger.

Vorerst ist Art. 6 des Hauptvertrages völlig klar insofern, als er die « Gratifikation », anders als Fixum und Unkostenvergütung, nicht bedingungslos zusagt, sondern ihre Gewährung von der Erfüllung leistungsmässiger Voraussetzungen abhängig macht. Es lässt sich daraus keineswegs ableiten, der Berufsvertreter habe schlechthin Anspruch auf ein zusätzliches Entgelt. Erst recht verbietet sich eine dahingehende Annahme, sobald Art. 6 in Verbindung gebracht wird mit dem Nachtrag Nr. 1. Dieser stellt nicht etwa eine Nebenabrede und überhaupt nicht einen « Nachtrag » im begrifflichen Sinne des Wortes dar. Er wurde mit dem Hauptvertrag vereinbart. Und inhaltlich — wie übrigens nach der unmissverständlichen Einleitung auch formell — erscheint er als Bestandteil von dessen Art. 6. Aus dem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang erhellt, dass der Kläger Art. 6 des Hauptvertrages und den Nachtrag Nr. 1 nicht je für sich allein, sondern beide nur als einheitliches Ganzes betrachten und akzeptieren konnte. Durchlas er aber die Abmachungen in ihrer Gesamtheit auch bloss mit einiger Aufmerksamkeit, so musste er sich darüber Rechenschaft geben, dass er die « Gratifikation » erst bei Überschreitung einer gewissen minimalen

Leistung erhielt und dass sie auch dann lediglich in einem Betrage bestand, der deutlich genug als Differenz zwischen den Summen der zuerkannten Provisionen einerseits, der festen Monatsbeträge an Gehalt und Auslagenersatz andererseits umschrieben war. Solche Einsicht ist dem Kläger umso mehr zuzumuten, als er bei Abschluss des Vertrages vom 1. April 1942 kein Neuling im Versicherungsgewerbe war. Tatsächlich hat er die « Gratifikations »-Abrede als solche und in ihrer Anwendung während der ganzen Vertragsdauer so hingenommen, wie sie in Wirklichkeit gemeint war. Mit der Kündigung erhob er dann gestützt auf Informationen von dritter Seite Einspruch, und seither versucht er seinen Standpunkt mit einzelnen Wendungen im Nachtrag zu belegen, die er vorher nie so ausgelegt hat. Es widerspricht aber geradezu Treu und Glauben, wenn der Kläger heute geltend machen will, er habe nur jene Stellen des Nachtrages beachtet, in denen von « verdienten » oder « voll verdienten » Provisionen die Rede ist, und nicht die anderen Abschnitte, welche von den ins Konto aufzunehmenden Passivposten und den Abrechnungsmodalitäten handeln. Bei der ganzen Sachlage, bei den Fähigkeiten, die sich der Kläger zuschreibt, und zumal angesichts des Nachtrages Nr. 2, wo der die Kontobelastungen betreffende Passus des Nachtrages Nr. 1 in neuer Fassung unmittelbar neben den angeänderten Art. 6 des Hauptvertrages gestellt ist, erscheint es als undenkbar, dass der Kläger die Vereinbarungen nicht vollständig und richtig erfasst hätte.

3. — Zu prüfen bleibt, ob Vereinbarungen der vorstehend erörterten Art vor Art. 13 Abs. 2 HRAG standhalten.

Art. 10 des Normalarbeitsvertrages vom 7. Juli 1931 (AS 47 S. 453 ff.) gab dem Reisenden Anspruch auf Vergütung aller ihm durch die Reisetätigkeit erwachsenden Auslagen. Da eine normalvertragliche Regelung durch besondere Übereinkunft verdrängt werden kann, wurde von dieser Möglichkeit häufig Gebrauch gemacht. So gab es Reisende, welche lediglich einen Spesenzuschuss erhielten; andere bekamen Auslagenvergütung nur, wenn sie

Bestellungen einbrachten; manche wurden auf reiner Provisionsbasis entlohnt und hatten ihre Unkosten selber zu tragen.

Solchen Praktiken wollte das HRAG wehren. Es statuiert in Art. 13 zwingend die Pflicht des Dienstherrn zu vollem Auslagenersatz. Zwar wird in Abs. 2 die schriftliche Vereinbarung eines festen Taggeldes gestattet (damit anerkanntermassen auch einer festen Monatsentschädigung), sofern es sämtliche unter die Definition fallenden Auslagen deckt. « Dagegen ist eine vertragliche Abrede, dass der Auslagenersatz im festen Gehalt oder in der Provision ganz oder teilweise eingeschlossen sein soll, unzulässig. » Diese Bestimmung ist nur eine Konsequenz des Grundsatzes des vollen Auslagenersatzes (vgl. Botschaft BBl. 1940 S. 1343, 1323). Ihr offenkundiger Zweck ist es, zu verhindern, dass der Reisende aus eigenen Mitteln die Spesen bestreiten muss. Das abgemachte — aber nach wie vor beliebig festsetzbare — Arbeitsentgelt soll dem Reisenden ungeschmälert, als Nettoverdienst zukommen. Im Verträge müssen daher Lohn (Fixum mit oder ohne Provision) und Spesenersatz ausgeschieden werden, und es darf nicht dieser in jenem inbegriffen sein (vgl. StenBull NR 1941 S. 90).

Das ist er aber vorliegend nicht. Wie oben gezeigt, wurden dem Kläger ein festes Einkommen und eine feste Unkostenvergütung getrennt und unbedingt zugesichert, eine « Gratifikation » (recte Provision) jedoch nur unter Vorbehalt, nämlich wenn und soweit das Gratifikationskonto beim jeweiligen Abschluss an vorbestimmten Terminen ein Guthaben auswies. Gehalt und Spesenentschädigung sind dem Kläger voll ausbezahlt worden. Eine Kürzung des Fixums durch gänzlichen oder teilweisen Einbezug des Auslagenersatzes hat also nicht stattgefunden. Andererseits war ein zusätzliches Entgelt zum vorneherein und unbeschadet der festen Bezüge nur in der erwähnten Form und Höhe geschuldet. Dass es ihm in diesem Ausmass vorenthalten worden sei, behauptet der Kläger nicht.

Mithin hat er alles empfangen, was ihm nach Vertrag und Gesetz zusteht. Art. 13 Abs. 2 HRAG ist nicht umgangen worden. Bei seiner abweichenden Argumentation übersieht der Kläger, dass für die Bemessung des Entgeltes, und zwar des festen Gehaltes sowohl wie einer eventuell hinzukommenden Provision, der Grundsatz der Dispositionsfreiheit herrscht. Nach Art. 9 HRAG ist die Entrichtung einer Provision nicht vorgeschrieben. Daher kann sie, falls sie versprochen wird, auch an Bedingungen geknüpft sein. Das HRAG untersagt dem Dienstherrn nicht, eine Provision erst zuzubilligen, nachdem die vom Dienstnehmer vermittelten Geschäfte wertmässig eine Mindestsumme erreicht haben. Die Begrenzung kann erfolgen entweder durch Beschränkung der Provisionsberechtigung auf die einen gewissen Totalbetrag übersteigenden Abschlüsse oder dadurch, dass von den auf sämtliche Abschlüsse errechneten Provisionen nur einem oberen Bruchteil, beispielsweise einem nach Abzug der festen monatlichen Zahlungen verbleibenden Überschuss, Entgeltscharakter zuerkannt wird. Die Parteien haben das letztere Verfahren gewählt. Das verstösst nicht gegen Art. 13 Abs. 2 HRAG.

Die Vorinstanz verweist, teils zustimmend teils ablehnend, auf Erkenntnisse anderer kantonaler Gerichte, die sich mit analogen (gleichartige Verträge betreffenden) Fällen zu befassen hatten. Während das Zivilgericht Basel-Stadt (Urteil vom 6. Juni 1947 i. S. Rudmann c. Günthard und « Patria ») und das Kantonsgericht Neuenburg (Urteil vom 8. März 1948 i. S. Evard c. Vauthier und « Patria ») zum selben Ergebnis wie die Vorinstanz gelangten, bekannte sich das Obergericht des Kantons Thurgau mit Entscheidung vom 15. April 1947 i. S. Lüdi c. Hungerbühler zu einer gegenteiligen Ansicht, die vom Bundesgericht auf staatsrechtliche Beschwerde hin als nicht willkürlich befunden wurde (Urteil vom 8. Juli 1947). Bei Auslegung von Art. 13 Abs. 2 HRAG übernahm das thurgauische Obergericht die wörtlich wiedergegebene Kommentierung MEISTERS (Praktischer Leitfaden zum HRAG S. 76 f.), der nach Erläuterung des Wesens und der Funktion des Aus-

lagersatzes u. a. erklärt, es dürfe « die Höhe des Gehaltes oder der Provision nicht vom Ausmass des Spesenersatzes abhängig gemacht, noch sonstwie damit in Zusammenhang gebracht werden ». Dieser Schluss aus an und für sich zutreffenden Prämissen kann richtig oder falsch sein, je nachdem, wie er gemeint ist. Was das Gesetz will, wurde dargelegt: der Spesenersatz muss voll gewährt, darf also nicht vom Entgelt abgezogen oder mit ihm verrechnet werden. Es ist aber selbstverständlich, dass sich das Verbot nur auf das als solches zugesicherte Entgelt in Form von Gehalt oder Provision bezieht. Das Obergericht des Kantons Thurgau ging davon aus (und ihm folgend auch das Bezirksgericht Zürich im vorliegenden Prozess), dass der Anstellungsvertrag dem Berufsvertreter die Gesamtsumme der gutzuschreibenden Provisionen verspreche. Darin irrte es. Denn als Entgelt zugesagt war eben einzig und allein ein Überschussbetrag der, gleich den festen Bezügen, zur Berechnungsgrundlage genommenen Provisionen. Und hievon geht nach der geltenden Vereinbarung für Spesen weder durch Verrechnung noch auf andere Weise etwas ab, womit dem Art. 13 Abs. 2 HRAG Genüge getan ist. Wenn nun die zitierte Folgerung MEISTERS nicht weiter als auf die Verwirklichung der gesetzlichen Anordnung zielt, kann ihr beigetreten werden. Sollte sie aber dahin zu verstehen sein, dass Auslagersatz und Provision überhaupt nicht, d. h. auch nicht zum Zwecke der Bemessung eines an sich selbständigen Entgeltsanspruchs miteinander in Beziehung gebracht werden dürfen, so wäre sie mit dem Sinn und Zweck der Gesetzesvorschrift nicht vereinbar und auch mit dem vom HRAG nicht beseitigten Grundsatz der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Festsetzung des Arbeitsentgeltes im Widerspruch.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Oktober 1948 bestätigt.