

3/2022

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

158. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
März 2022

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 204

en ligne+

Vos avantages en
un coup d'œil :
Page 204



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 145** Haftung bei Delegation und Subdelegation von Dienstleistungen
Von Prof. Dr. iur. WALTER FELLMANN, Luzern/Meggen (LU) und
MLaw SIMON LEU, Luzern/Meggen (LU)
- 179** Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs-
und Konkursrecht des Jahres 2020
Im Band 146 sowie weitere im Jahr 2020 veröffentlichte Entscheide
Von Dr. FRIDOLIN WALTHER, LL. M., Bern

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. em. Dr. Dr. h.c. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE; Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern; Prof. Dr. CHRISTOF RIEDO, Freiburg; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 154.–,
Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv
CHF 184.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 214.–, Europa CHF 249.50,
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 149.–,
Einzelheft CHF 24.– (exkl. Versandkosten).
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25

E-Mail zeitschriften@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Inseratemanagement,
Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 82

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Kommunikationsunternehmen, Wölflistrasse 1,
Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 1787 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print) /
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Haftung bei Delegation und Subdelegation von Dienstleistungen

Von Prof. Dr. iur. WALTER FELLMANN, Professor für Privatrecht an der Universität Luzern, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Rechtsanwalt bei Fellmann Rechtsanwälte AG in Meggen (LU), und MLaw SIMON LEU, Assistent an der Universität Luzern, Rechtsanwalt bei Fellmann Rechtsanwälte AG in Meggen (LU)

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung**
- II. Zulässigkeit und Arten der Delegation**
 - A. Zulässigkeit der Delegation im Auftrags- und Werkvertragsrecht
 - 1. Art. 68 OR als Ausgangspunkt
 - 2. Rechtslage im Auftragsrecht
 - a) Ausgangslage
 - b) Zulässigkeit des Beizugs von Erfüllungsgehilfen
 - c) Zulässigkeit der Substitution
 - 3. Rechtslage im Werkvertragsrecht
 - a) Ausgangslage
 - b) Zulässigkeit des Beizugs von Erfüllungsgehilfen
 - c) Zulässigkeit des Beizugs von Subunternehmern
 - B. Beschränkte Befugnis zur Delegation im Auftrags- und Werkvertragsrecht als Fazit
- III. Haftung bei Delegation an Hilfspersonen und Substituten**
 - A. Einleitung
 - B. Haftung bei Delegation an Hilfspersonen im Allgemeinen und Subunternehmer im Besonderen
 - 1. Haftung bei erlaubter Delegation
 - 2. Haftung bei unerlaubter Delegation
 - 3. Haftung der Hilfsperson
 - C. Haftung bei Delegation an Substituten nach Auftragsrecht
 - 1. Haftung bei erlaubter Delegation
 - 2. Haftung bei unerlaubter Delegation
 - 3. Haftung des Substituten

Schriftliche und leicht erweiterte Fassung des Vortrags von Prof. Dr. Walter Fellmann vor dem Berner Juristenverein vom 1. November 2021.

IV. Zulässigkeit der Subdelegation durch Hilfspersonen oder Substituten

A. Zulässigkeit der Subdelegation durch Hilfspersonen

1. Einleitung
2. Haftung des Schuldners für Untergehilfen von Hilfspersonen

B. Zulässigkeit der Subdelegation durch Substituten

1. Einleitung
2. Stellung des Hauptauftraggebers

V. Fazit

I. Einleitung

In BGE 145 II 229 befasste sich das Bundesgericht mit der Eintragung der Geschäftsadresse einer Anwältin bei einer Aktiengesellschaft, deren Zweck darin bestand, als Plattform für unabhängige Anwälte zu fungieren und ihnen ein Geschäftsdomizil und/oder Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Benutzung der Räumlichkeiten anzubieten. Nach Meinung des Bundesgerichts erfüllte die Gesellschaft die Voraussetzungen, um als Hilfsperson im Sinn von Art. 13 BGFA und Art. 321 StGB anerkannt zu werden, indem sie der Anwältin Dienstleistungen erbringe, die diese zur Ausübung ihres Berufs benötige. Das Bundesgericht erachtet aber u. a. die Beanspruchung von Dienstleistungen zur Betreuung des Telefons als Verletzung der Pflicht, für die Wahrung des Berufsgeheimnisses zu sorgen, weil die Gesellschaft diese Aufgabe an eine Drittfirma vergeben hatte.¹ Nach Meinung des Bundesgerichts qualifiziert sich die Hilfsperson, die im Rahmen einer Subdelegation von der ersten Hilfsperson eingesetzt wird, nicht (mehr) als Hilfsperson im Sinn von Art. 321 StGB und Art. 13 BGFA.²

Ob dieses Urteil den Begriff der «Hilfspersonen» im Sinn der Art. 321 StGB und Art. 13 BGFA nicht zu restriktiv interpretiert, lassen wir hier dahingestellt. Wir haben uns aber gefragt, wie es sich sonst mit der Subdelegation einer Aufgabe von einer Hilfsperson an

1 BGE 145 II 229 E. 7.5 f. (übersetzt in: Pra 109/2020, Nr. 21, S. 217 ff.).

2 Siehe dazu WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Unabhängigkeit und Berufsgeheimnis bei Subdelegation durch Hilfsperson – BGer 2C_1083/2017 vom 4. Juni 2019, in: Anwaltsrevue 8/2019, 341 ff.

eine weitere Hilfsperson verhält. Uns interessiert insbesondere die zivilrechtliche Haftung des Schuldners, der die (erste) Hilfsperson eingesetzt hat. Solche Delegationen sind in einer arbeitsteiligen Wirtschaft nämlich gang und gäbe. Gerade bei IT-Dienstleistungen wäre die Lösung von Aufgaben ohne die Möglichkeit einer Subdelegation einzelner Themen an Anbieter, die noch spezialisierter sind, oft gar nicht möglich. Wie FREDMUND MALIK nämlich zutreffend feststellt, ist «Spezialisierung [...] wichtig und nötig. Eine moderne Gesellschaft hat erstens nur noch Spezialisten; etwas anderes gibt es praktisch nur noch selten [...]. Zweitens, sie braucht auf jedem Gebiet hoch ausgebildete Spezialisten. Anders ist die nötige Leistung heute überhaupt nicht mehr zu erreichen und vor allem wird es ohne sie keine Chance geben, besser zu sein als andere, konkurrenzfähig zu bleiben oder zu werden.»³

Dass Delegation und Subdelegation aufgrund dieses Zwangs zur Spezialisierung unabdingbar sind, liegt auf der Hand. Die Frage ist, ob unser Recht über die dafür erforderlichen Instrumente verfügt. Im Folgenden ist daher zu prüfen, wie es sich mit der Haftung des Schuldners bei vollständiger oder teilweiser Delegation einer Dienstleistung an einen weiteren oder mehrere weitere Anbieter verhält und welche Haftungsregeln bei einer Subdelegation einzelner Aufgaben durch diese an weitere Dienstleister gelten. Dabei sind zuerst die bekannten Regeln zu rekapitulieren.

II. Zulässigkeit und Arten der Delegation

A. **Zulässigkeit der Delegation im Auftrags- und Werkvertragsrecht**

1. *Art. 68 OR als Ausgangspunkt*

Nach Art. 68 OR ist der Schuldner nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit (bzw. auf seine Person) ankommt. Kommt es nicht auf seine Persön-

³ FREDMUND MALIK, *Führen Leisten Leben, Wirksames Management für eine neue Welt*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2019, 98 (dort mit Hervorhebungen).

lichkeit an, begründet Art. 68 OR eine gesetzliche Vermutung gegen eine persönliche Leistungspflicht.⁴

Auf die Persönlichkeit des Schuldners kommt es nach der Lehre zu Art. 68 OR nur an, wenn die persönliche Leistungspflicht vertraglich vereinbart wurde oder wenn die Qualität der Leistung von der Eigenschaft des Leistenden abhängt. Diese zweite Voraussetzung ist nicht schon dann erfüllt, wenn eine persönliche Leistung gefordert ist, die der Schuldner aus eigenen physischen oder geistigen Kräften erbringen muss. Auf die Eigenschaft des Schuldners kommt es vielmehr nur dann an, wenn keine «vertretbare» Leistung⁵ infrage steht und man deshalb sagen kann: «si duo faciunt idem non est idem».⁶

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und wie die Zulässigkeit der Delegation in den beiden Haupttypen des schweizerischen Dienstleistungsvertragsrechts, im Auftrags- und Werkvertragsrecht geregelt ist. Diese Frage ist bedeutsam, weil sowohl das Auftragsrecht wie auch das Werkvertragsrecht mit den Art. 364 Abs. 2 OR und Art. 398 Abs. 3 OR bezüglich der Delegation spezielle Regelungen enthalten.

4 Vgl. MARIUS SCHRANER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000, N 3 ff. zu Art. 68 OR; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation, Art. 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2005, N 25 zu Art. 68 OR, beide m. w. H.

5 Vgl. auch WOLFGANG KRÜGER, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München 2019, N 4 ff. zu § 267 BGB, der für das deutsche Recht in diesem Zusammenhang von höchstpersönlicher Leistungspflicht spricht.

6 ANDREAS VON THUR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, § 59 I, S. 23; vgl. auch MAX KELLER/CHRISTIAN SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1988, 209; SCHRANER, ZK (Fn. 4), N 3 ff. zu Art. 68 OR; WEBER, BK (Fn. 4), N 23 ff. zu Art. 68 OR; zum Ganzen WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 525 f. zu Art. 398 OR.

2. *Rechtslage im Auftragsrecht*

a) Ausgangslage

Im Auftragsrecht fehlt eine Erfolgsgarantie, wie sie beispielsweise im Werkvertragsrecht vorgesehen ist. Bis anhin wurde daher in der Lehre die Auffassung vertreten, der Auftragsvertrag sei hauptsächlich durch das Vertrauen des Auftraggebers in das Können und Wollen eines bestimmten Beauftragten geprägt. Dieser sei im Rahmen seiner Treue- und Sorgfaltspflichten gehalten, die Interessen des Auftraggebers nach bestem Wissen und Gewissen wahrzunehmen. Soweit es sich bei der Auftragsleistung ganz oder teilweise um (normierte) Verrichtungen grosser Dienstleistungsunternehmen, namentlich juristischer Personen, handle, trete im Allgemeinen das Vertrauen in deren Organisation mit all ihren Hilfsmitteln an die Stelle oder doch neben das Vertrauen in die persönlichen Eigenschaften eines einzelnen Beauftragten.⁷ Aufgrund dieses Vertrauenscharakters der meisten Auftragsverhältnisse komme es bei der Ausführung des Auftrages in der Regel auf die Persönlichkeit des Beauftragten an. Der Vertrauensträger sei nicht beliebig austauschbar. Der Beauftragte müsse den Auftrag daher grundsätzlich persönlich erfüllen.⁸ Die persönliche Leistungs-

7 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 527 zu Art. 398 OR mit Verweis auf HANS-PETER FRIEDRICH, Fragen aus dem Auftragsrecht, in: ZBJV 91 (1955), 449 ff., 459; vgl. auch HANS BÄCHLER, Über den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten, Diss. Bern 1959, Bern 1960, 30.

8 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 527 zu Art. 398 OR; vgl. HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551 OR, Bern 1934, N 12 zu Art. 398 OR; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, 229; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 295; PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, Diss. Freiburg 1988, 2. Aufl., Freiburg 1990, Rz. 104 ff.; FRIEDRICH, ZBJV 1955 (Fn. 7), 458 ff.; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 29 N 5; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band: Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, zweiter Halbband, Basel/Stuttgart 1979, 72 ff.; KELLER/SCHÖBI, Vertragsrecht (Fn. 6), 209; FRANÇOIS KNOEPFLER/JEAN GUINAND, Auftrag I–IV, in: SJK 326–328 a, Genf 1983/1984, SJK 328, 1 f.; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184–418, 2. Aufl., Zürich 1936, N 6 ff. zu Art. 398 OR; SCHRANER, ZK (Fn. 4), N 16 und N 21 zu Art. 68 OR;

pflicht des Beauftragten werde denn auch in Art. 398 Abs. 3 OR ausdrücklich zur Regel gemacht. Gleichzeitig bestimme das Gesetz jedoch auch die Ausnahmen von diesem Grundsatz. Danach dürfe der Beauftragte den Auftrag an einen Dritten übertragen, wenn er vom Auftraggeber dazu ermächtigt sei oder sich durch die Umstände dazu genötigt sehe oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet werde.⁹

Die heute angebotenen Dienstleistungen haben indessen inzwischen eine Vielfalt erreicht, die zum Zeitpunkt der Entstehung des Obligationenrechts undenkbar war.¹⁰ Viele dieser Dienstleistungen setzen kein besonderes Vertrauensverhältnis (mehr) voraus.¹¹ Auch das Bundesgericht hält es mittlerweile für eine Tatsache, «que tout mandat, au sens des art. 394 ss CO, n'implique pas forcément une relation de confiance particulière».¹² Der Auftrag erfüllt heute vielfältigste Funktionen, die nicht immer nach einer speziellen persönlichen Verlässlichkeit des Beauftragten verlangen. Es kann deshalb nicht gesagt werden, das Auftragsrecht setze generell voraus, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ein ausgesprochenes Vertrauensverhältnis bestehe. Bei vielen Aufträgen, namentlich im Bereich der freien Berufe, kann zwar ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten vorhanden sein. Daraus darf jedoch nicht abgeleitet werden, dieses persönliche Vertrauensverhältnis

PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016, Rz. 4412 f.; VON TUHR/ESCHER, OR AT (Fn. 6), § 59 I, S. 23 f.; WEBER, BK (Fn. 4), N 29 zu Art. 68 OR; ROLF H. WEBER, *Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten*, Bern 1990, 76 f. und 79; Rep. 86 (1953) 266; SJ 65 (1943) 231; FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets, Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, Analyse critique et comparative*, Habil. Freiburg 1993, N 543 ff.

⁹ FELLMANN, BK (Fn. 6), Art. 398 N 528.

¹⁰ Vgl. ERIC HOMBURGER, *Zwingende Natur des jederzeitigen Widerrufsrechtes nach Art. 404 Abs. 1 OR*, in: SZW 63 (1991), 35 f., 35.

¹¹ Vgl. FRANZ WERRO, in: Luc Thévenoz und Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 3. Aufl., Basel 2021, N 12 zu Art. 394 OR; vgl. auch PETER GAUCH, *Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters*, in: recht 1992, 9 ff., 13 f.; HOMBURGER, SZW 1991 (Fn. 10), 35; siehe auch FRIEDRICH, ZBJV 1955 (Fn. 7), 458 f., der bereits 1955 veränderte wirtschaftliche Verhältnisse feststellte, insbesondere eine Entwicklung zur «Entpersönlichung der wirtschaftlichen Beziehungen».

¹² BGE 117 II 387 E. 2.d (392) (übersetzt in: Pra 81/1992, Nr. 184, S. 678 ff.) mit Verweis auf BGE 115 II 464 E. 2.a (466 ff.).

nis stelle ein geradezu zwingendes «Wesensmerkmal» des Auftragsrechtes dar.¹³

Auch bei den freien Berufen zeichnet sich eine Wende ab. Mit der wachsenden Verbreitung von Körperschaften als Erbringer werden deren Dienstleistungen mehr und mehr entpersonalisiert. In der Tat hat sich der Marktauftritt der Angehörigen der freien Berufe in den letzten Jahren stark verändert. Die Erkenntnis, dass auch sie oft kaufmännische Unternehmen betreiben, indem sie im Hinblick auf eine möglichst hohe Rentabilität Planung betreiben, Organisationsbelangen besondere Aufmerksamkeit schenken, einer optimalen Finanzierung Sorge tragen, wirksame Werbung betreiben usw.,¹⁴ öffnete ihnen den Zugang zu neuen Rechtsformen der Zusammenarbeit, namentlich zur Kollektivgesellschaft und zur Rechtsform der Körperschaften.¹⁵ Tritt die Arztpraxis oder die Anwaltskanzlei ihren Kunden in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, als Aktiengesellschaft (AG) oder als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gegenüber, wird durch den Mandatsvertrag allein die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet. Der einzelne Berufsangehörige wird zur Hilfsperson, die ihren freien Beruf als Angestellter der Ärzte-AG oder Anwalts-AG ausübt. Die Tätigkeit der liberalen Berufe kann daher auch Gegenstand eines Arbeitsvertrags sein.¹⁶ Der traditionelle Auftrag an eine einzelne Person dürfte zwar

13 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 127 zu Art. 394 OR; vgl. auch GAUCH, recht 1992 (Fn. 11), 13 f.; HOMBURGER, SZW 1991 (Fn. 10), 35; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats spéciaux* (Fn. 8), Rz. 4287; a. M. CHRISTOPH LEUENBERGER, Dienstleistungsverträge, in: ZSR 106 (1987) II, 1 ff., 42.

14 Urteil des BGer vom 26. November 1993 E. 4., in: ASA 64, 144 ff.; BGE 100 Ib 345 E. 4; BGE 100 Ib 350 f.; BGE 70 I 106 E. 3. (108 f.); Urteil des BGer vom 31. März 1976 E. 4.c–d, in: ASA 45, 579 ff.

15 Für den Anwaltsberuf vgl. etwa FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Bern 2009, Rz. 2339 ff.; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2. Aufl., Bern 2017, Rz. 26; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich*, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 1247 ff.; BGE 138 II 440 E. 1. ff. (442 ff.); für den Arztberuf vgl. REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE/BRIGITTE TAG, *Arztrecht*, Bern 2016, § 3 N 8 ff.

16 Vgl. FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, *Schweizerisches Privatrecht VII/4, Der Arbeitsvertrag*, 4. Aufl., Basel 2014, § 5 N 31; vgl. auch MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: *Obligationenrecht*, 2. Abteilung: *Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, 2. Teilband: *Der Arbeitsvertrag*, Art. 319–362 OR, 1. Abschnitt: *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR*, Bern 2010, N 52 zu Art. 319 OR.

in der Regel durch das Vertrauen des Auftraggebers in deren Können geprägt sein. Bei der Übertragung eines Mandats an eine AG oder GmbH tritt indessen im Allgemeinen das Vertrauen in die Organisation der juristischen Person mit all ihren Hilfsmitteln, ihrer Erfahrung, ihrem Know-how, der Ausbildung ihrer Mitarbeiter usw. an die Stelle des Vertrauens oder doch neben das Vertrauen in die persönlichen Eigenschaften des einzelnen Mitarbeiters.¹⁷ Mit der wachsenden Verbreitung von Körperschaften im Arbeitsgebiet der freien Berufe wird daher auch deren Dienstleistung mehr und mehr entpersonalisiert.¹⁸ Das ändert selbstverständlich nichts an der Qualifikation des Vertragsverhältnisses; der Vertrag zwischen Patient und Ärzte-AG oder Klient und Anwalts-AG bleibt ein einfacher Auftrag. Dass die Leistungspflicht nicht mehr dem behandelnden Arzt oder einem einzelnen Anwalt obliegt, sondern Arzt und Anwalt zur Hilfsperson der Beauftragten mutieren, verändert jedoch nicht nur den Inhalt dieser Dienstleistungsverträge, sondern auch das Selbstverständnis von Arzt und Anwalt als Angehörige eines freien Berufs.¹⁹ Diese Entwicklung wirkt sich auch auf die Anwendung des Auftragsrechts auf solche Rechtsverhältnisse und dessen Auslegung aus. Sie führt über die Standardisierung der Dienstleistung²⁰ unter anderem zu einer Verschärfung der Haftung.²¹

Zwar kann man aus dieser Entwicklung kaum schliessen, bei einem Auftrag an eine juristische Person müsse die Übertragung der geschuldeten Dienstleistung an einen Dritten, also an eine andere juristische Person oder eine unabhängige natürliche Person im Sinn von Art. 398 Abs. 3 OR als Übungsgemäss zulässig betrachtet werden. Die Begründung dafür ist jedoch eine andere. Der Auftrag basiert in solchen Fällen immer noch auf dem oben erwähnten Vertrauen in die

17 Vgl. FRIEDRICH, ZBJV 1955 (Fn. 7), 459; ULRICH G. SCHROETER, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020, N 9 zu Art. 68 OR.

18 Vgl. WALTER FELLMANN, Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe, in: recht 2008, 119 ff.; vgl. auch TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats spéciaux* (Fn. 8), Rz. 4287; BGE 117 II 387 E. 2.d (391 f.) (übersetzt in: Pra 81/1992, Nr. 184, S. 678 ff.).

19 FELLMANN, *Anwaltsrecht* (Fn. 15), Rz. 26 f.

20 Vgl. auch TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats spéciaux* (Fn. 8), Rz. 4287; BGE 117 II 387 E. 2.d (391 f.) (übersetzt in: Pra 81/1992, Nr. 184, S. 678 ff.).

21 FELLMANN, recht 2008 (Fn. 18), 132 f.; vgl. auch FELLMANN, Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht, in: HAVE 2016, 95 ff., 101; zur Verschärfung der Haftung siehe auch FELLMANN, BK (Fn. 6), N 469 ff. zu Art. 398 OR.

Organisation der juristischen Person mit all ihren Hilfsmitteln. Dazu zählt natürlich weiterhin das Vertrauen in die Mitarbeitenden bzw. in einzelne Mitarbeitende des Unternehmens, etwa in die dort tätige Ärztin oder den dort angestellten Anwalt, wie deren möglichst vorteilhafte Präsentation auf den Websites der jeweiligen Anbieter zeigt.

b) Zulässigkeit des Beizugs von Erfüllungsgehilfen

Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass die persönliche Leistungspflicht des Beauftragten nach Art. 398 Abs. 3 OR nicht jeden Beizug eines Dritten ausschliesst. Der Beauftragte darf vielmehr untergeordnete Aufgaben an einen Erfüllungsgehilfen übertragen, solange das «materielle Hauptgewicht» auf seiner Leistung liegt und die Zuziehung des Erfüllungsgehilfen bloss der Unterstützung des eigenen Leistungshandelns dient.²² In diesem Fall genügt es, wenn der Erfüllungsgehilfe die ihm übertragene Aufgabe unter Leitung und Aufsicht des Beauftragten ausführt.²³ So ist beispielsweise anerkannt, dass der Arzt die für seine Diagnose erforderliche Blutentnahme durch eine Arztgehilfin vornehmen lassen kann und dass der Anwalt die Erledigung von Schreibarbeiten seiner Sekretärin übertragen darf.²⁴

22 WEBER, BK (Fn. 4), N 32 zu Art. 68 OR; vgl. auch BECKER, BK (Fn. 8), N 13 zu Art. 398 OR; BUCHER, OR BT (Fn. 8), 229; DERENDINGER, Nichterfüllung Auftrag (Fn. 8), Rz. 107 f.; GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 3. Aufl., Bern 1971, N 40 c zu Art. 398 OR; HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 73 f.; KELLER/SCHÖBI, Vertragsrecht (Fn. 6), 209; KNOEPFLER/GUINAND, SJK 328 (Fn. 8), 1; WOLFGANG KRÜGER MüKoBGB (Fn. 5), N 4 zu § 267 BGB; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK (Fn. 8), N 7 zu Art. 398 OR; SCHRANER, ZK (Fn. 4), N 21 zu Art. 68 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats spéciaux* (Fn. 8), Rz. 4413; VON TUHR/ESCHER, OR AT (Fn. 6), § 59 I, S. 24; WEBER, Auftragsrecht (Fn. 8), 77; OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 398 OR.

23 Vgl. DERENDINGER, Nichterfüllung Auftrag (Fn. 8), Rz. 107 f.

24 Vgl. etwa BUCHER, OR BT (Fn. 8), 229; DERENDINGER, Nichterfüllung Auftrag (Fn. 8), Rz. 107 (insb. Fn. 86); ebenso im Ergebnis die deutsche Lehre: vgl. etwa FRANK L. SCHÄFER, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht, Besonderer Teil III, 8. Aufl., München 2020, N 6 zu § 664 BGB; MICHAEL MARTINEK, in: ANDREAS BERGMANN/MICHAEL MARTINEK/DIETER REUTER/OLAF WERNER, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657–704 (Geschäftsbeziehung), Berlin 2006, N 2 und N 16 ff. zu § 664 BGB.

Der Beauftragte darf nur dann keine Erfüllungsgehilfen beiziehen, wenn es bei seiner Tätigkeit gerade auf seine Persönlichkeit ankommt, wenn also die Qualität der Leistung von seiner Eigenschaft abhängt.²⁵ Diese Voraussetzung ist jedoch nicht schon dann erfüllt, wenn eine persönliche Leistung gefordert ist, die der Beauftragte aus eigenen physischen oder geistigen Kräften erbringen muss. Auf seine Eigenschaften kommt es vielmehr nur dann an, wenn keine vertretbare Leistung infrage steht.²⁶ Da die Pflicht zur persönlichen Erfüllung auch im Auftragsrecht nur so weit geht, wie es tatsächlich auf die Persönlichkeit des Beauftragten ankommt, bleibt in jedem Fall zu untersuchen, ob die Person des Beauftragten tatsächlich so wichtig ist, dass nur die eigene Leistung als Erfüllung angesehen werden kann.²⁷

Die Zulässigkeit des Bezugs von Erfüllungsgehilfen wird von der herrschenden Lehre unter Hinweis auf die in Art. 398 Abs. 3 OR vorgesehene Ausnahmeregelung damit begründet, bei der Erfüllung nebensächlicher Tätigkeiten sei die Unterstützung durch einen Gehilfen gestattet, weil in diesen Bereichen eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet werde. Die Zulässigkeit des Einsatzes von Hilfspersonen wird in *maiore minus* aus der Zulässigkeit der Substitution abgeleitet: Wo Substitution zulässig ist, ist der Bezug einer Hilfsperson erst recht zulässig.²⁸ Dazu ist Folgendes nachzutragen:

Betrachtete man die Leistung eines Erfüllungsgehilfen als «Übertragung an einen Dritten» im Sinne von Art. 398 Abs. 3 OR, muss sich das Haftungsprivileg des Beauftragten nach Art. 399 Abs. 2 OR folgerichtig auch auf den Bezug von Erfüllungsgehilfen beziehen. Diese Konsequenz erscheint jedoch nicht angebracht, da nicht einzusehen ist, warum der Beauftragte, der einen Erfüllungsgehilfen beizieht, besser zu stellen wäre als die übrigen Schuldner, die sich bei der Erfüllung ihrer Leistungspflicht eines Gehilfen bedienen. Darin sind sich im Übrigen auch die Autoren einig, welche die Zulässigkeit des Bezugs eines Erfüllungsgehilfen auf die Ausnahmeregelung des

25 Vgl. auch OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 398 OR.

26 Vgl. BECKER, BK (Fn. 8), N 1 zu Art. 398 OR; vgl. auch KRÜGER, MüKoBGB (Fn. 5), N 4 ff. zu § 267 BGB.

27 Vgl. GUHL/KOLLER, OR (Fn. 8), § 29 N 5.

28 So BECKER, BK (Fn. 8), N 12 f. zu Art. 398 OR; HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 72 f.; unklar BUCHER, OR BT (Fn. 8), 229; GAUTSCHI, BK (Fn. 22), N 40 c zu Art. 398 OR; GUHL/SCHNYDER, OR (Fn. 8), § 49 N 15; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats spéciaux* (Fn. 8), Rz. 4413.

Art. 398 Abs. 3 OR abstützen.²⁹ Bereits die systematische Beziehung zwischen Art. 398 Abs. 3 OR und Art. 399 Abs. 2 OR zeigt deshalb, dass sich Art. 398 Abs. 3 OR nicht auf den Beizug von Erfüllungsgehilfen, sondern nur auf jenen von Substituten beziehen kann.³⁰

Die Voraussetzung für die Zulässigkeit des Beizugs eines Erfüllungsgehilfen richtet sich daher nach unserer Auffassung auch im Auftragsrecht ausschliesslich nach Art. 68 OR; Art. 398 Abs. 3 OR bezieht sich nur auf die Fälle der Substitution, also die Übertragung des Auftrags oder von Teilen des Auftrags zur selbständigen Erbringung an einen Dritten.³¹ Auch wenn der Beauftragte das Geschäft nach Art. 398 Abs. 3 OR persönlich zu besorgen hat, darf er deshalb für untergeordnete Tätigkeiten einen Gehilfen beiziehen. Die Pflicht zur persönlichen Erfüllung geht nämlich auch im Auftragsrecht nur so weit, wie es tatsächlich auf die Persönlichkeit des Beauftragten ankommt. Nur wenn in diesem Sinne keine «vertretbare» Leistung³² vorliegt, wenn der Beauftragte also «höchstpersönlich» erfüllen muss, ist der Beizug eines Erfüllungsgehilfen nicht mehr zulässig.

Ist der Beauftragte zur Substitution der Auftragsausführung ermächtigt,³³ liegt regelmässig keine höchstpersönliche Leistungspflicht vor. Anstatt die Ausführung des Auftrags einem Substituten zu übertragen, kann der Beauftragte deshalb auch Erfüllungsgehilfen beiziehen, die unter seiner Leitung und Aufsicht arbeiten. Dies ist allerdings nur so lange zulässig, als der Auftraggeber nicht gerade die

29 Vgl. etwa BECKER, BK (Fn. 8), N 13 zu Art. 398 OR; HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 73 f.

30 Vgl. auch ROMEO CERUTTI, Der Untervertrag, Diss. Freiburg 1990, Rz. 410 ff. und Rz. 465 ff.; DERENDINGER, Nichterfüllung Auftrag (Fn. 8), Rz. 105 f.; FRIEDRICH, ZBJV 1955 (Fn. 7), 461 ff.; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 15 ff.; KNOEPFLER/GUINAND, SJK 328 (Fn. 8), 2; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK (Fn. 8), N 7 zu Art. 398 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats spéciaux (Fn. 8), Rz. 4412; VON TUHR/ESCHER, OR AT (Fn. 6), § 59 I, S. 23 f.; WEBER, Auftragsrecht (Fn. 8), 80; OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 398 OR.

31 So ausdrücklich BRUNO VON BÜREN, Der Auftrag, Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechts, Diss. Zürich 1944, 83 ff.; DERENDINGER, Nichterfüllung Auftrag (Fn. 8), Rz. 105 f.; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK (Fn. 8), N 7 zu Art. 398 OR; WEBER, Auftragsrecht (Fn. 8), 77; OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 398 OR und N 1 zu Art. 399 OR; mit anderer Begründung, aber gleichem Ergebnis BÄCHLER, Beizug eines Dritten (Fn. 7), 14 ff.

32 BECKER, BK (Fn. 8), N 1 zu Art. 398 OR.

33 Siehe dazu sogleich lit. c.

Übertragung an einen aussenstehenden Dritten verlangt oder die Zulässigkeit der Substitution vom Beizug einer bestimmten Person abhängig macht.

c) Zulässigkeit der Substitution

Der Beizug von Hilfspersonen, auf deren Auswahl der Gläubiger keinen Einfluss hat und deren Nutzen allein dem Schuldner zufliesst, darf die Stellung des Gläubigers nicht verschlechtern.³⁴ Der Begriff der Hilfsperson, für deren Handlungen der Schuldner nach Art. 101 OR einzustehen hat, wird deshalb weit ausgelegt. Zu den Hilfspersonen zählen daher sowohl der vorhin erwähnte Erfüllungsgehilfe, der die Leistung unter Aufsicht und Leitung des Schuldners vornimmt, wie auch Dritte, die selbständig anstelle des Schuldners handeln.³⁵ Im Gegensatz zur ausservertraglichen Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen nach Art. 55 OR setzt Art. 101 OR deshalb auch kein Subordinationsverhältnis voraus. Hilfsperson im Sinn von Art. 101 OR kann sowohl ein Angestellter des Schuldners wie auch ein selbständiger Geschäftsmann sein.³⁶

Wie eben gezeigt wurde, richtet sich die Zulässigkeit des Beizugs von Erfüllungsgehilfen für untergeordnete Tätigkeiten auch im Auftragsrecht nach Art. 68 OR. Die Übertragung des Auftrags oder eines Teils davon zur selbständigen Erfüllung an einen Substituten ist hingegen nur erlaubt, wenn die Voraussetzungen des Art. 398 Abs. 3 OR erfüllt sind. Fügt der Erfüllungsgehilfe dem Auftraggeber einen Schaden zu, haftet der Beauftragte nach Art. 101 Abs. 1 OR, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Wird der Schaden hingegen durch einen Substituten verursacht und war die Übertragung des Auftrags an ihn zulässig, haftet der Beauftragte nach Art. 399 Abs. 2 OR «nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten». Im Fall zulässiger Substitution wird der Beauftragte im Auftragsrecht also gegenüber allen anderen Schuldnern privilegiert, die bei Delegation der geschuldeten Leistung an Dritte nach Art. 101 OR für deren Verhalten in allen Fällen wie für ihr eigenes einzustehen haben, gleichgültig ob es unter der Leitung des Schuldners oder selbständig erfolgte. Aus diesen Gründen

34 Vgl. BUCHER, OR AT (Fn. 8), 351.

35 Vgl. auch KELLER/SCHÖBI, Vertragsrecht (Fn. 6), 208; VON TUHR/ESCHER, OR AT (Fn. 6), § 59 I, S. 24; WEBER, BK (Fn. 4), N 36 f. zu Art. 68 OR.

36 BGE 70 II 215 E. 4 (220) m. w. Verw.

kommt im Auftragsrecht (und nur hier) der Frage, wer als Dritter im Sinne von Art. 398 Abs. 3 OR und wer als blosser Erfüllungsgehilfe gilt, entscheidende Bedeutung zu.³⁷ Hier ist deshalb eine klare Abgrenzung der einzelnen Tatbestände unerlässlich:

Nach Auffassung von ALFRED KOLLER liegt eine Substitution vor, «wenn der Beauftragte die Erfüllung durch einen wirtschaftlich selbständigen Dritten vornehmen lässt, ohne diesen zu leiten und zu beaufsichtigen».³⁸ GAUCH et al. stellen darauf ab, ob der Beauftragte die infrage stehende Leistung aus seinem Pflichtprogramm eliminiere, indem er sie einem selbständigen Dritten überträgt, den er weder leitet noch beaufsichtigt.³⁹ Dem ist zuzustimmen. Der Substitut hat den ihm übertragenen (Teil-)Auftrag in eigener Verantwortung auszuführen. Es darf nicht bei blosser Unterstützung bleiben; der Substitut muss vielmehr selbständig handeln. Unter Vorbehalt des Weisungsrechts des Hauptauftraggebers und des Beauftragten hat er über die zur Durchführung erforderlichen Massnahmen selbst zu entscheiden.⁴⁰ Der Beauftragte muss dem Substituten die Ausführung des Auftrags «in eigener Verantwortung» überlassen, «dass ihm tatsächlich oder rechtlich ein massgeblicher Einfluss auf die Ausführung des Auftrags nicht bleibt oder er einen solchen nicht ausübt, obwohl er dazu rechtlich befugt wäre».⁴¹ SCHÄFER umschreibt es wie folgt:

37 OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 398 OR.

38 ALFRED KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1980, Rz. 410 (dort mit Hervorhebungen).

39 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 3061 m. w. Verw.; WEBER, Auftragsrecht (Fn. 8), 80; OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 398 OR m. w. Verw.; BGE 112 II 347 E. 2.a und E. 2.b (353 f.); ZR 52 (1953) 352 Nr. 207 (Stellvertreter des Arztes während Ferienabwesenheit ist Substitut); vgl. auch KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 93 f.

40 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 543 zu Art. 398 OR; DERENDINGER, Nichterfüllung Auftrag (Fn. 8), Rz. 110 ff.; HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 74 f.; vgl. auch VOLKER BEUTHIEN, in: Wolfgang Siebert (Hrsg.), Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10: Schuldrecht 8, §§ 652–704, 13. Aufl., Stuttgart 2012, N 2 zu § 664 BGB; MARTINEK, Staudingers Komm. BGB (Fn. 24), N 2 § 664 BGB; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats spéciaux* (Fn. 8), Rz. 4414 ff.; WEBER, Auftragsrecht (Fn. 8), 80; vgl. OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 398 OR.

41 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 543 zu Art. 398 OR m. w. Verw. auf ERICH STEFFEN, in: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, Band II, 4. Teil, §§ 631–811, 12. Aufl., Berlin/New York 1978, N 2 zu § 664 BGB.

«Substitution liegt [...] vor, wenn ein Dritter mit dem Willen des Beauftragten bei wesentlichen Teilen der Auftragsausführung an die Stelle des Beauftragten tritt und somit zur Hauptperson wird.»⁴²

Nach unserer Meinung ist letztlich indessen eine wertende, weder bloss juristisch-technische noch allein auf die äusseren Umstände abstellende Überlegung massgebend. Die Frage nach der Unterscheidung zwischen Erfüllungsgehilfe und Substitut steht nämlich in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit der Substitution und der Rechtfertigung des in Art. 399 Abs. 2 OR begründeten Haftungsprivilegs des Erstbeauftragten. Entscheidend ist deshalb, ob im konkreten Fall eine auf gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten reduzierte Haftung gerechtfertigt ist. Eine Substitution des Auftrags im Sinn von Art. 398 Abs. 3 OR liegt deshalb nur vor, wenn der Beauftragte die Erfüllung durch einen wirtschaftlich selbständigen Dritten vornehmen lässt, ohne diesen zu leiten oder zu beaufsichtigen und sich das damit verbundene Haftungsprivileg bei der gegenseitigen Abwägung der Interessen des Auftraggebers und des Beauftragten rechtfertigen lässt bzw. rechtfertigen liesse, wenn die Substitution zulässig wäre.⁴³

Damit sich das Haftungsprivileg des Erstbeauftragten rechtfertigen lässt, hat der Beizug des Substituten im Interesse des Auftraggebers zu erfolgen.⁴⁴ Liegt die Substitution allein im Interesse des Beauftragten selbst (weil sie ihm z. B. zur Vergrösserung seiner geschäftlichen Kapazität oder seines Umsatzes dient), lässt sich das Haftungsprivileg nicht begründen.⁴⁵ Der Dritte gilt dann entweder als blosser Erfüllungsgehilfe, für dessen Handlungen der Beauftragte nach Art. 101 OR haftet, oder der Beizug des Dritten qualifiziert sich wegen Höchstpersönlichkeit der Leistung überhaupt als unzulässig.

42 SCHÄFER, MüKoBGB (Fn. 24), N 6 zu § 664 BGB.

43 A. M. DERENDINGER, Nichterfüllung Auftrag (Fn. 8), Rz. 315, der eine Abwägung, in wessen Interesse der Beizug des Dritten erfolgt, für unpraktikabel hält.

44 HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 74; vgl. auch WEBER, Auftragsrecht (Fn. 8), 80; OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 399 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II (Fn. 39), Rz. 3061.

45 Vgl. auch BECKER, BK (Fn. 8), N 5 zu Art. 399 OR; HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 74 ff.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, 349; BERNHARD SCHNYDER, Die Haftung des Arztes für seinen Vertreter, in: SJZ 51 (1955), 105 ff., 107; VON TUHR/ESCHER, OR AT (Fn. 6), § 70 I, S. 123; BGE 107 II 238 E. 5.b (245); BGE 112 II 347 E. 2.a (353 f.).

In diesem Fall haftet der Beauftragte für die Handlungen des Dritten nach Art. 399 Abs. 1 OR, wie wenn es seine eigenen wären.⁴⁶

Wie bereits erwähnt ist der Beauftragte nach Art. 398 Abs. 3 OR zur Substitution befugt, «wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird». Als Ermächtigung gilt die Befugnis zu mittelbarer Stellvertretung, also die Zustimmung des Auftraggebers zur Erteilung eines Unterauftrags nicht in seinem Namen, aber auf seine Rechnung.⁴⁷ Liegt eine ausdrückliche Ermächtigung zur Substitution vor, sind die Gründe, die den Erstbeauftragten zur Übertragung des Auftrags an einen Dritten veranlassen, grundsätzlich ohne Bedeutung. Es spielt deshalb keine Rolle, ob er den Auftrag selbst nicht ausführen will, weil er sich beispielsweise der Problematik nicht mehr gewachsen fühlt, oder dies nicht tun kann, weil ihn tatsächliche Gründe davon abhalten. Erforderlich ist nur, dass der Zweck der Substitution in der Sicherung der Auftragsausführung im Interesse des Auftraggebers liegt.⁴⁸ Damit geht auch die Gefahr der Substitution unter Vorbehalt der beschränkten Haftung des Beauftragten nach Art. 399 Abs. 2 OR auf den Auftraggeber über.⁴⁹

Übungsgemäss zulässig ist, «was allgemein in derartigen Verhältnissen zu geschehen pflegt».⁵⁰ Zu denken ist etwa an den behandelnden Arzt, der als Spezialisten einen Chirurgen, Internisten oder Radiologen beizieht, oder an den beratenden Anwalt, der Spezialisten für Steuerrecht, internationales Recht oder ausländisches Recht invol-

46 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 545 zu Art. 398 OR.

47 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 569 zu Art. 398 OR; vgl. HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929, N 6 zu Art. 33 OR.

48 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 573 zu Art. 398 OR; vgl. HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 74 ff.; OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 399 OR; BGE 112 II 347 E. 2.a (353 f.); BGE 107 II 238 E. 5.b (245); SJZ 60 (1964) 42 Nr. 22 (Willensvollstrecker).

49 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 573 zu Art. 398 OR; vgl. auch SCHÄFER, MüKoBGB (Fn. 24), N 15 zu § 664 BGB.

50 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 579 zu Art. 398 OR mit Verweis auf PETER LIVER, in: PETER LIVER et al., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, umfassend die Art. 1–10 ZGB, 2. Aufl., Bern 1966, N 67 zu Art. 5 ZGB seinerseits m. w. Verw.

viert.⁵¹ Üblich dürfte in vielen Fällen der Beizug eines Spezialisten sein, wobei dann freilich oft zwischen dem beigezogenen Spezialisten und dem Auftraggeber ein neues, selbständiges Auftragsverhältnis entsteht.⁵²

Durch die Umstände zur Substitution genötigt ist der Beauftragte, wenn eine Notstandssituation vorliegt,⁵³ der Beauftragte also unverschuldet gehindert ist, den Auftrag selbst auszuführen und der Auftraggeber dadurch geschädigt würde.⁵⁴ GAUTSCHI führte dazu das Beispiel des Beauftragten an, dem die Ausführung des Auftrags infolge von Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit nicht möglich sei. So habe beispielsweise der Arzt, der einen Unfall erleide – wenn er es noch könne –, für die dringende Operation seines todkranken Patienten einen anderen Arzt zu substituieren, und zwar auch dann, wenn die Substitution weder vereinbart noch als üblich zu betrachten sei.⁵⁵

3. *Rechtslage im Werkvertragsrecht*

a) Ausgangslage

Auch im Werkvertragsrecht ist der Unternehmer nach Art. 364 Abs. 2 OR grundsätzlich verpflichtet, «das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen». Eine Ausnahme soll nur gelten, «wenn es nach der Natur des Geschäfts auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt».

Die Pflicht, «das Werk persönlich auszuführen» oder es «unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen», gilt alternativ. Zur Erfüllung der Pflicht genügt es daher, dass der Unternehmer das Werk unter seiner persönlichen Leitung ausführen lässt. Vor allem bei juristischen Personen steht von vornherein nur diese zweite Variante zur Diskussion.⁵⁶ Es geht alsdann um die Leitung, insbesondere durch

51 HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 75.

52 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 581 zu Art. 398 OR.

53 BECKER, BK (Fn. 8), N 14 zu Art. 398 OR; weniger restriktiv OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 5 zu Art. 398 OR.

54 OSER/SCHÖNENBERGER, ZK (Fn. 8), N 10 zu Art. 398 OR; FELLMANN, BK (Fn. 6), N 584 zu Art. 398 OR.

55 Vgl. GAUTSCHI, BK (Fn. 22), N 43 a–d zu Art. 398 OR.

56 PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 610.

Instruktion und Beaufsichtigung der zur Ausführung des Werks erforderlichen Arbeiten.⁵⁷

Der Unternehmer ist von der Pflicht entbunden, «das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen», wenn «es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt» (Art. 364 Abs. 2 OR). Diese Voraussetzung soll nur erfüllt sein, «wenn nach der Eigenart der geschuldeten Werkleistung die persönlichen (individuellen) Fähigkeiten des verpflichteten Unternehmers von keinem oder nur von so geringem Einfluss auf das Gelingen oder den vertragsgemässen Ablauf der Werkausführung sind, dass vom Unternehmer nach Treu und Glauben nicht einmal eine persönliche Leitung der Werkausführung erwartet werden kann».⁵⁸

Das Bundesgericht scheint in diesem Zusammenhang eine restriktive Haltung einzunehmen. In BGE 103 II 52 E. 5.a (55 f.) hat es jedenfalls die Auffassung vertreten, bei der Vergebung von Baumeisterarbeiten spielten die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers jeweils eine entscheidende Rolle, komme es doch dabei nicht allein darauf an, welches Angebot am preisgünstigsten sei, sondern ebenso sehr auf die Beurteilung des Unternehmers hinsichtlich seiner Leistungsfähigkeit und Qualität, seiner Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit.

b) Zulässigkeit des Beizugs von Erfüllungsgehilfen

Wie im Recht des einfachen Auftrags schliesst die Pflicht «das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen» (Art. 364 Abs. 2 OR) nicht von vornherein jeden Beizug eines Dritten aus. Vielmehr darf der Unternehmer auch nach Werkvertragsrecht untergeordnete Aufgaben an einen Erfüllungsgehilfen übertragen, solange das Hauptgewicht auf seiner Leistung liegt und die Zuziehung des Erfüllungsgehilfen bloss der Unterstützung des eigenen Leistungshandelns dient. Dies ergibt sich direkt aus Art. 364 Abs. 2 OR, weil der Erfüllungsgehilfe, der in diesem Sinn tätig wird, die ihm übertragene Aufgabe unter Leitung und Aufsicht des Unternehmers ausführt. Anders als im Auftragsrecht ist eine Berufung auf Art. 68 OR nicht erforderlich.

⁵⁷ GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 611.

⁵⁸ GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 613.

c) Zulässigkeit des Beizugs von Subunternehmern

Eine Übertragung der Besorgung der Dienstleistung auf einen Dritten, wie sie das Auftragsrecht in Art. 399 OR vorsieht und im Fall von befugter Substitution mit einem Haftungsprivileg des Beauftragten verbindet, kennt das Werkvertragsrecht nicht. Selbstverständlich werden aber in der Praxis auch bei Arbeiten, auf die das Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt, einzelne oder sogar alle geschuldeten Dienstleistungen zur selbständigen Erfüllung an Dritte weitergegeben. Man spricht alsdann vom Beizug eines Subunternehmers. Der Unterschied zum Auftragsrecht liegt darin, dass der Unternehmer für das Verhalten des Subunternehmers nach Art. 101 OR wie für sein eigenes haftet, während der Beauftragte bei befugter Substitution «nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten» haftet (Art. 399 Abs. 2 OR).

Ob die (ganze oder teilweise) Übertragung der Erfüllung des Werkvertrags durch Ausführung des Werks an einen Subunternehmer gestattet ist, beurteilt sich, soweit keine abweichende vertragliche Abrede besteht,⁵⁹ wie die Zulässigkeit des Beizugs von blossen Erfüllungsgehilfen, nach Art. 364 Abs. 2 OR. Danach hat der Unternehmer «das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen», es sei denn, es komme «nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers» nicht an. Da der Subunternehmer – von speziellen Ausnahmen abgesehen⁶⁰ – nicht unter der Leitung des vom Bauherrn beauftragten Unternehmers steht, ist sein Beizug nur erlaubt, wenn es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des erstbeauftragten Unternehmers nicht ankommt.⁶¹ Diese Voraussetzung kann bei einzelnen, zur Erfüllung des Werkvertrags erforderlichen Arbeitsgattungen erfüllt sein, bei anderen nicht.⁶²

59 Eine solche sieht beispielsweise Art. 29 Abs. 3 der SIA-Norm 118 vor. Danach darf der Unternehmer «einen Subunternehmer dann beiziehen, wenn der Werkvertrag dies allgemein oder für eine bestimmte Arbeit vorsieht. Soweit der Vertrag eine Beiziehung nicht vorsieht, bedarf sie der ausdrücklichen Erlaubnis des Bauherrn; keiner Erlaubnis bedarf die Beiziehung, wenn sie nur einen unwesentlichen Teil der Arbeiten betrifft und die vertragsgemässe Ausführung nicht beeinträchtigt.»

60 Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 622 f.

61 Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 624.

62 Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 624.

B. Beschränkte Befugnis zur Delegation im Auftrags- und Werkvertragsrecht als Fazit

Sowohl das Auftragsrecht (Art. 398 Abs. 3 OR i. V. m. Art. 68 OR) wie auch das Werkvertragsrecht (Art. 364 Abs. 2 OR) beschränken die Befugnis des Beauftragten zur Weiterdelegation des erhaltenen Auftrags an einen selbständigen Dritten. Diese Bestimmungen kehren die in Art. 68 OR allgemein enthaltene Vermutung gegen die Pflicht zur persönlichen Erfüllung bei Dienstleistungen im Ergebnis in eine Vermutung für eine Pflicht zur persönlichen Erfüllung um.⁶³

III. Haftung bei Delegation an Hilfspersonen und Substituten

A. Einleitung

Die Haftung für Hilfspersonen wird damit begründet, dass jener Schuldner, der von den Vorteilen des Beizugs einer Hilfsperson profitiere, auch die damit verbundenen Risiken und Nachteile tragen solle, *cuius commodum, eius periculum*.⁶⁴

Art. 399 Abs. 2 OR weicht im Fall einer befugten Substitution von diesem Grundsatz ab. War der Beauftragte zur Übertragung des Auftrags an einen Dritten befugt, haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten. Die Motive des Gesetzgebers für diese nur auf das Auftragsrecht beschränkte Spezialregelung lassen sich nicht mehr eindeutig eruieren. Sie können nur darin gelegen haben, dass man im Gesetzgebungsverfahren davon ausging, die befugte Substitution erfolge im Interesse des Auftraggebers, worauf vor allem eine entsprechende Ermächtigung, aber auch der Umstand, dass die Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird, tatsächlich schliessen lassen. Aus diesem Grund dürfe dem Beauftragten das damit verbun-

⁶³ Vgl. SCHROETER, BSK OR I (Fn. 17), N 5 zu Art. 68 OR; betreffend Art. 364 Abs. 2 OR vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 617.

⁶⁴ Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II (Fn. 39), Rz. 3014; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017, N 54.113; BGE 114 Ib 67 E. 2.c und E. 2.d (71 f.); BGE 107 Ia 168 E. 2.a (169); BGER 5A_890/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 5; BGER 2C_177/2019 vom 22. Juli 2019 E. 4.2.2; BGER 2C_699/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 3.3.

dene Haftungsrisiko nicht in vollem Umfang aufgebürdet werden. Gleiches sollte offenbar gelten, wenn der Beauftragte durch die Umstände zur Substitution genötigt worden war. Auch in diesem Fall rechtfertigte es sich nach Meinung des Gesetzgebers nicht, den Beauftragten mit der vollen Haftung für den Einsatz des Dritten zu belasten.⁶⁵

B. Haftung bei Delegation an Hilfspersonen im Allgemeinen und Subunternehmer im Besonderen

1. Haftung bei erlaubter Delegation

Für das Verhalten seiner Hilfspersonen haftet sowohl der Beauftragte wie auch der Unternehmer im Werkvertrag nach Art. 101 OR. Danach haben sie dem Auftraggeber bzw. dem Besteller den Schaden zu ersetzen, den der Erfüllungsgehilfe in Ausübung seiner Verrichtungen verursacht. Ein Verschulden des Beauftragten oder des Unternehmers ist nicht erforderlich; sie haften für das Verhalten ihrer Hilfspersonen kausal. Massgebend ist allein, dass die Handlung des Erfüllungsgehilfen dem Beauftragten oder dem Unternehmer als Vertragsverletzung vorzuwerfen wäre, wenn er sie selbst vorgenommen hätte. Ob den Erfüllungsgehilfen selbst ein Verschulden trifft, bleibt dabei unerheblich.

Diese Grundsätze gelten auch bei der Delegation der Ausführung des Werks an einen Subunternehmer. Der Subunternehmer gilt im Verhältnis zum Auftraggeber bzw. zum Besteller als Hilfsperson des Unternehmers. Dieser hat für das schädigende Verhalten des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber bzw. dem Besteller nach Art. 101 OR wie für sein eigenes einzustehen.

Geht es um die Haftung des Unternehmers für Mängel, spielt Art. 101 OR freilich nur beim Ersatz des Mangelfolgeschadens (der grundsätzlich ein Verschulden des Unternehmers voraussetzt, wenn auch mit umgekehrter Beweislast entsprechend Art. 97 Abs. 1 OR)⁶⁶ eine Rolle. Bei der Haftung für Mängel handelt es sich nämlich um eine Kausalhaftung, soweit es um das Wandlungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsrecht des Bestellers (Art. 368 OR) geht. Es kommt

⁶⁵ Siehe dazu FELLMANN, BK (Fn. 6), N 4 f. zu Art. 399 OR und N 8 zu Art. 398 OR.

⁶⁶ Vgl. dazu eingehend GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 1887 ff., und Rz. 1893 ff.

daher nicht darauf an, ob der Unternehmer den Mangel selbst verursacht hat oder ob dieser auf der Arbeit des Subunternehmers beruht.⁶⁷

2. *Haftung bei unerlaubter Delegation*

Für das Verhalten der Hilfsperson haftet der Schuldner auch nach Art. 101 OR, wenn er wegen Höchstpersönlichkeit der geschuldeten Leistung nicht befugt war, für die Ausführung einen Erfüllungsgehilfen oder einen Subunternehmer beizuziehen. In einem solchen Fall kann zusätzlich der Haftungstatbestand des Art. 97 OR erfüllt sein, weil sich der unerlaubte Beizug der Hilfsperson als Vertragsverletzung qualifiziert.⁶⁸

3. *Haftung der Hilfsperson*

Für die Haftung des Schuldners spielt es keine Rolle, ob ihm die Hilfsperson selbst ebenfalls haftet.⁶⁹ Ebenso ist es unerheblich, wie das Innenverhältnis zwischen Schuldner und Hilfsperson rechtlich zu qualifizieren ist. Für die Haftung im Aussenverhältnis genügt der tatsächliche Einsatz zur Erfüllung einer Schuldspflicht des Schuldners.⁷⁰ Gleichgültig ist ferner auch, ob zwischen Hilfsperson und Schuldner ein Subordinationsverhältnis besteht.⁷¹ Folgerichtig kommt es nicht darauf an, ob der Schuldner die Hilfsperson kontrollieren und überwachen kann bzw. ob er sie kontrolliert und überwacht hat.⁷²

C. **Haftung bei Delegation an Substituten nach Auftragsrecht**

1. *Haftung bei erlaubter Delegation*

War der Beauftragte zur Übertragung des Auftrags an einen Dritten ermächtigt, haftet er, wie oben bereits erwähnt, nach Art. 399 Abs. 2 OR nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten. Das Gleiche gilt, wenn die Substitution Übungsgemäss als

67 Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 178.

68 GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 177.

69 Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 177.

70 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II (Fn. 39), Rz. 3028 m. w. Verw.

71 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II (Fn. 39), Rz. 3028 m. w. Verw.

72 Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), Rz. 177.

zulässig betrachtet wird oder der Beauftragte durch die Umstände zur Übertragung der Auftragsausführung an einen Dritten genötigt war.⁷³

Haftungsbegründend ist in diesen Fällen eine Sorgfaltspflichtverletzung bei der Auswahl oder Instruktion des Dritten. Zu denken ist an den Beizug eines unfähigen Substituten oder an die Erteilung ungenügender oder unrichtiger Anweisungen.⁷⁴ Die Beweislast für eine solche Vertragsverletzung liegt beim Auftraggeber. Ist dieser Nachweis erbracht, wird ein Verschulden des Beauftragten vermutet. Er hat daher für den Schaden einzustehen, sofern er nicht beweist, dass ihm im Zusammenhang mit der (objektiv) unsorgfältigen Auswahl und/oder Instruktion des Substituten kein Verschulden trifft.⁷⁵

2. *Haftung bei unerlaubter Delegation*

Hat der Beauftragte die Besorgung seines Auftrags unbefugterweise einem Dritten übertragen, haftet er für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären. Art. 399 Abs. 1 OR begründet eine milde Kausalhaftung. Der Beauftragte kann sich daher nicht mit dem Nachweis entlasten, an der unbefugten Substitution treffe ihn kein Verschulden, da er beispielsweise irrtümlich angenommen habe, er sei zur Substitution berechtigt.⁷⁶ Hingegen steht ihm der Entlastungsbeweis offen, ihn selbst würde kein Verschulden treffen, bzw. es würde keine Vertragsverletzung vorliegen, wenn er gleich wie der Substitut gehandelt hätte.⁷⁷ In der Praxis hat diese Einschränkung freilich wenig Gewicht, weil sich der Beauftragte seiner Verantwortung in aller Regel nicht mit dem Hinweis entziehen kann, er persönlich hätte den Auftrag noch schlechter erfüllt als der beigezogene Substitut.⁷⁸

Gleiches gilt, wenn die Substitution allein im Interesse des Beauftragten erfolgt. In diesem Fall ist das Haftungsprivileg des Art. 399 Abs. 2 OR trotz Ermächtigung des Auftraggebers nicht gerechtfertigt.

73 Siehe vorne II. A.2.c).

74 Vgl. FELLMANN, BK (Fn. 6), N 52 ff. zu Art. 399 OR; OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 2 zu Art. 399 OR.

75 Art. 97 Abs. 1 OR; vgl. FELLMANN, BK (Fn. 6), N 53 zu Art. 399 OR.

76 Vgl. FELLMANN, BK (Fn. 6), N 30 zu Art. 399 OR; vgl. auch OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 5 zu Art. 399 OR.

77 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 21 ff. und N 31 zu Art. 399 OR; a. M. OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 5 zu Art. 399 OR.

78 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 22 zu Art. 399 OR.

tigt.⁷⁹ Arbeitet der Dritte vor allem im Interesse des Beauftragten (Arbeitsentlastung usw.), wandelt er sich auch durch die Zustimmung des Auftraggebers nicht zum Substituten, für dessen Handlungen der Beauftragte nur im Umfang von Art. 399 Abs. 2 OR haften würde. Der Beauftragte hat für das Verhalten des Dritten vielmehr nach Art. 101 OR wie für sein eigenes einzustehen.⁸⁰

Anders verhält es sich nur, wenn sich die Zustimmung des Auftraggebers ausdrücklich auch auf die Beschränkung der Haftung bezieht. Eine solche Erklärung führt jedoch nicht zur Anwendung des Haftungsprivilegs des Art. 399 Abs. 2 OR, sondern ist als Freizeichnungsklausel im Sinn von Art. 101 Abs. 2 OR zu qualifizieren, die den Schranken des Art. 101 Abs. 3 OR untersteht.⁸¹

3. *Haftung des Substituten*

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Erstbeauftragten und dem Substituten stellt in der Regel ein Auftragsverhältnis dar, das gemeinhin als Unterauftrag umschrieben wird. Der Substitut haftet gegenüber dem Erstbeauftragten daher, wenn er die ihm obliegenden Sorgfaltpflichten verletzt und dem Erstbeauftragten dadurch Schaden entsteht.⁸² Es kommt aber auch vor, dass der Substitut dem Beauftragten in Bezug auf den übertragenen Teilauftrag (man denke etwa an das Verfassen von Plänen) einen Erfolg schuldet, sodass das Rechtsverhältnis dem Werkvertragsrecht untersteht. In diesem Fall haftet der Substitut gegenüber dem Beauftragten nicht nur für die erforderliche Sorgfalt bei der Ausführung des Werks (Art. 364 Abs. 1 OR), sondern wird bei Mängeln auch gewährleistungspflichtig (Art. 368 OR).

Nach Art. 399 Abs. 3 OR kann der Hauptauftraggeber die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen, sowohl bei erlaubter wie auch bei unerlaubter Substitution unmittelbar gegen den Substituten geltend machen. In BGE 121 III 310 E. 4.a ff. (315 ff.) kam das Bundesgericht im Fall einer Geldüberweisung mithilfe des Bankenclearingsystems in einem mehrgliedrigen Überweisungsverkehr zum

79 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 574 zu Art. 398 OR; vgl. HOFSTETTER, SPR VII/2 (Fn. 8), 74; OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 3 zu Art. 399 OR.

80 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 574 zu Art. 398 OR; vgl. HONSELL, OR BT (Fn. 45), 349.

81 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 574 zu Art. 398 OR.

82 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 592 f. zu Art. 398 OR.

Schluss, der direkte Anspruch des Auftraggebers gegen den Substituten könne nicht davon abhängen, ob dieser den Beauftragten durch sein Verhalten geschädigt habe. Der Hauptauftraggeber könne seinen Schaden daher direkt dem Substituten gegenüber geltend machen. Das Bundesgericht begründete den Anspruch nur vage, indem es letztlich auf «die rechtliche Wertung der Interessen der am Überweisungsverhältnis beteiligten Parteien» abstellte.⁸³ Dabei liess es offen, ob Grundlage dieses Direktanspruchs unmittelbar Art. 399 Abs. 3 OR sei oder ob allenfalls das Vertragsverhältnis zwischen dem Beauftragten (Erstbank) und dem Substituten (Empfängerbank) als Vertrag zugunsten Dritter (des Hauptauftraggebers) im Sinn von Art. 112 OR zu qualifizieren sei.⁸⁴ Diese Fragen sind im Ergebnis nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Entscheidend ist, dass das Bundesgericht einen direkten vertraglichen Anspruch des Auftraggebers gegen den Substituten anerkennt.⁸⁵

In der Lehre und Rechtsprechung existieren verschiedene Ansätze zur Begründung des Anspruchs des Auftraggebers gegenüber dem Substituten. In BGE 121 III 310 hat das Bundesgericht (wie bereits erwähnt) angetönt, dass bei einer mehrgliedrigen Überweisung der Anspruch der Kundin (Auftraggeberin) gegenüber der Empfängerbank (Substitutin der erstbeauftragten Bank) seine Grundlage in einem *Vertrag zugunsten Dritter* (Art. 112 OR) haben könnte.⁸⁶ Anhand der dem Dritten eingeräumten Rechtsstellung werden zwei Arten des Vertrags zugunsten Dritter unterschieden: Wird der Dritte zum Empfang der Leistung bloss ermächtigt, liegt ein unechter (gewöhnlicher) Vertrag

83 BGE 121 III 310 E. 4.c; vgl. WALTER FELLMANN/JÖRG SCHWARZ, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 27. 6. 1995, T. c. Bank X, Berufung (= BGE /ATF 121 III 310), in: AJP 1996, 96 ff., 98; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Zürich/St. Gallen 2016, N 18 zu Art. 399 OR.

84 Vgl. auch OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 6 zu Art. 399 OR m. w. H.; BGer 4A_10/2013 vom 28. Mai 2013 E. 4.1–4.2; BGer 4A.256/2010 vom 26. Juli 2010 E. 2.5.

85 Vgl. CAROLINE VON GRAFFENRIED, *Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen*, Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), zum Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2018, Bern 2019, Rz. 305.

86 Vgl. BGE 121 III 310 E. 5.a., wobei das Bundesgericht die Frage offenliess, ob der Anspruch unmittelbar aus Art. 399 Abs. 3 OR abzuleiten sei oder seine Grundlage in einem Vertrag zugunsten Dritter im Sinn von Art. 112 OR habe.

zugunsten Dritter vor (Art. 112 Abs. 1 OR). Wird dem Dritten zusätzlich ein eigenes Forderungsrecht eingeräumt, liegt ein echter (qualifizierter) Vertrag zugunsten eines Dritten vor (Art. 112 Abs. 2 OR).⁸⁷ Ob im konkreten Fall ein (echter) Vertrag zugunsten eines Dritten vorliegt, ist anhand des Vertrags des Beauftragten mit dem Substituten zu beurteilen.⁸⁸ Liegt im konkreten Fall kein echter Vertrag zugunsten eines Dritten vor, muss ein anderer Weg zur Begründung des Direktanspruchs des Auftraggebers gefunden werden.⁸⁹

Die jüngere Schweizer Literatur widmet insbesondere dem *Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten eines Dritten* eine gewisse Aufmerksamkeit.⁹⁰ Das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten eines Dritten wurde von der deutschen Lehre und Rechtsprechung entwickelt.⁹¹ Danach werden die im Rahmen des Vertragsverhältnisses bestehenden Nebenpflichten (Sorgfalts-, Schutz- und allgemeine Verhaltenspflichten) auf das Verhältnis zum leistungsnahen Dritten ausgedehnt, für dessen Schutz der Gläubiger verantwortlich ist. Entsteht dem leistungsnahen Dritten ein Schaden, weil der Schuldner die auch ihm gegenüber bestehenden Pflichten verletzt hat, steht dem leistungsnahen Dritten ein selbständiger Schadenersatzanspruch nach vertraglichen Regeln gegen den Schuldner zu.⁹² Das Bundesgericht hat

87 ZELLWEGER-GUTKNECHT, BSK OR I (Fn. 17), N 1 zu Art. 112 OR.

88 Art. 399 Abs. 3 OR begründet nämlich *ex lege* lediglich einen Parallelanspruch des Hauptauftraggebers. In diesem Direktanspruch ist – trotz Wirkungsnahe – kein echter Vertrag zugunsten eines Dritten zu erblicken (ZELLWEGER-GUTKNECHT, BSK OR I [Fn. 17], N 11 zu Art. 112 OR; vgl. FELLMANN, BK [Fn. 6], N 97 zu Art. 399 OR).

89 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten (Fn. 85), Rz. 304, die sich für diese Konstellation dafür ausspricht, dass der Schaden des Auftraggebers über die Institute des *Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* bzw. der *Drittschadensliquidation* ersetzt werden sollte; auch HARALD BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2008, Zürich/Basel/Genf 2009, 437 f., scheint diese beiden Ansätze zu präferieren.

90 Vgl. INGBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, N 87.04; vgl. auch FELLMANN/SCHWARZ, AJP 1996 (Fn. 83), 99; CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte, in: AJP 2018, 95 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II (Fn. 39), Rz. 3910 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten (Fn. 85), Rz. 391 ff.

91 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten (Fn. 85), Rz. 392; FELLMANN, BK (Fn. 6), N 616 zu Art. 398 OR.

92 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten (Fn. 85), Rz. 391.

sich mehrmals mit dem Konzept des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter auseinandergesetzt, ohne es letztlich jemals in einem konkreten Fall anzuwenden und sich grundsätzlich für oder gegen dessen Anwendbarkeit im schweizerischen Recht auszusprechen.⁹³

Weiter liesse sich der Direktanspruch des Auftraggebers gegenüber dem Substituten auch über die Figur der *Drittschadensliquidation* begründen,⁹⁴ die ebenfalls von der deutschen Literatur und Rechtsprechung entwickelt wurde.⁹⁵ Danach dürfe der Beauftragte gegenüber dem Substituten, mit dem er als indirekter Stellvertreter des Auftraggebers Geschäfte tätigt, auch den Schaden geltend machen, der nicht ihm, sondern dem Auftraggeber entstanden sei.⁹⁶

Ferner wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass es sich beim Substituten im Verhältnis zum Auftraggeber um einen *auftragslosen Geschäftsführer* handle, der nach Art. 420 Abs. 1 OR hafte und somit für jede Fahrlässigkeit einzustehen habe.⁹⁷

93 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten (Fn. 85), Rz. 489 m. w. Verw. u. Rz. 541; für eine Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung siehe VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten (Fn. 85), Rz. 491 ff.

94 Vgl. BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität (Fn. 89), 438.

95 FELLMANN, BK (Fn. 6), N 605 zu Art. 398 OR m. w. Verw.

96 Vgl. FELLMANN, BK (Fn. 6), N 605 zu Art. 398 OR m. w. Verw.; vgl. auch BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität (Fn. 89), 438.

97 OSER/WEBER, BSK OR I (Fn. 17), N 6 zu Art. 399 OR; GRAHAM-SIEGENTHALER, Haftpflichtkommentar (Fn. 83), N 14 zu Art. 399; vgl. auch GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Mäklervertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407–424 OR, Bern 1964, N 8 Vorbemerkungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag, nach dessen Auffassung der beigezogene Substitut «jedenfalls solange der Geschäftsherr (Hauptauftraggeber) die Substitution nicht kennt und daher nicht durch wissentliche Duldung genehmigen konnte, tatsächlicher vertragsloser Geschäftsführer des Hauptauftraggebers» sei (im Original mit Hervorhebungen). Anhaltspunkte für eine Qualifikation des Substituten als auftragslosen Geschäftsführer finden sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: In BGE 110 II 183 hat das Bundesgericht die Haftung einer im Unterauftragsverhältnis weisungswidrig agierenden Bank auf «art. 420 cpv. 3 CO, rispettivamente art. 397 cpv. 1 CO» gestützt (BGE 110 II 183 E. 2.b, übersetzt in: Pra 73/1984, Nr. 178, S. 490 ff.); demgegenüber hält BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität (Fn. 89), 438, es für wenig überzeugend, einen Direktanspruch des Auftraggebers gegen den Substituten auf eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu stützen; diesen Ansatz für das deutsche Recht klar ablehnend SCHÄFER, MüKoBGB (Fn. 24), N 17 zu § 664 BGB.

Weiter wird in der Lehre argumentiert, dass die Schutzlücke auch durch eine *sachgerechte Weiterentwicklung des Deliktsrechts* geschlossen werden könne.⁹⁸ So könne insbesondere die Schutzlücke, die bei reinen Vermögensschäden von vertragsfremden Dritten vorliege, geschlossen werden mittels Anerkennung berufsspezifischer Pflichten zum Schutz fremden Vermögens.⁹⁹

IV. Zulässigkeit der Subdelegation durch Hilfspersonen oder Substituten

A. Zulässigkeit der Subdelegation durch Hilfspersonen

1. Einleitung

Nach PETER GAUCH kommt es bisweilen vor, dass ein Subunternehmer Arbeiten, die er vom Unternehmer übernommen hat, seinerseits an einen anderen Unternehmer (einen Sub-Subunternehmer) weitervergibt. Diese Stufung lasse sich sogar noch tiefer führen.¹⁰⁰ Ziehe der Subunternehmer seinerseits eine Hilfsperson, z. B. einen Sub-Subunternehmer, bei, so hafte der Unternehmer auch für dessen Untergehilfen (den Erfüllungsgehilfen des Erfüllungsgehilfen) nach Massgabe des Art. 101 OR.¹⁰¹

Dass eine Hilfsperson des Schuldners Arbeiten, die an sie übertragen wurden, ihrerseits ganz oder teilweise an einen Untergehilfen vergibt, kommt nicht nur im Werkvertragsrecht, sondern auch im Auftragsrecht vor; dies zeigt schon das Beispiel in der Einleitung, das Anlass für die vorliegende Untersuchung war. In beiden Fällen fragt sich aber, ob, und wenn ja, weshalb der Beauftragte und der Unternehmer auch für das Verhalten des Untergehilfen des Erfüllungsgehilfen einzustehen haben.

⁹⁸ Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT (Fn. 90), N 87.05; vgl. auch FRANZ WERRO, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung, in: recht 2003, 12 ff.; diesen Ansatz ablehnend VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten (Fn. 85), Rz. 819 ff., insbes. Rz. 829.

⁹⁹ Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT (Fn. 90), N 87.05 u. N 87.03.

¹⁰⁰ GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), N 142.

¹⁰¹ GAUCH, Werkvertrag (Fn. 56), N 177, unter Berufung auf SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 39), 168 f.

Nach Auffassung von ALFRED KOLLER in seiner Dissertation über die Haftung für den Erfüllungsgehilfen ist der Untergehilfe selbst Erfüllungsgehilfe, wenn ein Erfüllungsgehilfe mit Ermächtigung des Schuldners einen Untergehilfen bei der Erfüllung verwendet.¹⁰² Sei dies nicht der Fall, rechtfertige sich eine (analoge) Anwendung von Art. 101 OR nur, wenn dem Erfüllungsgehilfen von Gesetzes wegen (Art. 68 OR) das Recht zustehe, Untergehilfen einzusetzen. Die Analogie rechtfertige sich in diesem Fall, weil es dem Schuldner nach der gesetzlichen Vermutung von Art. 68 OR gleichgültig sei, ob der Erfüllungsgehilfe persönlich erfülle oder durch einen Untergehilfen; es bestehe also gleichsam die gesetzliche Vermutung, dass sich der schuldnerische Beizugswille auch auf die Verwendung des Untergehilfen erstrecke.¹⁰³ Abgesehen vom soeben dargelegten Fall, da der Erfüllungsgehilfe von Gesetzes wegen ermächtigt sei, Untergehilfen einzusetzen, rechtfertigt es sich nach der Ansicht von KOLLER nicht, den Schuldner für einen Untergehilfen ohne Erfüllungsgehilfenqualität nach Art. 101 OR haften zu lassen. Art. 101 OR sei demnach nicht anwendbar, wenn der Schuldner dem Erfüllungsgehilfen ausdrücklich oder stillschweigend verboten hat, Untergehilfen einzusetzen.¹⁰⁴

Im Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts führt ALFRED KOLLER dann Folgendes aus: «Ist [...] der Beizug mit Ermächtigung des Schuldners erfolgt, so ist der Untergehilfe auch Erfüllungsgehilfe des Schuldners [...]. Ist er hingegen unerlaubterweise erfolgt, so ist der Untergehilfe zwar nicht Erfüllungsgehilfe des Schuldners, trotzdem hat dieser für den Untergehilfen nach Massgabe von Art. 101 OR einzustehen, weil er sich das Verhalten des Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR anrechnen lassen muss.»¹⁰⁵

KARL SPIRO hält der Auffassung, die ALFRED KOLLER in seiner Dissertation vertreten hat, entgegen, Gehilfen des Schuldners, für deren Fehler er dem Gläubiger einzustehen habe, seien auch die sogenannten Untergehilfen, also Gehilfen, die nicht der Schuldner selbst, sondern seine Gehilfen beiziehen würden. Es sei unerheblich, ob der Schuldner dem Gehilfen den Beizug des anderen Gehilfen erlaubt habe, er davon wisse oder damit rechnen müsse. Weil die Verpflichtung

102 KOLLER, Erfüllungsgehilfen (Fn. 38), Rz. 236.

103 KOLLER, Erfüllungsgehilfen (Fn. 38), Rz. 238.

104 KOLLER, Erfüllungsgehilfen (Fn. 38), Rz. 239.

105 KOLLER, OR AT (Fn. 64), N 54.100 m. w. Verw.

des Schuldners durch die Verwendung von Gehilfen weder begründet noch geändert werde, sei der Beizug der Gehilfen dem Gläubiger gegenüber kein Rechtsgeschäft. Weil das Verhältnis des Schuldners zum Gehilfen den Gläubiger nicht berühre, kümmere ihn auch nicht, ob der Schuldner den Gehilfen ermächtigt habe, weitere Gehilfen beizuziehen. Der Sinn der Haftung für Erfüllungsgehilfen liege gerade darin, dass der Schuldner auch dann einstehe, wenn der fehlbare Gehilfe gegen seine Weisungen oder gegen seinen Willen gehandelt habe, würde doch sonst die Haftung des Schuldners für sein eigenes Versagen genügen. Der Schuldner müsse das Tun des Gehilfen gelten lassen, nicht weil er es ihm erlaubt, sondern weil er es ihm bewusst und freiwillig ermöglicht habe. Ob der Schuldner dem Gehilfen den Beizug eines Dritten gestattet habe, spiele nur im Verhältnis zwischen ihm und dem Gehilfen sowie im Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Schuldner eine Rolle. Habe der Schuldner einen Gehilfen beigezogen, so komme es nicht darauf an, was der Gehilfe dürfe, sondern nur was er tue. Genüge es, dass der Schuldner die Einwirkungsmöglichkeit weitergebe, so genüge es auch, dass an seiner Stelle der Gehilfe es tue.¹⁰⁶

ROLF H. WEBER und SUSAN EMMENEGGER unterscheiden zwar zwei Fälle, die aber zum gleichen Ergebnis, nämlich zu einer Haftung des Schuldners nach Art. 101 OR führen. Im einen Fall sei der Gehilfe (vertraglich oder von Gesetzes wegen [Art. 68 OR]) mit oder ohne Kenntnis des Gläubigers ermächtigt, einen zweiten Gehilfen beizuziehen. Dann werde der Untergehilfe (direkt) zum Erfüllungsgehilfen des Schuldners, für den dieser nach Art. 101 OR hafte. Im zweiten Fall fehle es an einer solchen Ermächtigung. In diesem Fall stelle die Zuziehung eines weiteren Gehilfen ein Verschulden des ersten Erfüllungsgehilfen dar. Der Schuldner hafte gegenüber dem Gläubiger alsdann nach Art. 101 OR für den vom ersten Gehilfen unter Beizug eines Untergehilfen adäquat kausal und schuldhaft verursachten Schaden. Somit komme es im Ergebnis nicht darauf an, ob der Erfüllungsgehilfe immer (direkt) zum Erfüllungsgehilfen des Schuldners werde.¹⁰⁷ Diese Differenzierung leuchtet zwar ein, ebnet den Weg aber nicht zu einer vorbehaltlosen Haftung des Schuldners auch für Untergehilfen des Untergehilfen.

¹⁰⁶ SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 39), 168 ff.

¹⁰⁷ Vgl. WEBER/EMMENEGGER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020, N 53 f. zu Art. 101 OR.

CORINNE WIDMER LÜCHINGER und WOLFGANG WIEGAND stellen sich ebenfalls auf den Standpunkt, der Geschäftsherr habe gestützt auf Art. 101 OR in zwei Konstellationen für Untergehilfen einzustehen: Erstens, wenn er mit dem Beizug des Untergehilfen einverstanden gewesen sei oder damit habe rechnen müssen. Zweitens, (auch) wenn er mit dem Beizug von Untergehilfen nicht habe rechnen müssen und damit insbesondere, wenn der Subunternehmer mit dem Beizug des Untergehilfen gegen ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn verstossen habe. Der eigenmächtige Beizug sei in dieser Konstellation dem Geschäftsherrn zwar nicht hypothetisch vorwerfbar, was aber nicht dazu führen dürfe, dass eine Zurechnung nach Art. 101 Abs. 1 OR scheitere. Der Einsatz eines Untergehilfen gegen den Willen des Geschäftsherrn durch den Gehilfen gehöre vielmehr zu den Nachteilen, die aus dem Beizug einer Hilfsperson entstehen könnten, und damit zur Risikosphäre des Geschäftsherrn.¹⁰⁸

Im Folgenden ist zu prüfen, welche dieser Begründungen angesichts der immer verbreiteteren Spezialisierung im Dienstleistungssektor überzeugt, ob es zur Rechtfertigung einer Haftung des Schuldners auch für das Verhalten von Untergehilfen zusätzliche Argumente braucht oder ob sich eine solche Haftung allenfalls überhaupt nicht begründen lässt.

2. *Haftung des Schuldners für Untergehilfen von Hilfspersonen*

Kommt es nach der Natur des Geschäfts auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers an, genügt dieser nach dem vorne Gesagten seiner Pflicht zur höchstpersönlichen Erfüllung, wenn er das Werk unter seiner persönlichen Leitung ausführen lässt (Art. 364 Abs. 2 OR).¹⁰⁹ Das Gleiche gilt für den Beauftragten. Er darf trotz persönlicher Leistungspflicht untergeordnete Aufgaben einem Erfüllungsgehilfen übertragen, solange die Zuziehung des Erfüllungsgehilfen bloss der Unterstützung des eigenen Leistungshandelns dient und der Erfüllungsgehilfe die ihm übertragene Aufgabe unter Leitung und Aufsicht des Beauftragten ausführt.¹¹⁰

108 WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, BSK OR I (Fn. 17), N 7 zu Art. 101 OR m. w. Verw. u. a. auf SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 39), 168 ff.

109 Siehe vorne II. A.3.b).

110 Siehe vorne II. A.2.b); vgl. auch WEBER/EMMENEGGER, BK (Fn. 107), N 62 zu Art. 101 OR.

Muss der Schuldner nun aber eine Hilfsperson beiziehen, weil sie im Bereich der übertragenen Aufgabe fachkundiger ist als er selbst, sodass er die geschuldete Dienstleistung mit der erforderlichen Sorgfalt gar nicht selbst erbringen könnte, verletzt er nach dem hier vorgestellten Konzept des Gesetzgebers die Pflicht zur höchstpersönlichen Erfüllung. Mangels des erforderlichen Fachwissens ist er nämlich gar nicht in der Lage, den beigezogenen Spezialisten wirksam zu überwachen. Mit der im Gesetz vorgesehenen Erlaubnis zum Beizug von Erfüllungsgehilfen nach Art. 68 OR und 364 Abs. 2 OR ist es also bei der Delegation von Aufträgen an Spezialisten von vornherein nicht weit her. Nach der hier vertretenen Meinung kann es daher für die Begründung der Haftung des Schuldners für Untergehilfen seiner Hilfspersonen nicht darauf ankommen, ob die Hilfsperson im Sinn von Art. 68 OR oder Art. 364 Abs. 2 OR zur Subdelegation befugt war.

Eine mögliche Lösung liegt darin, in Fällen, in denen der Schuldner Dienstleistungen an Personen, die spezialisierter sind als er selbst, zur selbständigen Erbringung delegieren muss, um eine fachkundige Ausführung sicherzustellen, davon auszugehen, dass es im Sinn von Art. 68 OR nicht auf die Persönlichkeit des Schuldners oder die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers gemäss Art. 368 Abs. 2 OR ankommt bzw. überhaupt ankommen kann. Zwar wird man einwenden können, der Schuldner müsse den Gläubiger, der sich über die für sein Vorhaben erforderliche Fachkunde kein abschliessendes Bild machen kann, über den Bedarf an weiteren externen Spezialisten informieren und für den Beizug seine Zustimmung einholen. Dies mag in Einzelfällen so sein. In der Regel wird der Auftraggeber bzw. der Besteller aber davon ausgehen und auch davon ausgehen dürfen, der Beauftragte bzw. der Unternehmer ergreife alle erforderlichen Massnahmen, um das von ihm gesetzte Ziel zu erreichen. In diesen Fällen wird er es ihm überlassen, Mittel und Wege zu finden, um die Dienstleistung mit der erforderlichen Sorgfalt erbringen zu können.

Mit der Annahme, bei Bedarf an Spezialisten komme es von vornherein nicht auf die persönlichen Eigenschaften des weniger spezialisierten Schuldners an, wäre das Problem freilich nur für Fälle gelöst, in denen die Delegation zur Sicherstellung einer fachgerechten Ausführung erfolgt. Oft werden Dienstleistungen aber auch aus anderen Gründen an Hilfspersonen und von diesen an weitere Untergehilfen delegiert. So ist es denkbar, dass diese die Leistungen aufgrund ihrer Spezialisierung nicht nur besser, sondern auch kostengünstiger

erbringen können als der Schuldner selbst und er mit der Delegation seinen Gewinn vergrössern kann. Dieses Beispiel legt es nahe, der Auffassung von KARL SPIRO (und wohl auch PETER GAUCH) zu folgen, wonach es zur Begründung einer Haftung des Schuldners nach Art. 101 OR nicht auf die Erlaubnis, sondern bloss auf die vom Schuldner mit der Delegation geschaffenen Einwirkungsmöglichkeit ankommt, weil es nicht massgebend ist, was der Gehilfe darf, sondern nur was er tut. Genügt es, dass der Schuldner die Einwirkungsmöglichkeit weitergibt, so genügt es auch, dass an seiner Stelle der Gehilfe es tut.¹¹¹

B. Zulässigkeit der Subdelegation durch Substituten

1. *Einleitung*

Ob eine Sub-Substitution durch den Substituten zulässig ist, beurteilt sich grundsätzlich nach dem Rechtsverhältnis zwischen dem Substituten und dem Beauftragten. In der Regel begründet die Substitution durch den Beauftragten zwischen ihm und dem Substituten ein weiteres Auftragsverhältnis, sodass sich die Zulässigkeit nach Art. 398 Abs. 3 OR richtet. Schuldet der Substitut dem Beauftragten ausnahmsweise einen Erfolg, qualifiziert sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Beauftragten als Werkvertrag, der eine Substitution nicht kennt. In diesem Fall richtet sich die Zulässigkeit der Subdelegation nach Art. 364 Abs. 2 OR. Dazu kann auf die vorstehenden Ausführungen¹¹² verwiesen werden.

2. *Stellung des Hauptauftraggebers*

War der Beauftragte nach Art. 398 Abs. 3 OR im Verhältnis zum Hauptauftraggeber zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt, durch die Umstände genötigt oder war Vertretung durch einen selbständigen Dritten im fraglichen Fall Übungsgemäss zulässig, heisst dies nach der hier vertretenen Auffassung noch lange nicht, dass sich der Hauptauftraggeber eine Weitergabe des Auftrags oder eines Teilauftrags durch den Substituten wiederum zur selbständigen Erfüllung an einen Sub-Substituten gefallen lassen muss, auch wenn eine solche nach dem

111 SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 39), 168 ff.

112 Siehe vorne II. A.3.

Rechtsverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Substituten zulässig wäre. Wie erwähnt führte nämlich die Zulässigkeit der Sub-Substitution im Verhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Substituten zu einem Haftungsprivileg des Substituten. Er müsste dem Beauftragten nach Art. 399 Abs. 2 OR nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Sub-Substituten einstehen. Für eine Sorgfaltspflichtverletzung des Sub-Substituten bei der Ausführung des Unter-Unterauftrags hätte der Substitut dem Beauftragten im Übrigen nicht einzustehen; dafür haften würde nur der Sub-Substitut gegenüber dem Substituten. Der Beauftragte hätte allenfalls gestützt auf Art. 399 Abs. 3 OR einen Direktanspruch. Der Hauptauftraggeber hingegen hätte dem Sub-Substitut gegenüber keinen (vertraglichen) Anspruch.

Diese Komplikationen sind nach dem vorne Gesagten mit den Grundsätzen des Auftragsrechts von vornherein nur zu vereinbaren, wenn auch die Sub-Substitution, beispielsweise wegen einer Spezialisierung des Sub-Substituten, nicht nur im Interesse des Beauftragten, sondern auch im Interesse des Hauptauftraggebers liegt. Zudem müsste dem Hauptauftraggeber – wie gegenüber dem Substituten – ein direkter vertraglicher (Schadenersatz-)Anspruch gegenüber dem Sub-Substituten eingeräumt werden.

Läge das Interesse an der Weitervergabe primär beim Substituten, würde der Unterbeauftragte entweder als blosser Erfüllungsgehilfe des Substituten gelten, für dessen Handlungen dieser dem Hauptbeauftragten nach Art. 101 OR haften würde, oder der Beizug des Unterbeauftragten durch den Substituten qualifizierte sich wegen Höchstpersönlichkeit der Leistung des Substituten überhaupt als unzulässig. In diesem Fall würde der Substitut gegenüber dem Beauftragten für die Handlungen des Unterbeauftragten nach Art. 399 Abs. 1 OR haften, wie wenn es seine eigenen wären.¹¹³ Im Verhältnis zum Hauptauftraggeber würde eine solche Konstellation dem vorne erwähnten Grundsatz diametral widersprechen, wonach der Beizug von Hilfspersonen, auf deren Auswahl der Gläubiger keinen Einfluss hat und deren Nutzen allein dem Schuldner zufließt, die Stellung des Gläubigers nicht verschlechtern darf.¹¹⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung müsste dies auch zu einer Haftung des Beauftragten für das Verhalten des Unterbeauftragten gegenüber dem Hauptauftraggeber nach Art. 101 OR führen.

113 Vgl. FELLMANN, BK (Fn. 6), N 545 zu Art. 398 OR.

114 Vgl. BUCHER, OR AT (Fn. 8), 351.

V. Fazit

Wie vorne gezeigt wurde, verschlechtert die Subdelegation einer Dienstleistung durch Hilfspersonen die Stellung des Hauptauftraggebers grundsätzlich nicht, weil sich die Haftung des Schuldners nach Art. 101 OR auch auf das Verhalten des Untergehilfen bezieht. Erfolgt die Subdelegation, weil der Untergehilfe noch spezialisierter ist als der Gehilfe, dient sie zudem der fachmännischen Erbringung der Dienstleistung und sichert somit deren Qualität. Dies dient den Interessen des Gläubigers.

Untersteht die Dienstleistung hingegen dem Auftragsrecht, führt das Haftungsprivileg des Art. 399 Abs. 2 OR zu erheblichen Problemen. Es fragt sich daher, ob die Haftungsregelung des Art. 399 OR den Erfordernissen einer modernen Dienstleistungsgesellschaft überhaupt noch gerecht wird. Da es mit den Grundsätzen der Haftung für Hilfspersonen nach Art. 101 OR nicht zu vereinbaren ist und ein Grund für dieses Sonderrecht letztlich nicht ersichtlich ist, sollte das Haftungsprivileg des Beauftragten bei zulässiger Substitution und damit der ganze Art. 399 OR gestrichen werden. Ferner sollte Art. 398 Abs. 2 OR an Art. 364 Abs. 2 OR angeglichen werden, wenn man diese Bestimmung nicht ebenfalls streichen und es bei Art. 68 OR bewenden lassen wollte, was nach der hier vertretenen Meinung angesichts der fortschreitenden Spezialisierung (auch) im Dienstleistungsbereich wohl die beste Lösung wäre.

Nach geltendem Recht können unerwünscht langen Substitutionsketten, welche die Rechtsstellung des Hauptauftraggebers beeinträchtigen, nur mit einer weit verstandenen Haftung des Hauptbeauftragten (Art. 398 Abs. 2 OR) begegnet werden. Diese liesse sich allenfalls mit dem Argument begründen, wer die unkontrollierte Untervergabe wichtiger Teile eines Auftrags zulasse, erfülle den Gesamtauftrag unsorgfältig. Daraus könnte man auch eine Pflicht zur Kontrolle der Untervergaben ableiten.