

PD Dr. Arnold F. Rusch

## **Hilfsperson, Substitut und Direktanspruch**

---

Bei der Substitution im Interesse des Beauftragten gibt es kein Haftungsprivileg nach Art. 399 Abs. 2 OR. Mehrere Autoren analysieren die Interessenlage nicht erst bei der Frage nach dem Haftungsprivileg, sondern schon bei der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut. Diese scheinbare Vereinfachung führt jedoch zum Wegfall des Direktanspruchs gemäss Art. 399 Abs. 3 OR. Der Autor geht in den nachfolgenden Erwägungen der Frage nach, welche Unterscheidung den Vorzug verdient, indem er die Bedeutung des Direktanspruchs analysiert.

---

Rechtsgebiet(e): Obligationenrecht; Auftrag

Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch, Hilfsperson, Substitut und Direktanspruch, in: Jusletter 18. Oktober 2010

## Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
  - II. Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitution
    1. Terminologie
    2. Kriterium der Selbständigkeit
    3. Weiteres Kriterium der Interessenlage
  - III. Deutungsmöglichkeiten des Art. 399 Abs. 3 OR
    1. Ausgleich des Haftungsprivilegs
    2. Ausgleich der nicht persönlichen Erfüllung
    3. Ausgleich der Nachteile indirekter Stellvertretung
    4. Drittschadensliquidation
    5. Echter Vertrag zugunsten Dritter
  - IV. Schlusswort
- Literaturverzeichnis

## I. Problemstellung

[Rz 1] Während der Beauftragte für die Hilfsperson nach den Regeln des Art. 101 OR haftet, kommt er bei befugter Substitution in den Genuss des Haftungsprivilegs gemäss Art. 399 Abs. 2 OR. Rechtsprechung und Lehre lassen dieses Privileg jedoch nicht für jede Substitution gelten. Nur die *Substitution im Interesse des Auftraggebers* rechtfertigt die Beschränkung der Haftung des Beauftragten auf die *cura in eligendo et instruendo*.<sup>1</sup> Es gibt folglich Substituten, für die der Beauftragte dennoch nach dem strengen Regime des Art. 101 OR haftet.

[Rz 2] Mehrere Autoren berücksichtigen die Interessenlage nicht erst beim Haftungsprivileg, sondern schon bei der Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut.<sup>2</sup> Durch diese scheinbare Vereinfachung verliert der Auftraggeber den Direktanspruch gegen den Substituten gemäss Art. 399 Abs. 3 OR. Dieser existiert bei Hilfspersonen nicht.<sup>3</sup> Die nachfolgenden Gedanken zeigen die Unterscheidung zwischen der Hilfsperson und dem Substituten und gehen der Frage nach, welche Bedeutung dem Direktanspruch nach Art. 399 Abs. 3 OR zukommt. Gestützt auf diese Erkenntnisse ergibt sich die Antwort, wann die Prüfung der Interessenlage erfolgen sollte.

<sup>1</sup> Vgl. BGE 112 II 347 ff., 353 f.; vgl. BK-FELLMANN, OR 398 N 544; ohne spezielle Vereinbarung gehört die *cura in custodiendo* (Überwachungspflicht) nicht zum Pflichtenheft des Beauftragten, weil dieser gerade selbständig tätig werden soll (vgl. BK-FELLMANN, OR 399 N 68 ff.).

<sup>2</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3061; vgl. HUGUENIN, OR BT, N 773. CR-WERRO, CO 398 N 5 f. und CO 399 N 4 f. praktiziert die Unterscheidung im klassischen Sinne.

<sup>3</sup> Vgl. CHK-FURRER/WEY, OR 101 N 38, BSK-WIEGAND, OR 101 N 18, CR-THÉVENOZ, CO 101 N 33, BGE 77 II 148 ff., 149, 151; a.M. SPIRO, S. 93, Fn. 27 und S. 312 f., von TUHR/ESCHER, S. 130 und BK-WEBER, OR 101 N 174.

## II. Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitution

### 1. Terminologie

[Rz 3] Die relevanten Parteien heissen *Auftraggeber* und *Beauftragter*. Der Beauftragte zieht entweder eine *Hilfsperson* oder einen *Substituten* bei. Zwischen dem Beauftragten und dem Substituten besteht der *Unterauftrag*.<sup>4</sup> Die Substitution unterscheidet sich vom *weitergeleiteten Auftrag* oder *Vermittlungsauftrag*, bei dem der Beauftragte lediglich eine Person zu finden und deren Beauftragung im Namen des Auftraggebers zu veranlassen hat.<sup>5</sup>

### 2. Kriterium der Selbständigkeit

[Rz 4] Die klassische Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut erfolgt nach der *Selbständigkeit* des beigezogenen Dritten. Nur wenn dieser die Aufgabe selbständig erfüllt, geht das Bundesgericht von einem Substituten aus.<sup>6</sup> Die Selbständigkeit ergibt sich aus der wirtschaftlichen Unabhängigkeit, bei der keine Leitung oder Überwachung des Substituten erfolgt.<sup>7</sup>

### 3. Weiteres Kriterium der Interessenlage

[Rz 5] Lehre und Rechtsprechung bejahen ein Interesse des Auftraggebers an der Substitution, wenn der Substitut über Spezialistenwissen verfügt und nicht zur Erfüllungsorganisation des Beauftragten gehört. Liegt der Beizug *auch* im Interesse des Beauftragten, ist das Haftungsprivileg kaum gerechtfertigt.<sup>8</sup> Mehrere Autoren berücksichtigen die Interessenlage bereits bei der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Substitut und Hilfsperson.<sup>9</sup> Das Bundesgericht prüft die Interessenlage jedoch erst und nur bei der Frage, ob das Haftungsprivileg nach Art. 399 Abs. 2 OR berechtigt

<sup>4</sup> Vgl. BK-FELLMANN, OR 398 N 562 und 592.

<sup>5</sup> Vgl. dazu BK-FELLMANN, OR 398 N 559 f. und zum deutschen Recht STAUDINGER-MARTINEK, BGB 664 N 2; FRIEDRICH, ZBJV 1955, S. 464 f., lässt die Substitution nur im Falle des Ersatzauftrags gelten und den Beauftragten in allen anderen Fällen für den Dritten haften. Der Ersatzauftrag ist ein in direkter Stellvertretung abgeschlossener Auftrag mit dem Dritten. Nur dann ist es nach seiner Meinung gerechtfertigt, den Beauftragten lediglich für die Auswahl und Instruktion haften zu lassen.

<sup>6</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_407/2007 vom 14. März 2008, Erw. 2.3; vgl. BGE 103 II 59 ff., 62.

<sup>7</sup> Vgl. CHK-GEHRER/GIGER, OR 399 N 4; vgl. BK-FELLMANN, OR 398 N 542; vgl. BUCHER, OR BT, S. 232.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 112 II 347 ff., 354; vgl. BGE 107 II 238 ff., 245; vgl. HUGUENIN, OR BT, N 773 f.; vgl. CHK-GEHRER/GIGER, OR 399 N 15; vgl. BSK-WEBER, OR 399 N 3.

<sup>9</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3061; vgl. HUGUENIN, OR BT, N 773 und OR AT, N 727; vgl. auch BK-FELLMANN, OR 398 N 542, der bei der Abgrenzung berücksichtigen will, ob die reduzierte Haftung gerechtfertigt ist.

ist.<sup>10</sup> Dies entspricht auch der Forderung von DROZ in einer neueren Dissertation.<sup>11</sup> GEHRER und GIGER gehen auf dieses Problem explizit ein und wollen die Interessenlage nur beim Haftungsprivileg berücksichtigen. Sie messen der unterschiedlichen Prüfung jedoch nur dogmatische Bedeutung zu.<sup>12</sup> Dies ist nicht zutreffend, weil gegen die Hilfsperson im Unterschied zum Substituten kein Direktanspruch des Auftraggebers nach Art. 399 Abs. 3 OR besteht.

### III. Deutungsmöglichkeiten des Art. 399 Abs. 3 OR

#### 1. Ausgleich des Haftungsprivilegs

[Rz 6] Fellmann und Hofstetter sehen im Direktanspruch nach Art. 399 Abs. 3 OR einen Ausgleich für das Haftungsprivileg des Beauftragten.<sup>13</sup> Es wäre folglich richtig, bei der Substitution im Interesse des Beauftragten den Direktanspruch zu versagen, weil das Haftungsprivileg nicht besteht. Dies würde es rechtfertigen, die Interessenlage schon bei der Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut zu berücksichtigen. Der Gedanke hat vordergründig etwas für sich. Haftet der Beauftragte gemäss Art. 101 OR, gibt es keinen Grund, auch den beigezogenen Dritten zu belangen. Dann wäre es ebenso richtig, den Direktanspruch bei der unbefugten Substitution zu versagen. Auch hier haftet der Beauftragte voll. Art. 399 Abs. 3 OR («In beiden Fällen») widerlegt diese

These jedoch gleich selbst. Der Direktanspruch besteht auch bei der unbefugten Substitution, die kein Haftungsprivileg gewährt. Die ratio legis des Direktanspruchs kann folglich nicht im Ausgleich des Haftungsprivilegs liegen.

#### 2. Ausgleich der nicht persönlichen Erfüllung

[Rz 7] Die Begründung liegt deshalb vielmehr darin, dass der Direktanspruch einen Ausgleich *zum Verzicht auf die persönliche Ausführung* des Mandats schafft.<sup>14</sup> Dies spricht dafür, den Direktanspruch in allen Fällen der befugten und unbefugten Substitution zu gewähren, also auch bei der Substitution im Interesse des Beauftragten. Die Interessenlage zwischen Auftraggeber und Beauftragtem kann das Haftungsprivileg nach Art. 399 Abs. 2 OR nicht immer rechtfertigen. Die Interessenlage zwischen Auftraggeber und Substitut hingegen rechtfertigt den Direktanspruch gemäss Art. 399 Abs. 3 OR in beiden Fällen – bei der Substitution im Interesse des Auftraggebers und bei derjenigen im Interesse des Beauftragten.<sup>15</sup>

[Rz 8] Die Berücksichtigung der Interessenlage schon bei der Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut würde vom Auftraggeber vor Klageerhebung eine schwierige Weichenstellung verlangen. Er müsste sich dabei mit Verhältnissen und Interessenlagen auseinandersetzen, die er nur schlecht überblickt und möglicherweise auch nicht versteht. Versteht oder weiss ein Auftraggeber, weshalb, wann und wie der Arzt oder der Anwalt einen Dritten beizieht? Klagt er den Beauftragten ein, so beruft sich dieser auf sein Haftungsprivileg nach Art. 399 Abs. 2 OR. Klagt er den Substituten ein, kann dieser seine Passivlegitimation mit dem Argument bestreiten, er sei bloss eine Hilfsperson oder ein Substitut, der im Interesse des Beauftragten gearbeitet habe – womit er im Ergebnis wieder als Hilfsperson nicht passivlegitimiert wäre! Der Direktanspruch gegen den Substituten sollte deshalb unabhängig von der Interessenlage bestehen. Dies bedingt aber, dass die Prüfung der Interessenlage nur bei der Frage des Haftungsprivilegs erfolgt. Der Direktanspruch gegen den Substituten ist der Preis dafür, dass der Beauftragte nicht persönlich erfüllt – wenigstens sollte dann klar sein, wer haftet.

[Rz 9] Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid die oben beschriebene Unsicherheit bei der Einschätzung der Interessenlage entscheidend verschärft. Es erachtete die Würdigung der Vorinstanz als nicht unhaltbar, wonach der Beizug eines Anwalts derselben Kanzlei angesichts der Zeitnot und der Arbeitsüberlastung des Beauftragten im Interesse des Auftraggebers gelegen habe.<sup>16</sup> Die Zurückhaltung ist

<sup>10</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_407/2007 vom 14. März 2008, Erw. 2.3.: «Das Bundesgericht hat bezüglich der Frage, ob ein vom Beauftragten im Rahmen der Auftragserfüllung beigezogener Dritter als Hilfsperson oder als Substitut zu qualifizieren sei, namentlich darauf abgestellt, ob der Dritte die ihm übertragene Aufgabe selbständig erfüllt (...). In der Lehre wird angenommen, dass daneben eine Interessenabwägung vorgenommen werden müsse (...), weil das Haftungsprivileg des Art. 399 Abs. 2 OR nicht gerechtfertigt sei, wenn die Substitution allein im Interesse des Beauftragten, z.B. zu seiner Arbeitsentlastung, erfolge (...). Dies entspricht der Rechtsprechung, wonach sich die beschränkte Haftung gemäss Art. 399 Abs. 2 OR nur rechtfertigt, wenn die Substitution im Interesse des Auftraggebers erfolgt, was namentlich zutrifft, wenn der Beauftragte einen Spezialisten beizieht (...); vgl. aber BGE 121 III 310 ff., 314: «Die Gutsschrift konnte sie aus rechtlichen Gründen nicht selbst vornehmen, sondern sie musste die kontoführende Empfängerbank damit beauftragen; zur Erreichung des Vertragsziels und Erfüllung eines Teils des Vertrages somit im Interesse des Auftraggebers eine am Vertrag nicht beteiligte Drittpartei beiziehen. Unter diesen Umständen ist die Empfängerbank als Substitutin im auftragsrechtlichen Sinn zu betrachten (...).»

<sup>11</sup> Vgl. DROZ, N 287 f.

<sup>12</sup> Vgl. CHK-GEHRER/GIGER, OR 399 N 5.

<sup>13</sup> Vgl. BK-FELLMANN, OR 399 N 93; vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 98; vgl. DROZ, N 175: «Cette disposition apparaît au contraire comme le corollaire logique de la limitation des obligations de mandataire (art. 399 al. 2 CO)», ebenso bei N 617: «Elle a notamment pour but de compenser l'absence de pré-tention du mandant contre le mandataire lorsque la substitution est justifiée et que les obligations de ce dernier sont limitées au soin avec lequel il a choisi et instruit le substitut (...); vgl. CERUTTI, N 179; vgl. BGE 121 III 310 ff., 314.

<sup>14</sup> Vgl. JAUSSE, S. 49.

<sup>15</sup> Vgl. DROZ, N 289.

<sup>16</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_407/2007 vom 14. März 2008, Erw. 3.2.; vgl. auch den Entscheid der Vorinstanz KGer SG vom 6. September 2007, BZ.2007.20.

trotz Willkürkognition unverständlich.<sup>17</sup> Der Kanzleikollege ist *erstens* in den meisten Fällen zumindest indirekt in die Erfüllungsorganisation integriert – deshalb gründen Anwälte eine Kanzlei, damit sie sich aushelfen können und durch Synergien mehr Umsatz generieren können.<sup>18</sup> Dies spricht klar für ein Interesse des Beauftragten. Das Bundesgericht belohnt dadurch *zweitens* den Anwalt, der die Zeitplanung unvernünftig vornimmt und deswegen auf andere Anwälte in der Kanzlei zurückgreifen muss.<sup>19</sup> Auch dies erfolgt im Interesse des Beauftragten. *Drittens* ist fraglich, ob der beigezogene Anwalt überhaupt selbständig arbeiten konnte – sein Beizug erfolgte zwei Tage vor der Klageeinreichung, was eine weiterführende Betreuung fast schon voraussetzt.<sup>20</sup> Die weitere Betreuung spricht gegen die Qualifikation als Substitut. *Viertens* erwähnt der Entscheid keine besondere Qualifikation oder Spezialisierung des beigezogenen Anwalts. Auch dies spricht gegen ein Interesse des Auftraggebers an der Substitution. *Fünftens* verschärft es die Unsicherheit, gegen wen der Auftraggeber klagen kann. Die Bürokollegen haben beide ein separates Interesse, ihre Passivlegitimation zu bestreiten. Sie streiten damit auf Kosten des Auftraggebers, obwohl einer von beiden sicher haftet. Der Auftraggeber müsste in die Erfüllungsorganisation des Beauftragten Einblick haben, um eine korrekte Wertung vornehmen zu können. Diese Wertung ist durch den vorliegenden Entscheid noch schwieriger geworden.

[Rz 10] Es ist folglich auch unter Berücksichtigung dieser Folgenerwägungen richtig, dem Auftraggeber einen Anspruch gegen den beigezogenen Dritten nach Art. 399 Abs. 3 OR unabhängig von der Interessenlage zu gewähren. Dieser Anspruch ergänzt den Anspruch gegen den Beauftragten nach Art. 399 Abs. 1 und 2 OR (bei unbefugter Substitution unabhängig von der Interessenlage oder befugter Substitution im

---

<sup>17</sup> Vgl. FELLMANN, Aktuelle Anwaltspraxis 2009, S. 526: «*Ob im vorliegenden Fall wirklich von einer zulässigen Substitution im Interesse des Klienten ausgegangen werden kann, wage ich zu bezweifeln. Ob das Bundesgericht bei freier Kognition zu diesem Schluss gelangt wäre, ist mindestens offen.*»

<sup>18</sup> Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 76 und SPR VII/6, S. 97 f., Fn. 35; vgl. NATER/THOMANN, SJZ 103 (2007) S. 229.

<sup>19</sup> Vgl. DROZ, N 528; vgl. aber das Urteil des Bundesgerichts 4C.313/2004 vom 21. Januar 2005, Erw. 5.3.: «*Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz verbindlich festgehalten, dass die Trocknung des (...) Wirkstoffes im Interesse der Beklagten an die Firma Z. GmbH substituiert worden sei, weil die Beklagte der Einhaltung ihrer Zeitvorgabe für die Ablieferung des Wirkstoffes <oberste Priorität> beigemessen habe. Soweit die Klägerin dagegen einwendet, die Z. GmbH sei ausschliesslich im Interesse der Klägerin beigezogen worden, weil diese nicht über die erforderlichen Maschinen verfügte, um ihre Vertragspflicht rechtzeitig erfüllen zu können, ist auf die Berufung nicht einzutreten.*»

<sup>20</sup> Dies hat der Klient ebenfalls vorgebracht: «*Auch der Umstand, dass der Beschwerdegegner Rechtsanwalt E. erst zwei Tage vor Ablauf der Frist (...) beigezogen habe, spreche für dessen Eigenschaft als Hilfsperson, sei er doch in dieser knappen Frist ohne Mithilfe des Beschwerdegegners gar nicht in der Lage gewesen, die Klage seriös abzufassen.*» (Urteil des Bundesgerichts 4A\_407/2007 vom 14. März 2008, Erw. 3.1).

Interesse des Auftraggebers) oder Art. 101 Abs. 1 OR (bei befugter Substitution im Interesse des Beauftragten). Die Berücksichtigung der Interessenlage schon bei der Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut verdient nur dann Zuspruch, wenn der vertragliche Direktanspruch auch gegen die Hilfsperson offen steht, wie dies SPIRO, VON TUHR/ESCHER und WEBER fordern.<sup>21</sup>

### 3. Ausgleich der Nachteile indirekter Stellvertretung

[Rz 11] Jaussi vertritt die Ansicht, Art. 399 Abs. 3 OR stelle einen Anwendungsfall von Art. 401 OR dar.<sup>22</sup> Die dort geregelte Legalzession ist jedoch in diesem Zusammenhang verwirrend – es gibt im Regelfall keine abtretbaren Ansprüche des (nicht geschädigten) Beauftragten gegen den Substituten.<sup>23</sup> Gegen eine Legalzession spricht auch, dass der Beauftragte seinen Anspruch gegen den Substituten behält. Es erfolgt kein Gläubigerwechsel.<sup>24</sup> JAUSSI präzisiert deshalb, dass es vorliegend eine *Legalobligation* sei.<sup>25</sup> Das Gesetz schaffe diese, um den Umweg über den Beauftragten zu ersparen: «Die dem Mandatar erteilte Ermächtigung zur indirekten Stellvertretung wirkt ausnahmsweise nicht nur im Innenverhältnis A-B, sondern in Annäherung an die direkte Stellvertretung auch direkt gegenüber dem Dritten, den B sich auf Rechnung und zum Nutzen des A verpflichtet.»<sup>26</sup> Art. 401 OR will tatsächlich die indirekte Stellvertretung der direkten annähern.<sup>27</sup> Dass Art. 399 Abs. 3 OR nur die indirekte Stellvertretung erfasst, zeigt sich gleich mehrfach.<sup>28</sup> Bei der direkten Stellvertretung bestehen vertragliche Ansprüche zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> SPIRO, S. 93, Fn. 27 und S. 312 f., VON TUHR/ESCHER, S. 130 und BK-WEBER, OR 101 N 174.

<sup>22</sup> Vgl. JAUSSI, S. 36; ebenso BK-BECKER, OR 399 N 6 f.

<sup>23</sup> Das sieht auch JAUSSI auf S. 35, Fn. 103; vgl. auch BGE 121 III 310 ff., 315.

<sup>24</sup> Dieses Argument bei KRAUSKOPF, N 966, Fn. 1184 und DROZ, N 629; vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 113.

<sup>25</sup> Vgl. JAUSSI, S. 36 Fn. 105.

<sup>26</sup> JAUSSI, S. 36.

<sup>27</sup> Vgl. BSK-WEBER, OR 401 N 1, mit weiteren Hinweisen.

<sup>28</sup> Vgl. zur Frage, ob die Substitution direkte oder indirekte Stellvertretung erfordert BK-FELLMANN, OR 398 N 565 und 569, der von indirekter Stellvertretung ausgeht; vgl. HOFSTETTER, SPR VII/2, S. 74 und SPR VII/6, S. 97 und DROZ, N 885 ff., die die Substitution bei direkter und indirekter Stellvertretung bejahen; FRIEDRICH, ZBJV 1955, S. 464 f., sieht nur bei direkter Stellvertretung eine Substitution; vgl. die Übersicht über den Meinungsstand bei BK-FELLMANN, OR 398 N 563 ff.

<sup>29</sup> Es stellt sich die Frage, ob die erlaubte Substitution nicht immer auch zu einer Auftragserteilung in direkter Stellvertretung an den Substituten führt. Diese Konstellation verschafft dem Auftraggeber direkte Ansprüche gegen den Substituten. Der entsprechende Wille dürfte sich in vielen Fällen aus den Umständen mehr oder weniger klar zeigen. Die befugte Substitution ergibt sich aus der Übung, der Ermächtigung oder aufgrund der Umstände (Art. 398 Abs. 3 OR). Es wäre übertrieben, daraus einen grossen Unterschied zu einer Bevollmächtigung zum Handeln in direkter

Der bloss einseitige Direktanspruch gemäss Art. 399 Abs. 3 OR ist *erstens* in dieser Konstellation nicht notwendig.<sup>30</sup> Der Beauftragte behält *zweitens* seinen Anspruch gegen den Substituten, was ebenfalls nicht zur direkten Stellvertretung passt.<sup>31</sup> Auch diese Gedanken zeigen, dass die Analyse der Interessenlage nicht mit der Analyse der Stellvertretungsform vermischt werden sollte. Der Ausgleich der Nachteile indirekter Stellvertretung ist erst recht notwendig, wenn die Substitution im Interesse des Beauftragten erfolgt.

### 4. Drittschadensliquidation

[Rz 12] Das Bundesgericht anerkennt die Drittschadensliquidation nicht, hat sich aber mehrfach mit ihr auseinandergesetzt.<sup>32</sup> In BGE 121 III 310 ff. erwähnt das Bundesgericht eine Lehrmeinung, wonach Art. 399 Abs. 3 OR ein Anwendungsfall der Drittschadensliquidation sei.<sup>33</sup> Die Drittschadensliquidation findet in der Lehre ihre berechnete Anwendung im Bereich der Obhutspflichten, der obligatorischen Gefahrentlastung und der indirekten Stellvertretung.<sup>34</sup> Für die Belange der Substitution ist nur die indirekte Stellvertretung relevant. Der Drittschadensliquidation ist zumindest in der ursprünglichen Form eigen, dass der Vertragspartner des beigezogenen Dritten, also der Beauftragte, den Schaden des Auftrag-

Stellvertretung zu konstruieren (vgl. dazu BGE 41 II 268 ff., 272 f., der von einem Mann in der Schweiz handelt, der seine Freunde in London beauftragte, alles Mögliche für seine kranke Freundin in London zu tun. Diese zogen einen Arzt bei, der als Substitut jedoch über kein direktes Klagerrecht gegen den Mann in der Schweiz verfügt. Das Bundesgericht suchte eine Vollmacht, um die direkte Klageberechtigung des Arztes herzu-leiten. Sie fand diese nicht, erblickte aber in den späteren Aussagen des Schweizers eine Genehmigung der Stellvertretung (Art. 38 OR); das Bundesgericht erörterte auf der Suche nach Klagemöglichkeiten in BGE 121 III 310 ff., 313 zuerst ebenfalls die Stellvertretungsregeln und verwarf die in Art. 32 Abs. 2 OR enthaltene Ausnahme, weil es den Banken sehr wohl darauf ankomme, wer ihr Vertragspartner sei – es bejahte in der Folge die indirekte Stellvertretung und den Direktanspruch gegen den Substituten). Die Rechtslage in Deutschland stützt sich bei der Substitution auf die direkte *und* die indirekte Stellvertretung. Der befugte beigezogene Substitut tritt in ein Vertragsverhältnis zum Auftraggeber, wenn der Beauftragte den Unterauftrag in Namen des Auftraggebers abgeschlossen hat. Bei Vertragsschluss im eigenen Namen korrigiert die Lehre den fehlenden Anspruch des Auftraggebers gegen den Substituten mit Hilfe der Ablieferungspflicht und der Drittschadensliquidation (vgl. § 664 BGB; vgl. STAUDINGER-MARTINEK, BGB 664 N 11 und 15; vgl. MK-SEILER, BGB 664 N 9).

<sup>30</sup> Vgl. DROZ, N 888; die h.L. anerkennt bei Art. 399 Abs. 3 OR nur einseitig Ansprüche des Auftraggebers gegen den Substituten, ohne dem Substituten vertragliche Ansprüche gegen den Auftraggeber zu gewähren, vgl. CHK-GEHRER/GIGER, OR 399 N 30; vgl. BSK-WEBER, OR 399 N 7; vgl. BK-FELLMANN, OR 398 N 614 und OR 399 N 95; vgl. BK-GAUTSCHI, OR 399 N 11a; vgl. BGE 41 II 268 ff., 271.

<sup>31</sup> Vgl. KRAUSKOPF, N 966, Fn. 1184.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 121 III 310 ff., 315; vgl. BGE 123 III 204 ff., 211; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.310/2001 vom 2. Juli 2002, Erw. 2.1.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 121 III 310 ff., 315, mit einem Verweis auf HONSELL, der diese Meinung nicht mehr vertritt, vgl. HONSELL, S. 315; für Drittschadensliquidation BK-FELLMANN, OR 398 N 605.

<sup>34</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2885.



gebers liquidiert.<sup>35</sup> Dieser Fall ist bei der Substitution gerade nicht einschlägig. Bei der Substitution zieht das Gesetz den Anspruch zum Geschädigten, nicht den Schaden zum Anspruchsinhaber.<sup>36</sup> Es ist erst mit hinzugedachter Ablieferungspflicht oder Legalzession denkbar, dass der Beauftragte den Schaden des Auftraggebers liquidiert (Art. 400 Abs. 1 OR und Art. 401 Abs. 1 OR). Es kann offen bleiben, ob Art. 399 Abs. 3 OR einen Fall der Drittschadensliquidation bildet. Die allfällige Notwendigkeit der Drittschadensliquidation besteht erst recht, wenn die Substitution im Interesse des Beauftragten erfolgt.

## 5. Echter Vertrag zugunsten Dritter

[Rz 13] Gautschi definiert den Substitutionsauftrag als echten Vertrag zugunsten eines Dritten.<sup>37</sup> GAUTSCHI stützt sich dabei auf das *mandatum aliena gratia* des römischen Rechts.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Vgl. BGE 123 III 204 ff., 211: «Auch bei der Drittschadensliquidation (...), auf welche die Befürworter der vertragsrechtlichen Verjährungsfrist verweisen (...), wird der Schaden vom Vertragspartner selbst geltend gemacht; eine Ausnahme ergibt sich dabei nur bezüglich des Grundsatzes, dass nur der im Vermögen des Gläubigers entstandene Schaden zu ersetzen ist.»; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2891.

<sup>36</sup> Vgl. KRAUSKOPF, N 106, der auf dieses Kriterium bei der Unterscheidung des Vertrags zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation exakt eingeht: «Vom Vertrag zugunsten Dritter unterscheidet sich die Drittschadensliquidation dadurch, dass kein Dritt-Leistungsversprechen des Promittenten vorliegt. Vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unterscheidet sich die Drittschadensliquidation insofern, als bei dieser der Schaden zur Anspruchsgrundlage (d.h. zum Gegenkontrahenten des Schädigers), bei jenem die Anspruchsgrundlage zum Schaden (d.h. zum vertragsfremden Geschädigten) gezogen wird.»

<sup>37</sup> Vgl. BK-GAUTSCHI, OR 399 N 10a. KRAUSKOPF und CERUTTI gewähren den Direktanspruch nur in den Fällen, in denen der Beauftragte und der Substitut einen Unterauftrag mit vereinbarter Drittbegünstigung schliessen (vgl. KRAUSKOPF, N 967 und CERUTTI, N 170 ff., insbesondere N 174 und 177 ff.). Dies sind nur diejenigen Unteraufträge, bei denen der Substitut die Leistung unmittelbar gegenüber dem Auftraggeber erbringen muss. Für diese Fälle vermute Art. 399 Abs. 3 OR, dass es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handle (vgl. CERUTTI, N 177 und KRAUSKOPF, N 968; a.M. BK-GAUTSCHI, OR 399 N 10c). Dies dürfte häufig der tatsächlichen Interessenlage entsprechen. Wer lediglich dem Beauftragten zudienen soll, will nicht gegenüber Dritten haftbar werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob dies auch der Wille des Gesetzgebers war. Der Wortlaut, auf den sich CERUTTI in N 178 stützt, gibt in dieser Hinsicht nichts her. Art. 399 Abs. 3 OR unterscheidet in keiner Weise danach, dass nur derjenige Substitut ist, der direkt gegenüber dem Auftraggeber erfüllt. Wie würde man dieses Kriterium beim in Rz. 9 beschriebenen Anwalt feststellen? Bei diesem Kriterium würde es sich um eine weitere Erschwernis der Stellung des Auftraggebers bei der Klageerhebung handeln. Es handelt sich um eine Angelegenheit zwischen zwei Personen, in die er nicht hineinsehen kann.

<sup>38</sup> BK-GAUTSCHI, OR 399 N 10a.; vgl. D.17.1.2.1.: «1. *Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emereres vel ut pro me fideiubeas.* 2. *Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emereres vel ut pro eo fideiubeas.*»; Übersetzung bei BEHRENDTS/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER, Band III, S. 355 f.: «Ein Auftrag nur meinertwegen ist zum Beispiel gegeben, wenn ich dir den Auftrag erteile, dass Du meine Geschäfte führst oder dass du mir ein Grundstück kaufst oder dass du für mich bürgst; 2. ausschliesslich eines Dritten wegen zum Beispiel, wenn ich dir den Auftrag erteile, dass du

Tatsächlich ist dieser Ansatz gleich *dreifach* überzeugend. Der echte Vertrag zugunsten Dritter erklärt *erstens*, weshalb nur ein Anspruch des Auftraggebers gegen den Substituten besteht, nicht aber ein Anspruch des Substituten gegen den Auftraggeber. Er erklärt *zweitens*, weshalb der Auftraggeber nicht einfach den wertlosen Anspruch des nicht geschädigten Beauftragten gegen den Substituten geltend machen kann, sondern über einen eigenen vertraglichen Anspruch verfügt, der seinen Schaden einbringlich macht. *Drittens* zeigt der Vertrag zugunsten Dritter, dass die Interessenlage nur bei der Frage des Haftungsprivilegs eine Rolle spielen soll, nicht aber bei der grundsätzlichen Abgrenzung zwischen Substitut und Hilfsperson. Beim Vertrag zugunsten Dritter kommt es nicht darauf an, dass die Erteilung des Unterauftrags im Interesse oder gar Einverständnis des Hauptauftraggebers erfolgt. Entscheidend ist einzig, ob nach dem Willen der Unterauftragsparteien dem Dritten ein eigener Klageanspruch offen stehen soll.<sup>39</sup>

## IV. Schlusswort

[Rz 14] Alle Deutungsmöglichkeiten zeigen, dass die Interessenlage bei der Substitution nur bei der Frage des Haftungsprivilegs eine Rolle spielen kann, nicht aber bei der Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut.

## Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSER).

BECKER HERMANN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934 (zitiert: BK-BECKER).

BEHRENDTS OKKO/KNÜTEL ROLF/KUPISCH BERTHOLD/SEILER HANS HERMANN, Corpus Iuris Civilis, Band III, Digesten 11-20, Heidelberg 1999.

BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988. CERUTTI ROMEO, Der Untervertrag, Diss. Fribourg 1990 = Schriften aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 99.

DROZ JOHAN, La substitution dans le contrat de mandat, Diss. Genf 2008.

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen

*die Geschäfte des Titius führst oder dass du für ihn ein Grundstück kaufst oder dass du für ihn bürgst.»*

<sup>39</sup> Dem Auftraggeber steht es immerhin offen, auf den Direktanspruch zu verzichten oder diesen zurückzuweisen, vgl. KRAUSKOPF, N 899 ff., 943 und 1157 ff.

Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (zitiert: BK-FELLMANN).

FELLMANN WALTER, Schadensrecht/Schwerpunkt Vermögens- und Sachschaden, in: FELLMANN WALTER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2009, S. 495 ff.

FRIEDRICH HANS-PETER, Fragen aus dem Auftragsrecht, ZBJV 1955, S. 449 ff.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A., Zürich 2008.

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 3. A., Bern 1971 (zitiert BK-GAUTSCHI).

HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/2, Basel 1979 und SPR VII/6, Basel 2000.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A., Basel/Genf/München 2007 (zitiert: BSK-VERFASSER).

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. A., Bern 2006.

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil/Besonderer Teil, 3.A., Zürich 2008.

JAUSSI NELLI, Die Auftragssubstitution nach Schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1925.

KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Fribourg 2000 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 190.

MARTINEK MICHAEL, Kommentar zu § 662-676h BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657-704 (Geschäftsbesorgung), Berlin 2006 (zitiert: STAUDINGER-MARTINEK)

NATER HANS/THOMANN MARTIN, Anwalt in der Anwaltskörperschaft: Substitut oder Hilfsperson? SJZ 103 (2007) S. 228 ff.

SEILER HANS HERRMANN, Münchener Kommentar zu § 662-674 BGB, 5. A., München 2009 (zitiert: MK-SEILER).

SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations art. 1-529, Basel 2003 (zitiert: CR-VERFASSER).

VON TUHR/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974.

WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zitiert: BK-WEBER).

---

Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

---

\* \* \*