Die Auftragssubstitution nach Schweiz. Obligationenrecht

Autor(en): **Jaussi, Nelli**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **45 (1926)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896345

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Die Auftragssubstitution nach Schweiz. Obligationenrecht.

Von Dr. Nelli JAUSSI, Zürich.

Inhaltsverzeichnis:

I. Zulässigkeit der Uebertragung.
§ 1. Erfüllung durch persönliche Leistung 243
§ 2. Voraussetzungen der Substitutionsbefugnis . . . 253
§ 3. Substitutionspflicht 257

II. Begründung und Beendigung des Substitutionsauftrages.
§ 4. Übertragung des Auftrages. Begründung des Unterauftrages 261
§ 5. Beendigung des Substitutionsauftrages 265

III. Wirkungen der Uebertragung.
§ 6. Haftung des Beauftragten 267
§ 7. Pflichten und Rechte des Substituten 274
§ 8. Konkurrenz der Ansprüche und Regressverhältnisse 290

I. Zulässigkeit der Uebertragung.

§ 1. Erfüllung durch persönliche Leistung.

I. Die Zulässigkeit der Substitution hängt ab vom Parteiwillen, den Umständen oder der Verkehrsanschauung, OR Art. 398 III. In Ermangelung einer Vorschrift dieser drei Faktoren bestimmt das Gesetz subsidiär, dass der Beauftragte (B) das Geschäft persönlich zu besorgen habe.

Diese Pflicht ergäbe sich meist schon aus Art. 68 und aus allgemeinen Erwägungen. Die Wiederholung bei einzelnen Vertragstypen ist nicht nur eine Erleichterung für die Rechtsfindung in der Frage, wann es nach Art. 68 „auf die Persönlichkeit des Schuldners ankomme", sondern sie ist von grosser Bedeutung für die Beweislast.

a) Nach Art. 68 hat der beklagte Schuldner zu beweisen, dass ein Dritter die Leistung dem Gläubiger angeboten habe, und der Gläubiger durch Nichtannahme

in Verzug gekommen sei.[1]) Es ist dann Sache des Gläubigers, den Beweis der Unvertretbarkeit der Leistung zu erbringen.

b) Ausdrücklich gilt dagegen als subsidiäre Regel beim Dienstvertrag, Art. 327, beim Werkvertrag, Art. 364 II, beim Auftrag, Art. 398 III, und bei der Gesellschaft, Art. 542, dass Übertragung der Leistung an einen Dritten dem Schuldner nicht gestattet sei, ausser unter ganz bestimmten Voraussetzungen. Beruft sich in diesen Fällen der Kläger A auf Nichterfüllung, so hat er nur die Nichtleistung durch B nachzuweisen, und es ist Sache des B, die Voraussetzungen der Substitutionsbefugnis und den Vollzug der Leistung durch den Dritten zu beweisen.

Es scheint, dass die Entwicklung schon im römischen Recht und seither selbstverständlich dahin ging, die allgemeine Regel der persönlichen Leistungspflicht bei unvertretbaren Leistungen als spezielle Vermutung beim Mandat zu wiederholen, und damit den Beauftragten in eine schwierigere Lage zu versetzen als einen andern Schuldner.[2]) Der Vertrauensschutz des Geschäftsherrn bei Arbeitsverträgen ist dem modernen Recht so wichtig, dass fast alle Gesetze die allgemeine Regel (OR Art. 68) nicht als ausdrücklich genug erachten.[3])

II. Die Auftragssubstitution nimmt auch eine Sonderstellung ein in der Frage der Mitwirkung von Hilfspersonen.

---

[1]) Bei gewissen Leistungen (z. B. bei Ausführung eines Auftrags) ist Annahme durch den Gläubiger nicht erforderlich. Die Zurückweisung der von einem Dritten vollzogenen Leistung ist aber eine dem Annahmeverzug analoge Sachlage.

[2]) Windscheid II S. 424 und 747; Goldschmidt Z.f. Handelsr. Bd. 16 S. 309 ff. und S. 381.

[3]) Motive zum BGB, II S. 531. Die lex generalis findet sich im Code civ. art. 1237, im Sächs. BGB § 690, im Dresdener Entw. § 234, im BGB 267 in ähnlichem Sinn wie in OR Art. 68. Daneben die spezielle Vermutung für den Auftrag: CCF 1994 I, ALR XIII 1 § 37, Zch. Pr. Gb. 1171, Dresd. E. 750, Sächs. BGB 1307, OR Art. 398 III; BGB § 664. Dasselbe gilt für Dienst-Werkvertrag und Gesellschaft.

Art. 101 unterscheidet, wie Art. 68, nicht zwischen voller und beschränkter Vertretbarkeit.

Der Gegensatz ist in Bezug auf die Haftung im allgemeinen bedeutungslos, weil das Gesetz in der Behandlung keinen Unterschied macht: sowohl Substituten, die die ganze Leistung oder einen abgeschlossenen Teil erbringen, wie auch Gehilfen, die nicht selbst leisten, sondern dem Schuldner bei seiner Leistung behilflich sind, unterstehen dem Art. 101.

1. Eine Abgrenzung zwischen diesen beiden Arten von Erfüllungsgehilfen ist aber notwendig in zwei Fällen.

a) Für alle Obligationen in Bezug auf die Zulässigkeit ihrer Verwendung. Diese ist abhängig von der Natur der Leistung, den besondern Verabredungen, Umständen und Gewohnheiten. In zwei Fällen regelt das Gesetz die Vertretungsbefugnis anders für Gehilfen als für Substituten: OR Art. 364 und Art. 398 III erlauben Substitution nur unter bestimmten Voraussetzungen, dagegen Zuziehung von Gehilfen ist in beiden Fällen ohne weiteres erlaubt.

b) Für die Haftung des Mandatars für die von ihm zu Hilfe gezogenen Personen: für Gehilfen haftet er nach Art. 101 (wie alle andern Vertragsschuldner für beide Arten von Hilfspersonen), für Substituten nach Art. 399.

Für das Mandat (und daher auch für den Willensvollstrecker, ZGB Art. 518,[4]) für den Vereinsvorstand ZGB Art. 69,[5]) für den Gesellschafter, OR Art. 540, für den Mäkler, OR Art. 412 II, den genehmigten Gestor, OR Art. 424 und den Kommissionär, OR Art. 426 II) ist daher die Unterscheidung in zwei Richtungen von Bedeutung: für die Zulässigkeit und für die Haftung.

---

[4]) Escher, Komm. z. ZGB Anm. 7 zu Art. 518.

[5]) Egger, Komm. z. ZGB Anm. 6 b zu Art. 69.

2. Die Grenze zwischen dem Begriff der Substitution und dem der Gehilfenverwendung wird verschieden gezogen.

Im gemeinen Recht ging die herrschende Ansicht[6]) dahin: bei Verwendung eines Gehilfen bleibt der Schuldner allein dem Gläubiger verpflichtet, der Gehilfe tritt in keine Beziehung zum Gläubiger. Wenn dagegen ein Substitut ernannt werden darf, so tritt dieser ganz an Stelle des Schuldners, welcher aus dem Obligationsnexus ausscheidet.

Diese Lehre der Substitution ist dem französischen Recht durchaus selbstverständlich,[7])[8]) und auch das österreichische Recht schliesst sich der gemeinrechtlichen Unterscheidung an.[9])

Im Gegensatz dazu stellte Goldschmidt[10]) den Satz auf, Gehilfen im engeren Sinn (die neben dem Schuldner leisten) und Substituten (die statt des Schuldners leisten) seien ihrem Wesen nach dasselbe, und das Mass der Verantwortlichkeit sei für beide prinzipiell das gleiche.[11])

---

[6]) Begründet von Burchardi, Verantwortung des Schuldners für seine Gehilfen, S. 26; unterstützt von Leonhard, im Gutachten für den 17. deutschen Juristentag, Enneccerus, im Referat am 17. deutschen Juristentag, beide über das Thema der Verantwortlichkeit des Schuldners für Hilfspersonen; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, Iher. Jahrb. f. Dogm. 30 S. 390, und Conradi, Haftung des Schuldners f. Gehilfen und Substituten, S. 3 ff.

[7]) Huc, Commentaire XII p. 77; Laurent, Cours élémentaire IV p. 108 ff.

[8]) Das hängt allerdings damit zusammen, dass das Mandat gemäss CC Art. 1984 immer auf Besorgung eines Rechtsgeschäfts im Namen des Auftraggebers geht. Ein solches Geschäft kann S nur vornehmen, wenn er Mandatar (und also Vertreter) des A ist, nicht nur Mandatar des B.

[9]) v. Schey, Oblig.verh. des österr. Privatrechts, S. 604 u.614.

[10]) Zeitschr. f. Handelsr. 16 S. 288.

[11]) Ihm folgten: Nussbaum, Haftung für Hilfspersonen nach BGB 278; Hoffmann, Haftung des Schuldners für seine Gehilfen; Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, S. 39.

Diese Anschauung gewann seit der Geltung des BGB die Oberhand;[12]) im schweizerischen Recht war sie von jeher die einzig vertretene.[13]) Was im gemeinen Recht Substitution genannt wurde, fiel hier unter die Bestimmungen der Schuldübernahme und event. der Zession.[14])

Dass die Begründung eines neuen Auftragsverhältnisses zwischen A und S durch B als Stellvertreter des A ebenfalls unter die Normen der Substitution fallen könne, ist auch heute anerkannt. Die gemeinrechtliche Theorie ist erweitert, und nur ihre Einseitigkeit wird abgelehnt. Ausser dem genannten Fall werden auch die im Namen des B ernannten Dritten zu den Substituten gezählt, sofern sie die ganze Leistung vollbringen. Die Grenze zwischen Substituten und Gehilfen ist verschoben, der Kreis der Substituten weiter. Die exakte begriffliche Unterscheidung zwischen Gehilfen und Substituten ist allerdings preisgegeben.

Substitution ist eine qualifizierte Art der Gehilfenverwendung, der Leistung durch Dritte überhaupt. Die Qualifikation beim Auftrag besteht nach dem OR und den meisten andern Kodifikationen in der „Übertragung" der Geschäftsbesorgung.

---

[12]) Staudinger, Planck und Oertmann zu BGB §§ 278 und 664. Bei der gemeinrechtlichen Theorie sind auch in neuerer Zeit verblieben: Wertheimer, Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, S. 33; Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Versch., S. 19; Heinsheimer, Grünhuts Zeitschr. 40 S. 133 (1913); Enneccerus, Lehrbuch I 2 S. 112. Diese betrachten dann logischerweise den § 664 BGB als einzeln hervorgehobene Bestimmung einer allgemeinen, im Gesetz nicht ausgesprochenen Regel, dass alle Substituten an Stelle des Schuldners treten und daher für alle der § 278 nicht gelte.

[13]) Stockar Z.S.R. III S. 50; Bl.H.R. 9 Nr. 106 u. 17 S. 70; Bl.Z.R. II Nr. 247; Fick Noten 27 u. 30 zu Art. 364 u. Noten zu Art. 399; Oser II 5 Satz 3 zu Art. 101 u. 2b zu 398; Becker zu Art. 364; E.B.G. 41 S. 268; Burckhardt Z.S.R. N.F. 22 S. 549.

[14]) Bl.H.E. 17 S. 70 E. 2. Fick Note 30 zu Art. 364.

Diese ist kein technischer Begriff. Kein Gesetz versteht darunter wirklichen Übergang der Pflicht, Schuldnerwechsel. Dagegen lassen das ALR XIII 1 § 40, der Dresd. Entw. Art. 751, der CCF § 1994,[15]) das Sächs. BGB § 1309, das Bündner ZGB § 385, der Bayr. Entw. Art. 695 und das OR Art. 399 III, sowie der ungar. Entw. von 1914 § 1366 in mehr oder weniger weitgehender Weise direkte Beziehungen zwischen A und S entstehen, sie lassen also die „Übertragung" des Geschäfts intensiver wirken als die blosse Zuziehung von Gehilfen, trotzdem der Unterschied in den Voraussetzungen kein juristisch fassbarer ist. Der Schuldner überträgt das Geschäft und will damit eine Last von sich abwälzen auf einen andern, während er bei Gehilfenverwendung immer noch selbst erfüllt. Wann das eine oder das andere vorliege, ist Tatfrage.[16]) Dieses „Übertragen", „Abwälzen" der Arbeit auf einen andern ist auf verschiedene Arten möglich:

B kann einem Dritten die Verpflichtung überbinden, indem er kraft seiner Vollmacht einen Auftragsvertrag mit S für A abschliesst. Seine eigene Auftragsverpflichtung ist damit nicht ohne weiteres erloschen, und doch braucht er dann nicht selber tätig zu werden. Oder er kann den S sich selbst verpflichten, so dass das Substitutionsgeschäft den A nicht direkt berührt.

Diese rechtlich verschiedenen Formen der „Übertragung" bilden für die gesetzlichen Folgen einen einheitlichen Tatbestand, Art. 399. Gemeinsam ist allen Substitutionsarten: B verpflichtet durch ein Rechtsgeschäft den S zu einer Leistung, zu der er selber dem A gegenüber verpflichtet ist; dadurch versucht er, von seiner Geschäftsführungspflicht faktisch frei zu werden. Von der Zulässigkeit und der Art der Substitution hängt es dann ab, ob und wie weit B auch rechtlich befreit wird.

---

[15]) Im Anschluss daran auch die welschen Kantone.

[16]) Feder S. 41; Isay, Geschäftsführung nach dem BGB, S. 115.

Der Beweis, dass es sich um einen Substituten, und nicht nur um einen Gehilfen handle, ist dem B auferlegt.

Die Tatsache, dass S selbständiger Gewerbetreibender ist, spricht eher für Substitution als für Gehilfenschaft;[17]) umgekehrt wird B sich nicht auf Art. 399 berufen können, wenn er bei einem längere Zeit dauernden Auftrag dem S fortwährende Weisungen erteilte.

Beim Auftrag wird man mehr als bei allen andern Arbeitsverträgen die Substitution auf Kosten der Gehilfenschaft ausdehnen. Es handelt sich meist um ein einheitliches Geschäft, bei dem sich nicht, wie z. B. beim Werkvertrag, viele vertretbare Einzeltätigkeiten ablösen und einem Gehilfen übergeben lassen. Das Tätigwerden des Beauftragten erfordert oft mehr Gedankenarbeit als tatsächliche Verrichtungen. Gibt B nun auch diese Gedankenarbeit weiter, so kann nur Substitution vorliegen.

Die Benennung des Dritten („Substitut", „Nachfolger", „Gehilfe", „Ersatzmann") oder des Aktes („Übertragung", „Zuziehung eines Dritten") sind nicht massgebend, oft sogar irreführend.[18]) Auch ein Dienstpflichtiger des B kann ausnahmsweise als wahrer Substitut verwendet werden. Immer, wenn B seine Geschäftsführungspflicht aus einem Mandat vollständig einem Angestellten überlässt, ist der Tatbestand der Art. 398/399 erfüllt, und als lex specialis geht diese Regelung dem Art. 101 vor.[19])

3. Die strenge Haftung des Schuldners für Hilfspersonen ist ein Postulat des modernen Verkehrs,[20]) und sie ist nach langen Beratungen und vielen Kämpfen

---

[17]) So ist ein häufiger Substitutionsfall der, dass eine Bank Börsenaufträge weitergibt an eine Bank eines Börsenplatzes; S.J.Z. XIII S. 346, Bl.Z.R. 15 Nr. 228.

[18]) v. Schey, Obl.verh., S. 604 Note 1 und S. 609 Note 27.

[19]) Vgl. § 4 II Note 63.

[20]) Unger, Merkel, Rümelin, Burckhardt. Verhandlungen des 17. d. Jur.tag. Motive und Protokolle zum BGB.

vom OR und BGB modifiziert aus dem CCF (Art. 1384) übernommen worden.[21])

Es ist daher sehr auffallend, dass in einem einzigen Fall, nämlich bei Auftragssubstitution, Art. 399 II, vom Prinzip des Art. 101 abgewichen wird und Verschuldenshaftung vorgeschrieben ist: B haftet nicht für Handlungen des S, wenn ihm bei dessen Wahl und Instruktion kein Verschulden zur Last fällt, während alle andern Schuldner bei Arbeitsverträgen nicht etwa nur ausser für Wahl und Instruktion auch für Beaufsichtigung, sondern schlechthin verantwortlich sind, und zwar sowohl bei Substituten als auch bei Gehilfen.

Auf diese verschiedene Behandlung haben schon hingewiesen: Löwenfeld,[22]) Burckhardt,[23]) Suter [24]) und Planck.[25]) Burckhardt schlägt Streichung des Absatzes 1 und 2 des Art. 397 (aOR = 399 OR) und statt dessen eventuell Wiederholung der Grundsätze des Art. aOR 115 (= OR 101) vor.

Die Unterscheidung muss einen tiefern Grund haben, denn fast alle Kodifikationen des 19. Jahrhunderts und die jetzt geltenden Gesetze des Kontinents widmen der Auftragssubstitution 1—3 §§, [26]) immer im Sinn einer

---

[21]) Gutachten von Leonhard, Dreyer und Mayer, Referate von Jacques und Enneccerus in den Verhandlungen des 17. d. Jur.tages; Burckhardt in Z.S.R. 22 S. 538.

[22]) Gutachten aus dem Anwaltstande S. 876; Löwenfeld rügt nicht nur die verschiedene Behandlung von Auftrag und Dienstvertrag, sondern auch von Gehilfen und Substituten beim Auftrag.

[23]) Z.S.R. 22 S. 582.

[24]) Der entgeltliche Auftrag S. 23 Note 6; allerdings nur für unbefugte Substitution.

[25]) Bem. 2b γ zu § 278. „Der Grundgedanke des § 278, dass dem Gläubiger die Gefährdung durch unbekannte und ihm nicht vertraglich verpflichtete Personen abgenommen werden soll, trifft deshalb bei der Substitution weit mehr zu als bei der blossen Verwendung von Gehilfen."

[26]) ALR XIII 1 § 37—40; CCF 1994; ABGB 1010; Belg. CC 1994; Ital. CC 1749; ZGB des Kt. Bern 787; Aargau 760; Solo-

reinen Verschuldenshaftung — obwohl dieselben Gesetze daneben eine mehr oder weniger verschärfte Haftung über das Verschuldensprinzip hinaus für alle andern Hilfspersonen (Substituten und Gehilfen) statuieren.[27]) Auch wurde trotz der Anregung Burckhardts im Juristentag der Art. 397 unverändert als Art. 399 ins revidierte OR aufgenommen.

Wären im OR wie im BGB nur die Auftragsschuldner, welche die Verpflichtung unentgeltlich auf sich genommen haben, milder behandelt,[28]) so würde die Regelung einleuchten als Ausfluss des in Art. 99 II ausgesprochenen Prinzips.[29])

Wenn man die Erklärung darin sucht, dass die Haftungsverringerung mit der grundsätzlichen Unzulässigkeit in Zusammenhang stehe,[30]) oder dass der Gläubiger als Äquivalent für seinen Verlust des Vorteils aus Art. 101 den gesetzlichen Anspruch des Art. 399 III bekomme,

---

thurn 1824; Zch. Pr. Gb. 1171-72; Wallis 1119; Entw. f. Basel 674; Bündner CGB 385; Bayr. Entw. 694—696; Dresd. Entw. 750 bis 752; Sächs. BGB 1307/1308; OR 398/9; BGB 664; Ungar. Entw. von 1914 1366; Russ. BGB von 1922 254/5.

[27]) CCF 1384; ABGB 1313, 1315 (allerdings weniger weitgehend, v. Schey S. 611); BGB 278; OR 101; Ungar. Entw. 910.

[28]) Für die entgeltlichen Aufträge in BGB § 675 ist der § 664 nicht aufgezählt. Die Wechselbestimmung zwischen Unentgeltlichkeit und Ausschluss der Haftung für den Substituten ist übrigens auch für das deutsche Recht durchbrochen, indem Doktrin und Praxis den Kommissionär in bezug auf seine Haftung für den Substituten dem § 664 BGB unterstellen. Staub, Kommentar zum deutschen HGB, Anm. 4 zu HGB § 384; Düringer-Hachenburg Anm. 20 zu HGB § 384; Entsch. des deutschen Reichsger. in C.S. 63 S. 403 und 78 S. 310; sogar für alle entgeltlichen Aufträge, mit ausdrücklicher Unerheblicherklärung der Auslassung des § 664 in § 675 BGB.

[29]) Auch im Zch. Pr.Gb. ist der Auftrag stets „ohne Lohn", § 1156, und harmoniert somit mit der mildern Haftung.

[30]) Planck, Anm. 2b zu BGB § 278. Übrigens ist Substitution nach OR im Zweifel auch dem Dienstpflichtigen und dem Werkunternehmer untersagt, Art. 327 und 364, trotzdem haften beide für erlaubte Substituten nach OR 101.

so wird die Frage nur verschoben: Warum wurde diese ganze Ausnahmeregelung nur beim Mandat getroffen?

Die verschiedene Regelung der drei Hauptformen des Arbeitsvertrages im Gesetz entspricht dem Durchschnittsparteiwillen. Es steht jedem Dienst- und Werkvertragsschuldner frei, eine dem Auftrag entsprechende Einschränkung seiner Haftung für Dritte sich auszubedingen, Art. 101 II. Umgekehrt kann ein Auftraggeber Ausdehnung der Haftung auf die Substituten zum Vertragsinhalt machen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse scheinen aber die im Gesetz getroffene Regelung als die normale zu verlangen. Der Dienstpflichtige ist zu sehr wirtschaftlich und persönlich abhängig vom Gläubiger, als dass er bei Ersatzstellung seine eigenen Interessen verfolgen könnte. Beim Werkvertrag ist der Grund der strengen Haftung eher in der Objektivität der Leistung zu suchen; der Unternehmer hat für einen ganz bestimmten Erfolg einzutreten, daher ist ihm das Einstehen für Dritte wohl zuzumuten, er würde diese Haftung vertraglich meist ohne weiteres übernehmen.

Beim Auftrag dagegen macht der Gläubiger den gewünschten Erfolg, da er oft ungewiss und durch verschiedene Umstände bedingt ist, nicht direkt zum Vertragsinhalt. Das Ergebnis der Tätigkeit steht in engem Zusammenhang mit der Person des Schuldners. Erlaubt der Gläubiger Weitergabe des Auftrags, so ist er sich zum vornherein bewusst, dass die Leistung, obschon gleichwertig, doch inhaltlich anders ausfallen wird, und er kann daher vom Schuldner zwar genaue Weitergabe seiner Weisungen an S und sorgfältige Auswahl verlangen, aber nicht Einstehen dafür, dass das Geschäft so besorgt werde, wie wenn es der Schuldner selbst ausgeführt hätte.

Oft ist erfolglose Tätigkeit eines Beauftragten dennoch vertragsmässige Erfüllung, nämlich wenn er sein Möglichstes tat; nicht selten träte für B ein Beweisnotstand ein, wenn er in dieser Hinsicht S exculpieren müsste;[31])

[31]) Wenn überhaupt der Wortlaut von Art. 101 auf „Verschulden" der Hilfspersonen eingeengt werden darf. Müsste B nach

denn er hat sich mit der Sache nicht weiter beschäftigt. Daher entspricht die Gesetzeslösung, wonach der Beauftragte nur für eigene Tätigkeit verantwortlich ist, den rechtlichen Bedürfnissen; daher auch die völlig gerechtfertigte Gewährung eines direkten Anspruches des A gegen S in Art. 399 III. Gegenüber allen andern Schuldnern hat sich der Beauftragte einerseits infolge seiner wirtschaftlichen und rechtlichen Selbständigkeit vom Gläubiger in einer günstigen Stellung zu behaupten gewusst, anderseits hat die Abhängigkeit des Leistungsinhaltes von der Person des Ausführenden zur leichtern Verantwortlichkeit beim Auftrag geführt, und diesen Faktoren trugen die Gesetze angemessen Rechnung, indem die vertragliche Beschränkungsmöglichkeit beim Auftrag zur subsidiären gesetzlichen Regel erhoben wurde.

§ 2. Voraussetzungen der Substitutionsbefugnis.

Die Prüfung des B, ob er nicht durch die Vornahme der Substitution den Vertrag verletze, erstreckt sich sowohl auf den Umfang der vertraglichen Ermächtigung, als auch auf die gesetzlichen Substitutionsfälle: Vorliegen von zwingenden Umständen oder einer Übung, und zudem darauf, ob diese letztern nicht vertraglich ausgeschlossen worden sind.

A. „Ermächtigung" muss in Art. 398 III wie im Art. 396 II als technischer Begriff im Gegensatz zur Vollmacht aufgefasst werden. Sie bedeutet Einwilligung des A in Rechtshandlungen, die B auf seine Rechnung, aber nicht in seinem Namen vornehmen wird, verschiebt also unter den Parteien die Wirkung der nach aussen für B begründeten Rechtsgeschäfte, indem diese Wirkungen inhaltlich den A treffen sollen.[32])

---

dem Wortlaut für Verursachungen des S haften, so führte das nicht nur zu einem Beweisnotstand, sondern zu einer offensichtlichen Unbilligkeit.

[32]) EBG 41 S. 268 Nr. 33.

Die dem B erteilte Substitutionsermächtigung zwingt A, die Gestionsakte des von B fehlerlos ernannten Substituten für seinen Rechtskreis anzuerkennen. Sie entsteht durch einseitige Erklärung des A an B, aber auch durch Vereinbarung zwischen A und B, z. B. B übernimmt den Auftrag nur mit der gleichzeitigen Erteilung der Ermächtigung.[33])

I. Ein ausdrückliches Verbot hat den Sinn, eine spätere Berufung des B auf eine Übung oder auf entsprechende Umstände zu entkräften; fürchtet A, durch eventuell doch vorgenommene Substitution werde er keinen Vermögensschaden erleiden, und möchte er doch den B zu eigener Ausführung anhalten, so muss er sich zur Sicherheit von diesem eine Konventionalstrafe versprechen lassen.

Eine ausdrückliche Ermächtigung kann in verschiedenen Variationen erteilt werden:

1. Entweder erlaubt A die Übertragung schlechthin. Dann charakterisiert sich der Auftragsvertrag A-B als Wahlschuld,[34]) wenn die Befugnis im Interesse beider, oder als Schuld mit alternativer Ermächtigung,[35]) wenn diese nur im Interesse des B erteilt ist. Oder A gestattet die Substitution mit bestimmten Einschränkungen. Dadurch wird der Auftrag zur alternativ bedingten Schuld,[36]) wenn die Vornahme der Substitution

---

[33]) In diesem Fall kann A die Ermächtigung nicht widerrufen, da B sie in seinem Interesse zur Voraussetzung seiner Verpflichtung machte.

[34]) Wahl zwischen zwei Dienstleistungen: Selbstausführung oder Substitution. Dazu ist ausser der Ermächtigung auch eine Verpflichtung des B nötig, denn bei eigener Verhinderung tritt Konzentration auf die Substitution ein.

[35]) Kommt vorheriger Einwilligung des A in Substitution als datio in solutum gleich. B. wird frei, wenn persönliche Ausführung ohne seine Schuld unmöglich wird. Ausschluss der Substitutionspflicht.

[36]) Je nach Eintritt oder Ausfall der Bedingung entsteht ein Auftrag zur Besorgung des Geschäftes oder ein Auftrag zur

obligatorisch gemeint ist, falls sich die Bedingung erfüllt, oder das Auftragsverhältnis kommt unbedingt zustande, und nur die Entstehung des Substitutionsrechtes ist bedingt.[37])

2. Alle diese Möglichkeiten können beliebig kombiniert werden entweder mit der Verabredung, B sei in der Auswahl der Person des Dritten völlig frei, oder mit der eventuellen imperativen oder demonstrativen[38]) Bezeichnung eines S durch A.

II. Stillschweigende Gestattung. Einzelne Kodifikationen verlangen ausdrückliche Erlaubnis, z. B. das ALR XIII 1 § 39, das ABGB § 1010 und im Anschluss daran die kantonalen Gesetze der österr. Gruppe: Bern § 787, Solothurn § 1284, Aargau § 760, ebenso der Dresdener Entw. § 750 und der Bayr. Entw. § 694.[39]) Damit ist die Befugnis in vielen Fällen ausgeschlossen und die Lage des B erheblich erschwert, was sich einigermassen erklären lässt mit den schwerwiegenden Folgen einer erlaubten Substitution.[40]) Es ist aber fraglich, ob damit

---

Bestellung eines Dritten. Selbstausführung wird u. U. nie Vertragsinhalt. In diesem Fall liegt daher nur Substitution vor, wenn B den S in eigenem Namen ernennen soll.

[37]) Die Bedingung kann suspensiv oder resolutiv, fakultativ (dann liegt dieselbe Situation vor wie bei bedingter Begründung einer Wahlschuld) oder obligatorisch sein. Letzterer Fall ist deshalb nicht gleich wie alternativ bedingte Schuld, weil hier persönliche Ausführung immer anfängliche Verpflichtung ist und das Substitutionsrecht erst mit Eintritt der Bedingung obligatorisch wird, vorher aber schon im Belieben des B gewesen sein kann.

[38]) Grünhut, Recht des Komm.handels, S. 319.

[39]) Nach Grünhut S. 313 auch das engl. und amerik. Recht, dagegen nach Karplus S. 120 ist auch stillschweigende Ermächtigung möglich.

[40]) Unterbevollmächtigung ist nach dem Zivilprozessrecht des Bundes, OG Art. 85 und ZPO Art. 39, sowie von sieben Kantonen (Zürich § 52, Schwyz § 101, Schaffhausen § 137, Aargau § 47e, Thurgau § 38, St. Gallen § 76 und Graubünden § 38) nur mit ausdrücklicher Vollmacht gestattet. Das muss in diesen Fällen auch für den der Prozessvollmacht zugrunde liegenden Auftrag gelten.

dem Interesse des A besser gedient ist; denn auch bei der Anerkennung einer konkludenten Ermächtigungserklärung soll ja nur dessen Wille durch Auslegung erforscht und diesem entsprochen werden.

B. Neben der auf Parteiwillen beruhenden Zulässigkeit der Übertragung gewährt das Gesetz das Recht in zwei Fällen:

I. Beim Eintreten zwingender Umstände. Ein ausdrückliches Verbot der Substitution, sowie Substitutionsbefugnis in Verbindung mit alternativ bedingter Schuld oder eine obligatorische bedingte Ermächtigung entheben den B der Prüfung der berechtigenden Umstände.

In den übrigen Fällen ist vor allem der Art. 397 massgebend, d. h. die Umstände, die eine Übertragung rechtmässig machen, müssen in dem Masse dringend sein, dass die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich ist und A mutmasslich Substitution einer Gefährdung und eventuellen Nichtausführung des Geschäftes vorzieht.

Anderseits darf dem B diese Prüfung nicht zu schwer gemacht werden; sie muss mit dem Recht jederzeitiger Kündigung zusammen betrachtet die Lösung aus Konflikten ergeben.

II. Indem das OR in Art. 398 III die Übung als rechtschaffenden Faktor anerkennt, nimmt es der grundsätzlichen Unzulässigkeit auch noch die letzte Härte. Die Parteien pflegen bei den meisten Aufträgen nicht an Substitution zu denken, daher wäre auch eine stillschweigende Bezugnahme für B oft schwer nachzuweisen. Das OR ist die einzige Kodifikation, die der Übung diese weitgehende Wirkung zuschreibt. War die Übung dem A zur Zeit des Vertragsschlusses nicht bekannt, so muss er sich nach schweizerischem Recht eine der Verkehrssitte entsprechende Übertragung doch gefallen lassen;[41]) er ist, will er diese Wirkung beseitigen, auf Anfechtung wegen Irrtums nach OR Art. 24 Ziff. 4 angewiesen.

---

[41]) v. Tuhr, Allg. Teil des BGB I S. 31 und OR S. 4.

§ 3. Substitutionspflicht.

I. Das Substitutionsrecht ist die unentbehrliche Voraussetzung für die Pflicht zur Übertragung, diese selber aber kann nicht durch einseitige Erklärung des A, sondern nur durch Einigung zwischen A und B entstehen, oder durch die ergänzenden Vorschriften der Art. 397 und 398.

II. Die Möglichkeit einer derartigen Bindung durch den Schuldner wird oft in Zweifel gezogen. Das jederzeitige Kündigungsrecht des Mandatars, Art. 404, scheint jede Verpflichtung, bei eigener Verhinderung dennoch für die Ausführung des Geschäftes sorgen zu müssen und Schuldner zu bleiben, von vornherein auszuschliessen.[42])

Der Konflikt entsteht nicht bei unbefristeten Aufträgen auf Ausführung eines einzelnen Geschäftes, weil hier die Forderung schon mit Vertragsschluss entsteht[43]) und eine „Kündigung" die Verpflichtung auf Geschäftsbesorgung (oder Substitution) nicht mehr zerstören kann, sondern Forderungsverletzung ist.

Ist dagegen die Geschäftsbesorgung befristet, oder sind mehrere Geschäfte oder eine dauernde oder wiederkehrende Tätigkeit Gegenstand des Auftrages, so könnte sich A durch Substitutionsverpflichtung des B Sicherheit verschaffen dafür, dass die erst entstehenden Forderungen erfüllt werden. Wenn nun B ein unverzichtbares Recht auf Kündigung hat, ist die Substitutionspflicht illusorisch.[44])

---

[42]) So Goldschmidt Z.H.R. 16 S. 309.

[43]) v. Tuhr, Actio de in rem verso, S. 27 Note 17.

[44]) Praktisch wird B oft substituieren, um selbst sofort darauf kündigen zu können; besonders, wenn er bevollmächtigt ist, im Namen des A einen Ersatzmann zu bestellen, wenn also S koordinierter Schuldner mit B wird. Also ist faktisch die Substitutionspflicht oft Ergänzung des Kündigungsrechts. Hier handelt es sich aber um die Frage, ob B, wenn er Substitutionspflicht übernommen hatte und darauf doch kündigt, ohne einen Ersatzmann zu stellen, nach Art. 404 II dem A nur das negative Interesse

Das französische Recht,[45]) das Sächs. BGB 1322, das Zch. Pr. Gb. § 1185 II, das BGB § 671 III und der Ungar. Entwurf von 1914 § 1375 III anerkennen einen Verzicht des Mandatars auf sein unbeschränktes Kündigungsrecht. Grünhut[46]) und Immerwahr[47]) betrachten die Möglichkeit eines Verzichtes als in der Natur der Sache begründet.

Die herrschende Meinung im schweizerischen Recht zählt den Art. 404 OR zum ius cogens, ein vertraglicher Ausschluss oder Verzicht wird daher als nichtig behandelt.[48]) Die Konsequenz davon ist, dass jede Verabredung der Substitutionspflicht ungültig ist, weil sie einen solchen Verzicht in besonderer Form darstellt. Kündigt B bei übernommener Verpflichtung statt zu substituieren, so soll das nicht Vertragsbruch sein und ihn nicht zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichten, sondern höchstens wird diese Kündigung als zur Unzeit erfolgt behandelt und B deshalb zum Ersatz des tatsächlich verursachten Schadens angehalten.[49])

(wenn nämlich Art. 404 I zwingend ist) oder aber nach Art. 97 (wenn B sich zur Ersatzstellung gültig verpflichten konnte) den positiven Schaden zu ersetzen hat.

[45]) Zachariae, Handbuch des franz. Zivilrechts II S. 696 für den Widerruf des Mandanten, um so mehr muss es für den Mandatar gelten.

[46]) S. 378 Note 19.

[47]) Kündigung S. 170.

[48]) Hafner Bem. 1 zu 404; Oser, Anm. 1b zu 404; Fick, Noten 23 u. 24 zu 404, aber auch Noten 27 und 28; Becker, Anm. 7 zu Vorbem. zu 114/42; Suter, Der unentg. Auftr., S. 50; Bl.H.E. 2 S. 309, 8 S. 282. Ebenso Art. 257 des russischen BGB (vom 31. Okt. 1922) und v. Schey für das österr. Recht, S. 695. Wenn dieser trotzdem den B u. U. zur Substitution verpflichtet hält, S. 609, so ist das in seinem System logisch, da er jede Substitution als Beendigungsgrund des Mandats A-B betrachtet und ABGB § 1025 dem B die Pflicht auferlegt, auch nach der Kündigung die notwendigen Verfügungen zu treffen.

[49]) Hafner zu 404; Fick Noten 41 und 42 zu 404; Oser Bem. 1b zu 404; Bl.H.E. 11 S. 7, 14 S. 64.

Nun ist ja gewiss, dass die gesetzliche Vorschrift über das jederzeitige Auflösungsrecht den meisten Aufträgen am angemessensten ist; denn sie fügt zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit die rechtliche, persönliche Freiheit.

Allein wenn der Gesetzgeber dem Leben eine Durchschnittsregelung entnimmt, so ist das noch kein Grund, diese Regelung zur zwingenden zu gestalten.[50]) Die Schranken, die Art. 19 II OR allen Vereinbarungen setzt, genügen, um missbräuchlichen Bindungen von Auftragsschuldnern zu begegnen. Eine Verpflichtung, ein Geschäft zu besorgen, unterscheidet sich bezüglich der Freiheitsbeschränkung nicht wesentlich von andern im Gesetz anerkannten Verpflichtungen. Wenn B die im OR anerkannte günstige Stellung preisgibt, so tut er es meist in eigenem Interesse; und solange die Bindung derart im Gleichgewicht ist, mag sie auch über das normale Mass beim Auftrag hinausgehen, kann man sie unmöglich als gegen die guten Sitten verstossend bezeichnen, um so mehr, als Art. 351 die

---

[50]) Die Unabänderlichkeit des Art. 404 wird aus dem Wortlaut (A. Gmür, Die zivilrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 145) der Entstehungsgeschichte (Bl.H.E. 8 S. 282) oder der Vertrauensnatur des Auftrages (Hafner Bem. 1 zu 404; Oser 1b zu 404; Suter S. 49; v. Schey S. 695; Bl.H.E. 3 S. 309) abgeleitet. Diese Ansichten sind aber nicht bindend; denn da im OR die Vermutung immer für dispositives Recht spricht, kann nur in den Fällen des ausdrücklichen Verbots einer Änderung aus dem Wortlaut ein sicherer Schluss gezogen werden; wenn weiter der Entwurf von 1876 in Art. 451 dem Mandanten, der Vollmacht erteilt hatte, den Verzicht auf den Widerruf verbietet und dies Verbot sich im OR nicht mehr findet, so kann man diese Streichung ebensowohl als eine gewollte Änderung wie als Weglassen aus Selbstverständlichkeit deuten; mir scheint, dieses Verbot sei einfach an die richtige Stelle, Art. 34 II, gerückt worden, die Gleichstellung des B mit A hat somit nicht die Bedeutung, dass auch für ihn ein Verzicht immer ungültig sei; endlich scheint das Vertrauensverhältnis nicht notwendig einen Ausschluss des Kündigungsverzichts zu fordern, das beweisen die Kodifikationen, die diesen Ausschluss zweifellos zulassen.

Bindung des Dienstpflichtigen bis zu zehn Jahren gestattet. Nichtig ist der Ausschluss des Kündigungsrechts nur

a) in Einzelfällen, in denen der Mandatar durch zu weitgehende Unterordnung unter den Willen des Mandanten seine persönliche oder wirtschaftliche Freiheit zu sehr beschränkt,

b) und immer dann, wenn der Verzicht auch bei Eintritt eines wichtigen Grundes gelten soll. Jede unbeschränkte Verabredung einer Substitutionspflicht reduziert sich automatisch auf das zulässige Mass.

Die aus wichtigem Grunde vorgenommene Kündigung ist wirksam, auch wenn darauf verzichtet wurde, und sie verpflichtet den B zum Ersatz des positiven Schadens[51]) nur, wenn er ihn durch eigenes schuldhaftes Verhalten verursacht hat, in den übrigen Fällen gemäss Art. 404 II zum Ersatz des Vertrauensschadens.

Die prinzipielle Zulassung der Verabredung, den Auftrag nicht oder frühestens nach einer bestimmten Zeit zu kündigen und im Verhinderungsfall statt dessen einen Dritten zu substituieren, hat folgende angemessenen Konsequenzen: Infolge der Verabredung entsteht für B das Recht aus OR 404 nicht. Eine trotzdem abgegebene „Kündigungserklärung" ist unwirksam,[52]) das Auftragsverhältnis bleibt bestehen.[53]) Es wird aber verletzt, wenn B die Substitution nicht vornimmt und dem A durch die Verzögerung einen

---

[51]) Analog Art. 353; sonst könnte B jede Vereinbarung über Ausschluss des Kündigungsrechts vereiteln, indem er willkürlich einen wichtigen Grund schafft, besonders leicht durch Abbruch der freundschaftlichen Beziehungen.

[52]) v. Tuhr, OR S. 123.

[53]) Wenn B die Verpflichtung auf sich nahm im Vertrauen auf das jederzeitige gesetzliche Kündigungsrecht, so hat er die Folgen dieses Rechtsirrtums selbst zu tragen. Wer eine besondere Verbindlichkeit eingeht, muss wissen, dass bei deren Verletzung der volle Schaden zu ersetzen ist.

Schaden verursacht oder die Ausführung unmöglich oder unnütz macht. Gemäss Art. 97 hat B dem A das volle Erfüllungsinteresse zu ersetzen. A kann auch vom Rücktrittsrecht der Art. 107/9 OR[54]) Gebrauch machen. Dann verliert B seine Gegenansprüche[55]) und muss überdies A das negative Interesse ersetzen.

II. Begründung und Beendigung des Substitutionsauftrages.

§ 4. Übertragung des Auftrages. Begründung des Substitutionsauftrages.

I. Bedeutung der Übertragung im Verhältnis A-B: Durch die Substitutionsermächtigung wird beim Auftrag, im Gegensatz zu allen andern Verträgen, nicht nur die Leistung in eine vertretbare verwandelt, sondern auch die Geschäftsführungspflicht des B mit einem ändernden Gestaltungsrecht ausgestattet. Unter dem Einfluss der singulären Bestimmung des Art. 399 II ist die erlaubte Übertragung konkludente Ausübung des Wahlrechts und somit Veränderung, zugleich aber auch ganze oder teilweise Erfüllung der Geschäftsführungspflicht des B.[56]) Die übrigen Pflichten aus dem Auftrag A-B bleiben unverändert. B schuldet auch nach der Substitution Rechenschaft (z. B. Mitteilung der Substitution), Herausgabe des Erlangten, Rückgabe eines eventuellen Vorschusses, u. U. Übermittlung der Weisungen an S, Geltendmachung seiner oder A's Ansprüche

---

[54]) Das Bestehen auf der Substitution nach Art. 107, das von v. Schey (S. 691 und 694) als Hauptnachteil des verzichtbaren Kündigungsrechts hinstellt, kommt praktisch kaum in Frage, denn die Substitutionspflicht ist sinnlos, sobald A die Ausführung erzwingen muss.

[55]) Wenn er schon Auslagen gehabt hat und dadurch einen Regressanspruch erworben hat, so ist der Auftrag zu einem synallagmatischen geworden. v. Tuhr, Actio, S. 69.

[56]) Die Veränderung kann auch durch eine Bedingung eintreten.

gegenüber S, Abtretung der Ansprüche gegen S an A,[57]) sowie Treue, Verschwiegenheit und Rücksicht auf die Interessen des A. Die Erfüllung der Geschäftsführungspflicht ist nicht Erlöschungsgrund des ganzen Schuldverhältnisses A-B, weder allgemein, wie v. Schey[58]) und Hölder[59]) annehmen, noch immer bei Beauftragung im Namen des A, wie Oertmann[60]) glaubt. Selbstverständlich kann A seinen Auftrag an B zugleich mit der Substitutionsbefugnis auflösend befristen oder bedingen.[61])

II. Arten der Übertragung, Verhältnis des S zu A und B: Die Verringerung der Verpflichtung des B wird kompensiert durch die Neubegründung der Geschäftsführungspflicht des S. B kann, wenn er dazu Spezialvollmacht hat, im Namen des A ein neues direktes Auftragsverhältnis zwischen A und S begründen (Ersatzbeauftragung),[62]) oder den S sich selbst zum Schuldner derselben Leistung machen, die er A schuldet (Unterbeauftragung).[62])[63]) Beide Formen können mit allen

[57]) Die Abtretungspflicht ist wichtig nach BGB, weil der Anspruch des Art. 399 III OR fehlt; vgl. unten Note 61 und § 7 Note 103; vgl. Zch. Pr.Gb. § 1172.

[58]) S. 606, 614, 679.

[59]) „Recht" 1908 S. 469.

[60]) Bem. 4 zu § 664.

[61]) In Verbindung mit Beauftragung im Namen des A bewirkt diese Verabredung Schuldnerwechsel, also Zession der Ansprüche des B an den Dritten S und Übernahme der schuldnerischen Verpflichtungen des B durch S. Hölder („Recht" 1908 S. 469) nennt nur diesen Modus Substitution und die Ermächtigung des B zur Vornahme dieses Rechtsgeschäftes Substitutionsbefugnis. Zweck dieser Konstruktion ist die vertragliche Beziehung zwischen A und S. Vgl. oben Note 57 und § 7 Note 103.

[62]) Beide Ausdrücke können für jede der zwei Arten verwendet werden. Der Sprachgebrauch steht nicht fest. Es sollen hier keine technischen Benennungen, sondern nur Schlagwörter zur Vermeidung der Wiederholung des Tatbestandes eingeführt werden.

[63]) Das Schuldverhältnis B-S braucht nicht wieder ein Auftrag zu sein, es genügt, dass es dieselbe Leistung zum Inhalt

beliebigen Nebenabreden[64]) verbunden werden: z. B. gleichzeitige Unterbevollmächtigung,[65]) Garantieübernahme des

---

hat. Insbesondere kann S bereits in einem Dienstverhältnis zu B stehen, die Übertragung ist dann Weisung innerhalb der Dienstpflicht, nicht Neubegründung. S ist trotzdem Dritter im Sinn von Art. 398 und 399, wenn er das Geschäft selbständig ausführen soll. Art. 399 II geht dem Art. 101 als lex specialis vor. (Der Kürze halber wähle ich immer einen Auftrag zwischen B und S.) Daher haften Anwälte für angestellte Berufsanwälte, denen sie den Prozess oder einzelne Prozesshandlungen zur selbständigen Ausführung überlassen, nur im Sinn des Art. 399, also wie für substituierte selbständige Kollegen. Ein Gewohnheitsrecht, wonach der Anwalt für sie gemäss Art. 101 voll einzustehen habe, müsste der Klient nachweisen. Ist der angestellte Substitut ein Kandidat im Vorbereitungsdienst, so kann ihm der Anwalt Prozesshandlungen allerdings nur unter voller Verantwortlichkeit übergeben, wenn sie den Gerichten gegenüber wirksam sein sollen. Vgl. Verordnung des Oberger. vom 3. März 1902 (O.S. XXVI S. 365). Ähnliche Vorschriften in andern Kantonen, vgl. E. Zürcher, Schw. Anwaltsr., S. 83 und 226. Das öffentliche Recht schützt somit indirekt die vertragliche Stellung des Klienten A.

[64]) Ein Ablehnungsrecht kennt nur das russ. BGB von 1922 in Art. 254. Eine solche Vereinbarung wird selten getroffen werden. Die Wirkungen der Substitution kann A zwar aufheben, aber nur unter Schadloshaltung von B und S, Art. 404 II; und zwar durch direkten Widerruf bei Ers.beauftr., durch die Weisung an B, dem S zu widerrufen, bei Unterauftr. Im letztern Fall muss B den S entschädigen, kann aber diese Auslage von A ersetzt verlangen. Das Widerrufsrecht ist kein Anspruch, der nach Art. 399 III direkt für A entsteht; vgl. § 7 Note 117.

[65]) Substitution der Vollmacht ist nicht wie die des Auftrags ein bloss faktischer Begriff mit verschiedenen juristischen Formen, sondern ein ganz bestimmtes Rechtsgeschäft: Bevollmächtigung des S durch B im Namen des A. 1. Umfasst der Auftrag Rechtsgeschäfte, die im Namen des A vorgenommen werden müssen, so umfasst die Substitutionsbefugnis an B auch die Vollmacht zur Bevollmächtigung des S. Erteilung einer Vollmacht des B an S im eigenen Namen zur direkten Vertretung des A ist begrifflich unmöglich; denn der Vertretene muss dieselbe Person sein wie der Vollmachtgeber; es widerspricht dem Vertretungsrecht, dass jemand (B) einen andern (S) berechtigen könne, für einen Dritten als direkter Stellvertreter aufzutreten. Rosenberg,

B für S, Verpflichtung zur Kontrolle des S, Erlöschen des Auftragsverhältnisses A-B nach der Substitution.

Der Unterauftrag kommt in zwei Formen vor: 1. als gewöhnlicher Auftrag, wenn S glaubt, es handle sich um eine Leistung, die dem B zugute kommen soll; 2. als Auftrag in Verbindung mit dem Nebenvertrag, dass die Leistung einem Dritten, A, zu erbringen sei.[66]) Der Unterschied hat insofern keine rechtliche Bedeutung, als in beiden Fällen A ein direkter Anspruch auf die Leistung gegen S verliehen, also durch das Gesetz eine Rechtslage geschaffen wird, die der durch berechtigenden Vertrag auf Leistung an einen Dritten im Sinn von OR Art. 112 II ähnlich ist.[67])

Die Befugnis zur Ersatzbeauftragung ist für B günstiger, denn hier wird A, und nicht B mit der actio contraria des S belastet. A hat nun zwei koordinierte Schuldner: B und S; von S kann er (und u. U. B in seinem Namen) Ausführung des Auftrages verlangen; von B nach der Substitution nur noch Rechenschaft oder, wenn es vereinbart war, teilweise oder völlige Vertretung gegenüber

---

Stellvertretung im Prozess, S. 839 ff.; v. Tuhr Allg. Teil III S. 411 Note 231 und OR S. 303. Anders Hupka, Die Vollmacht, S. 356, und Enneccerus § 172 2b. 2. Andere Rechtsgeschäfte kann S im eigenen Namen vornehmen oder im Namen des B (was nicht Unterbevollmächtigung ist). — Alle Arten von Auftragsübertragung werden somit mit derselben Art von Unterbevollmächtigung verbunden.

[66]) Von der blossen Erfüllungsübernahme, OR Art. 175, unterscheidet sich die Substitution 1. inhaltlich dadurch, dass hier der Dritte nicht Geschäftsbesorgung verspricht, sondern schlechthin Befreiung, sei es durch Leistung, durch einen Schuldübernahmevertrag mit A, durch Hingabe einer andern Leistung an Zahlungsstatt oder durch Veranlassung des A zu einer Erlassofferte etc.; 2. nach ihrem Zweck, indem bei Erfüllungsübernahme B nicht Befriedigung des A auf die anfänglich verabredete Art anstrebt, sondern nur eigene Befreiung in eigenem Interesse; 3. in den Folgen: Hier bleibt B zur Geschäftsbesorgung verpflichtet, bis S erfüllt hat; für Handlungen des S haftet B nach Art. 101.

[67]) Vgl. § 7 II 1.

S bis nach Vollendung des Substitutionsauftrages. Fehlte dem B die Vollmacht, so ist kein Vertrag mit S zustande gekommen, OR Art. 38.[68])

§ 5. Beendigung des Substitutionsauftrages.

I. Die Beendigungsgründe des Hauptauftrages und des Substitutionsauftrages sind voneinander grundsätzlich unabhängig. Das Schuldverhältnis B-S wird nicht berührt in seinem Bestand durch den Untergang des Auftrages A-B.[69]) Dagegen bleibt dieser Umstand nicht ohne Wirkungen auf die rechtliche Beschaffenheit des Unterauftrages; denn im Moment des Widerrufs oder Todes des A erlischt das Ermächtigungsverhältnis A-B, und B wird selbst endgültig mit der Wirkung der seither von S ausgeführten Geschäfte belastet.[70])

Wenn die Parteien A und B ihr Verhältnis durch contrarius consensus[71]) beendigen, wenn es aufgelöst wird infolge Kündigung des B an A[71]) oder durch Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs des B,[72]) so bleibt es meist bei dieser grundsätzlichen Selbständigkeit jedes Auftragsbestandes.

---

[68]) Über die Haftung des B in diesem Fall § 6 A I 1a.

[69]) Motive zum BGB, Mugdan II S. 309; Planck Bem. 1d zu § 664; Staudinger Bem. 4 zu § 664.

[70]) Das wird B in den meisten Fällen veranlassen, den Unterauftrag zu widerrufen; und da A von der Substitution Kenntnis hat und annehmen muss, B wolle das Geschäft nicht zu seinen Lasten übernehmen, muss nach Treu und Glauben die Frist des Art. 406 verlängert werden, wenn B unverzüglich seinerseits den Auftrag des S widerruft; B muss die Geschäfte der Zwischenzeit auf A übertragen können, d. h. das Ermächtigungsverhältnis A-B bleibt in diesem Fall bestehen bis zur Kenntnis des S vom zweiten Widerruf. Den Unterauftrag direkt zu widerrufen hat A nicht das Recht, denn das Auflösungsrecht ist ein Bestandteil des ganzen Auftragsverhältnisses und nicht ein Anspruch oder Bestandteil eines Anspruchs, der nach Art. 399 III für A entsteht.

[71]) Das gilt für Unter- und Ersatzauftrag.

[72]) Nur beim Ersatzauftrag; für denselben Fall beim Unterauftrag vgl. unter II 1.

II. Allein die Ausnahmen sind hier wohl häufiger als die Regel: eine grosse Anzahl Substitutionsaufträge erlöschen direkt mit oder infolge der Aufhebung des Hauptauftrags.[73])

1. Einmal bringen einzelne Beendigungsursachen aus rein äusserlichen Gründen beide Aufträge gleichzeitig zum Erlöschen: nämlich Tod, Handlungsunfähigkeit und Konkurs des B beim Unterauftrag, und ebenso Tod etc. des A beim Ersatzauftrag.[74]) Beim Unterauftrag ist B Schuldner des A und Gläubiger des S, beim Ersatzauftrag A Gläubiger sowohl des B wie des S, und da im Zweifel nach Art. 405 der Auftrag erlischt beim Tod des Gläubigers und des Schuldners, werden beide Schuldverhältnisse infolge dieser Personalunion gleichmässig betroffen.[75])

Will A die Ausführung des Auftrags auch im Falle des Todes des B sichergestellt haben, so muss er entweder den B zu Substitution speziell in Form des Ersatzaufrags verpflichten oder mit B verabreden, dass der Auftrag auch nach dessen Tod weiterbestehe und dass B verpflichtet sei, dieselbe Abrede mit dem eventuellen Unterbeauftragten zu treffen.

2. Häufig sind auch Vereinbarungen, die das Erlöschen des einen Auftrages durch den Untergang des andern bedingen.

---

[73]) Die Substitutionsvollmacht ist ebenso unabhängig vom Fortbestand der Vollmacht des B (ob Unter- oder Ersatzbeauftragung vorliege), sie kann aber wie das Kausalverhältnis zeitlich beschränkt, also besonders nur für die Dauer der Vollmacht des B erteilt werden. Rosenberg S. 846 f.; Hodler, Widerruf, S. 89; v. Tuhr Allg. Teil III S. 412, OR S. 303.

[74]) Dieselbe Wirkung hat auch die vollständige Ausführung des Auftrags oder deren Unmöglichkeit. Hier ist sie eine Folge der Identität der beiden Leistungen.

[75]) Wie die innere Selbständigkeit sich darin zeigt, dass für den einen Auftrag das Weiterbestehen nach Art. 405 verabredet sein kann und für den andern nicht, so tritt die personelle Abhängigkeit zutage in der Tatsache, dass eine stillschweigende Gegenverabredung oder die Natur des Geschäftes fast immer für beide Aufträge gelten.

Ein Einfluss des Widerrufes des Hauptauftrages auf den Bestand des Unterauftrages ist im Zweifel nicht anzunehmen, selbst wenn S weiss, dass es sich um ein Geschäft eines Dritten handelt; denn er muss (und darf) darauf gefasst sein, dass B das Geschäft auf seine Rechnung und zu seinem Nutzen übernehmen will.

Auch den Ersatzauftrag kann B auf die Dauer seines eigenen Auftrages erteilen. Hier wird aber S mangels einer besondern Verabredung annehmen müssen, sein eigener Auftrag sei erloschen, sobald er vom Widerruf des A an B Kenntnis erhält, wenn der Widerruf mit Rücksicht auf das Geschäft erfolgte. Liegen dagegen die Gründe des Widerrufs in den persönlichen Verhältnissen des B, so ist S berechtigt, weiter als Mandatar des A aufzutreten,[76]) nur hat er Weisungen nunmehr nicht mehr von B anzunehmen, sondern nur direkt von A.

III. Durch die Auflösung des Substitutionsauftrages werden die bereits entstandenen Forderungen des A gegen S nicht zerstört. Auch gegen einen Unterbeauftragten des B kann A die Ansprüche aus Art. 399 III, vor allem auf Rechenschaft und Herausgabe, noch geltend machen, wenn auch B bereits infolge Widerrufs des A den Unterauftrag widerrufen hat, oder wenn durch den Tod des B beide Verhältnisse beendigt sind.

III. Wirkungen der Uebertragung.

§ 6. Haftung des Beauftragten.

A. Bei unzulässiger Substitution.

I. Das gesetzliche und das rechtsgeschäftliche Substitutionsrecht umfasst beim Auftrag zwei Befugnisse: 1. Vollmacht oder Ermächtigung, vermöge deren A das Substitutionsgeschäft direkt oder indirekt als das seinige anerkennen muss; 2. das Recht des B, seine Geschäftsführungspflicht umzuwandeln in eine Verpflichtung zur

[76]) S.J.Z. 1922/23 Nr. 7; Hodler, Widerruf, S. 116; Oser Bem. 1e zu Art. 404.

sorgfältigen Wahl und Instruktion eines Dritten. Eine Übertragung des Auftrages ohne Befugnis dazu ist also in zwei Richtungen von Bedeutung:

1. Das ohne Vertretungsmacht oder Ermächtigung vorgenommene Substitutionsgeschäft entfaltet keine Wirkungen für A.

a) In Form eines Ersatzauftrages ist Substitution ohne Befugnis überhaupt ausgeschlossen; nicht nur ist das Rechtsgeschäft des B mit S für A unwirksam, sondern auch B wird dadurch nicht Vertragsgegner des S, OR 38/39. S ist gebunden, solange A diesen Auftrag genehmigen kann. Verweigert dieser die Genehmigung, muss B dem S den Vertrauensschaden, bei wissentlich unbefugter Übertragung nach Ermessen des Richters das Erfüllungsinteresse ersetzen. Hat S den vermeintlichen Auftrag besorgt, ohne dass A Gelegenheit zur Verweigerung hatte, entstehen u. U. für S Ansprüche auch gegen A, welche die Haftung des B gegenüber S beeinflussen.

Indem S im Glauben an eine Mandatsverpflichtung gegenüber A die Leistung vornimmt, will er eine Schuld erfüllen, die gar nicht besteht, und er kann daher seine grundlose Zuwendung von A zurückverlangen, Art. 63 und 39 III. Weitergehende Ansprüche, auf Ersatz aller Auslagen und des erlittenen Schadens ohne Rücksicht auf eine Vergrösserung des Vermögens des A, stehen dem S zu, wenn die Voraussetzungen einer negotiorum gestio vorliegen.[77]) Der Irrtum im Motiv des Eingreifens ist der Freiwilligkeit gleichzustellen.[78])

---

[77]) Diese Möglichkeit ist bestritten. Dafür die herrschende Meinung: Oser 2cδ zu Art. 419, Windscheid-Kipp § 431 Ziff. 1, Motive zum BGB Mugdan II S. 484, Planck 2c zu § 677, Oertmann 5e vor § 677, Enneccerus II S. 437 Noten 6 und 7, Lent, Begr. der auftr.losen Gesch.f. S. 126. Nur den Anspruch auf Rückgabe der Bereicherung gewähren: Staudinger 2 zu § 686, Reichsger.räte-Komm. 2 zu § 686, OLG Stettin, R.Spr. 8 S. 77.

[78]) A selbst wird sich u. U. auf den Standpunkt der neg. gestio stellen. Vgl. § 7 I 2b.

Die Entscheidung der Frage, ob S nur eine Bereicherung des A oder weitergehend Ersatz seiner Auslagen fordern könne, ist wichtig, wenn S von B die Befriedigung seines Anspruchs aus Art. 39 nicht erlangen kann.[79]) Häufiger wird sie aber aktuell, wenn es sich um das Verhältnis dieser Ansprüche zu der Forderung des S gegen B aus Art. 39 handelt. Es besteht zwischen dem Anspruch aus Art. 39 gegen B und der condictio (resp. neg. gestio) gegen A Konkurrenz.[80])

Grundsätzlich hat S die Wahl, wen er zuerst belangen will. Billigkeitsgründe sprechen aber dafür, den gutgläubig substituierenden B nur subsidiär, für den endgültigen Schaden des S, haften zu lassen.[81]) Zwischen A und S sind reale Werte verschoben worden. Zum Ausgleich dieser Verschiebung stehen S Ansprüche zur Verfügung gegen A, den sie direkt berührt. Die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht soll aber nur einen wirklichen, endgültigen Schaden ersetzen, also wäre B, wenn er vor A in Anspruch genommen wird, zu verurteilen auf Ersatz des Schadens abzüglich der noch ungewissen Summe, die S von A zu fordern hat. Eventuell kann S von B vollen Schadenersatz, aber gegen Abtretung seiner Ansprüche gegen A verlangen.

b) Während die Ersatzbeauftragung ohne Vollmacht gar keine vertraglichen Wirkungen entfaltet, schafft die unbefugte Unterbeauftragung das gewollte Auftragsverhältnis B-S, aber ohne dass B dadurch das Recht erhält, von A Anerkennung dieses Vertrages als auf dessen Gefahr und Kosten gehend verlangen zu können; die Wirkungen treten endgültig im Rechtskreis des B ein.

---

[79]) Z. B. wenn B im Konkurs ist oder flüchtig, oder wenn S den Mangel der Vollmacht des B hätte kennen sollen.

[80]) v. Tuhr Allg. Teil des BGB III S. 452 Note 119; Becker IV zu Art. 39 Note 7.

[81]) Hat B bösgläubig substituiert, so kann S sich primär an ihn halten, und B kann seine Zahlung von A erstattet erhalten, soweit A bereichert ist.

Diese Regelung war Rechtens im gemeinen Recht und gilt noch heute im BGB. Das OR[82]) dagegen ist dem Recht des CC (Art. 1994) gefolgt, indem es zwar B die Möglichkeit versagt, die Wirkungen des Geschäftes auf A abzuwälzen, jedoch A die Befugnis verleiht, nach seiner Wahl die Leistung des S zu beanspruchen. Wenn A gemäss Art. 399 III dem S gegenüber als materieller Gläubiger auftritt und Herausgabe des Erlangten verlangt,[83]) so muss B es sich gefallen lassen;[84]) B hat jedoch keine Rechte, falls A die Substitution einfach ignoriert, der Unterauftrag bleibt dann ein gewöhnlicher unabhängiger Vertrag zwischen B und S.

Ein Irrtum des B über seine Berechtigung ändert daran nichts.[85])[86])

---

[82]) Ebenso der ungar. Entw. von 1914 § 1366 II.

[83]) Das ist nicht dasselbe wie nachträgliche Genehmigung der Substitution, welche die Wirkungen der befugten hervorruft.

[84]) B kann also nicht seinen Sinn ändern und wenigstens aus einem günstigen Verlauf des Geschäftes Nutzen ziehen, obschon er für jeden Schaden, den S daneben verursacht, z. B. bei Gelegenheit der Ausführung, aufkommen muss, Art. 399 I.

[85]) Dagegen schliesst dieser Irrtum, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht, Haftung für Schadenersatz wegen Vertragsverletzung aus Art. 399 I aus. Wenn der Irrtum aufgedeckt wird, kann A von B wohl noch Erfüllung verlangen, aber nicht Schadenersatz, falls Erfüllung unmöglich geworden ist.

[86]) Der Irrtum bildet auch keinen Ungültigkeitsgrund für den Vertrag B-S, denn er beeinflusste nur den Beweggrund zum Abschluss dieses Vertrages. Es sind vielleicht Ausnahmsfälle denkbar, wo dieser Irrtum nach OR Art. 24 Ziff. 4 beachtlich und der Vertrag für B unverbindlich ist. Da der Vertrag in diesem Fall von Anfang an unwirksam ist, sind für A daraus keine Rechte aus Art. 399 III entstanden. Das Anfechtungsrecht steht ihm natürlich nicht zu, sondern nur dem irrenden B. Wenn B fahrlässig irrte, ist die Situation ähnlich wie bei unbefugter Ersatzbeauftragung: B haftet A für allen Schaden, daneben S auf das negative Interesse, Art. 26; ausserdem kann A keine Ansprüche gegen S aus Art. 399 III ableiten, sondern nur aus Art. 41, 62 oder 419, wenn S die Leistung schon vorgenommen hat; die Genehmigung steht aber hier B zu.

2. B bleibt verantwortlich für die persönliche Ausführung des Auftrages, seine Verpflichtungen sind unverändert, sowohl bei Ersatz- als auch bei Unterbeauftragung.

II. Als Ausfluss und Ergänzung dieser beiden negativen Wirkungen ergibt sich eine weitere, positive: Weil B nach wie vor „getreue und sorgfältige Ausführung" schuldet, verletzt er durch die Übertragung seine Vertragspflicht.[87]) Er hat daher nach Art. 97 für allen daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten.[88]) Ob der Schaden durch die Substitution selbst oder eine spätere, damit kausale Tatsache entstand, ob S mit oder ohne Ver-

---

[87]) War B zwar befugt, nennt er aber den S nicht, wie das z. B. beim Informationsvertrag vorkommt, Fick Note 17 zu Art. 399, S.J.Z. 6 S. 367, so besteht die Vertragsverletzung nicht in der Übertragung, aber in der mangelnden Rechenschaftablage. Der daraus entstehende Schaden ist der Verlust der Rechte des A aus Art. 399 III, für diesen hat B einzustehen, d. h. er hat selbst für allen Schaden zu haften wie bei unbefugter Übertragung. Oser Bem. 3 zu Art. 399.

[88]) Einen Schaden kann A erleiden: 1. durch die Übertragung selbst. Diese ist zwar nur eine Gefährdung, eine Schädigung bedeutet in der Regel erst das Nichttätigwerden des B oder falsche Leistung des S. Sie kann aber u. U. Vertrauensbruch sein und zur Zahlung einer Genugtuung nach Art. 49 verpflichten. Sicherer hilft dem A gegen Vertrauensmissbräuche eine mit dem Substitutionsverbot verbundene Konventionalstrafe. 2. dadurch, dass er die Leistung des S zurückweist, und die Ausführung des B verunmöglicht oder verspätet wird. Grundsätzlich ist A auch im Recht, wenn er die Annahme einer richtigen Leistung durch einen unbefugten S verweigert, Art. 398 III. Allein eine grundlose, schikanöse Verweigerung der sachlich dem Auftrag entsprechenden Ausführung durch S geht gegen Treu und Glauben und bleibt gemäss Art. 2 ZGB schutzlos. Fick, Note 9 zu Art. 399; Staudinger 2a zu § 664, Planck 1b zu § 664. Dagegen Hafner Bem. 2 zu Art. 397 aOR, und Oser Bem. 2a zu Art. 399, gewähren A überhaupt nicht das Recht, die Ausführung des S unbeachtet zu lassen, wohl im Zusammenhang mit der Unterstellung unseres Falles unter Art. 101. — Wenn B wissentlich unbefugt, aber in treuer Gesinnung, substituiert, versucht er damit eine Leistung an Erfüllungsstatt, aber auf eigene Gefahr. 3. durch ein schädigendes Ereignis während der Ausführung durch S.

schulden Schaden stiftete, ist für die Haftung des B[89]) völlig bedeutungslos, da er selbst schuldhafterweise eine Bedingung setzte zum Eintritt des Schadens. Art. 399 I statuiert eine reine Culpahaftung und nicht eine Haftung für fremdes Verschulden.[90]) Sie greift daher nicht Platz, wenn B kein Vorwurf trifft, z. B. wenn er in entschuldbarem Irrtum an sein Substitutionsrecht glaubte, mag auch S selbst vorsätzlich gehandelt haben; anderseits hat B auch für Zufälle einzustehen, welche die Leistung des S verunmöglichen, soweit sie nicht auch seine eigene

[89]) Nicht für seinen Regress, auch nicht für die Rechte des A gegen S aus Art. 399 III, da diese vom Verschulden abhängen.

[90]) Auf diesem Standpunkt stehen die meisten Gesetze: CC art. 1994 (Huc XII p. 73; Planiol II p. 716; Laurent IV p. 108); österr. BGB § 1010 (v. Schey S. 610; anders Grünhut S. 318); ALR I 13 § 38 (Koch Erl. zu § 38, ist nur für Haftung bei Verschulden des S); sächs. BGB § 1308; Bayr. Entw. § 696; Dresd. Entw. § 752; das gemeine Recht (Burchardi S. 44 ff.; Goldschmidt Z.H.R. 16 S. 298; Dernburg Röm. R. S. 796); ungar. Entw. § 1366, BGB § 664 (Motive, Mugdan II S. 298; Staudinger Bem. 2a zu § 664; Oertmann Bem. 2b; Reichsger. 78 S. 310); und für das OR Burckhardt Z.S.R. N.F. 22 S. 550, und v. Tuhr OR § 13 I 3 Note 19 und § 70 Note 15.

Oser Bem. 2a zu Art. 399, und Becker Note 8 zu Art. 101, dagegen sind der Ansicht, Art. 399 I verweise auf Art. 101, B hafte unbedingt; Fick Noten 4 und 7 zu Art. 399 unterstellt Art. 399 I ebenfalls dem Art. 101, gestattet aber jedem Schuldner nach 101, sich und den Dritten zu exculpieren, Note 17 zu Art. 101.

Gegen die Unterstellung unter Art. 101 sprechen 1. gesetzestechnische Gründe: aOR Art. 351 II bestimmte, dass der Werkunternehmer für jedes Verschulden des Substituten hafte, diese Bestimmung wurde, weil selbstverständlich und in Art. 101 schon ausgesprochen, bei der Revision gestrichen. Art. 399 I müsste also, wenn er nur eine Anwendung von Art. 101 wäre, ebenfalls gestrichen worden sein; 2. logische Gründe: Absätze I und II von Art. 399 stellen die beiden Kehrseiten desselben Prinzipes, der Culpahaftung, dar; sie müssen als Einheit betrachtet werden. Ausserdem ist Absatz III ein deutlicher Beweis: dem A ist über Art. 101 hinaus expressis verbis auch bei unbefugter Substitution ein direkter Anspruch gegen S verliehen, ein deutlicher Vorteil als Ersatz der weniger weit gehenden Haftung des B.

Geschäftsbesorgung vereitelt hätten. Die Haftung für casus mixtus, also für alle Zufälle, die den Interessenkreis des A nicht erreicht und geschädigt hätten, wenn B persönlich geleistet hätte, ist nur eine Konsequenz des Culpaprinzips.[91])

B. Bei befugter Substitution.

I. Durch den Substitutionswillen wird die Geschäftsbesorgungspflicht in eine Pflicht zur sorgfältigen Wahl und Instruktion des Dritten abgeändert, Art. 399 II. Frühere Verabredungen zwischen B und A, die Natur der Leistung, die Treuepflicht des B im Sinn einer uneigennützigen Interessenwahrung etc. wirken meist modifizierend auf diese gesetzliche Mindestverpflichtung ein, so dass B z. B. beim Ersatzauftrag oft Geltendmachung der Gläubigerrechte im Namen des A, bei Unterbeauftragung Ausübung seiner eigenen Forderungen gegen S im Interesse des A oder Bestellung des S in Form eines ausdrücklichen Vertrages auf Leistung an den Dritten A[92]) schuldet.[93])

---

[91]) Burchardi S. 44; v. Tuhr OR S. 74; Becker Note 44 zu Art. 97. Für analoge Anwendung des Art. 103 auf unsern Fall auch Burckhardt Z.S.R. N.F. 22 S. 550.

[92]) Das Gesetz schafft in jedem Fall einen den A berechtigenden Vertrag in Art. 399 III. Wenn aber B verpflichtet ist, ausdrücklich in dieser Form den S zu bestellen, hat das meist die Meinung, dass B nicht neben A berechtigt werden soll, dass er also nur Leistung an A, nicht an sich selbst verlangen darf. Bei gewissen Leistungen versteht sich das von selbst, z. B. wenn S dem A ärztliche Hilfe leisten oder einen Prozess führen soll. Ebenso kann B Schadenersatz nur an A, nicht an sich selbst fordern, weil A geschädigt ist, v. Tuhr Grünh. Zschr. 25 S. 566 Krit. Viertelj.schr. 47 S. 92. In andern Fällen ist aber eine besondere Vereinbarung nötig, um den A allein auf Leistung an sich zu berechtigen, z. B. bei Einkauf einer Sache im eigenen Namen ist kein Grund vorhanden, dem B von Gesetzes wegen den Anspruch auf Herausgabe der Sache an sich zu verweigern, denn er ist wieder zur Herausgabe an A verpflichtet, und im Konkurs ist A durch Art. 401 geschützt.

[93]) Nur in bezug auf den Inhalt der neuen Pflicht des B macht es einen Unterschied aus, ob er einen Ersatz- oder Unterbeauftragten bestelle; im übrigen ist natürlich die Haftung des B gegenüber A gleich bei beiden Arten.

Beweispflichtig für den Inhalt der Forderung und für ihre Verletzung ist A. Auch bei Verschulden in der Wahl und Instruktion hat B wie bei schuldhaft unbefugter Substitution für Zufälle einzustehen, sofern sie den A nicht geschädigt hätten, wenn er selbst oder ein anderer, sorgfältig ausgewählter, Substitut das Geschäft besorgt hätte.

II. Von dieser Haftung kann sich B befreien durch den Nachweis, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle, Art. 97. Indem das OR den B nur für culpa in eligendo et instruendo haften lässt, stellt es ihn ausserhalb der Reihe aller andern Schuldner, die sich zur Erfüllung einer Schuldpflicht Dritter bedienen, und statuiert eine reine Verschuldenshaftung als Ausnahme des Prinzipes von Art. 101.[94])

§ 7. Pflichten und Rechte des Substituten.

I. Als Ersatzbeauftragter hat S in keiner Weise Verpflichtungen gegen B,[95]) weder bei befugter noch bei unbefugter Substitution,[96]) wohl aber in beiden Fällen gegen A.

---

[94]) Vgl. § 1 II 3. Auch die selbständige Stellung des Dritten ist beim Auftrag von Bedeutung, denn ein Argument für die strenge Haftung des Schuldners nach Art. 101, die Nutzlosigkeit eventueller direkter Ansprüche des Gläubigers gegen die Hilfsperson infolge geringer Leistungsfähigkeit der letztern, im Zusammenhang mit der Erwägung, dass der S diese im eigenen Interesse verwendet und eher verpflichtet erscheint, einen von dieser nicht erhältlichen Schaden definitiv zu tragen, fällt hier in der Regel dahin.

[95]) Daher kommt Art. 399 III für Ersatzbeauftragung nicht in Frage. Diese ist aber doch Substitution im Sinn der Art. 398 und 399, denn die Haftungsmilderung des B muss mindestens ebenso sehr gelten, wenn dieser dem A direkte Ansprüche gegen S verschafft wie bei blosser Unterbeauftragung. Die gesetzlich statuierten Voraussetzungen und die Haftung des B sind die der Ersatzbeauftr. adaequaten, und sie können für die Unterbeauftr. nur gelten mit der ergänzenden Ersatzklage aus Art. 399 III.

[96]) Dagegen im letztern Fall Rechte aus OR Art. 39.

1. Bei befugter Übertragung hat S alle Pflichten und Rechte eines direkten Mandatars gegenüber A. Ihr Inhalt richtet sich nach dem von B im Namen des A abgeschlossenen Vertrag. Die Forderungen aus diesem Auftragsverhältnis ersetzen diejenigen aus dem reduzierten (oder aufgelösten) Vertrag A-B.

2. Wenn B ohne Vollmacht als Stellvertreter des A mit S über den Ersatzauftrag verhandelt hat, ist kein Vertrag zustande gekommen, und S hat weder gegen B noch gegen A vertragliche Pflichten; allein das zwischen B und S vorgenommene Rechtsgeschäft schafft immerhin den Entstehungsgrund verschiedener Ansprüche des A gegen S:

a) S ist an den Vertrag gebunden, bis A von seinem Recht der Genehmigung Gebrauch macht, Art. 38.

Die Genehmigung der unerlaubten Ersatzbeauftragung ist Ausübung zweier Gestaltungsrechte: 1. nachträgliche Zustimmung zur Substitution, so dass B nur nach Art. 399 II haftet,[97]) 2. belastet sie den S definitiv mit allen Pflichten, die er sich durch den Vertrag mit B aufgeladen hat, bringt aber auch die actio contraria gegen A zur Entstehung.

b) Wenn S von der Ungültigkeit und A von der Existenz des Vertrages erst erfahren, nachdem S seine vermeintliche Pflicht schon zu erfüllen unternahm, kann A durch Genehmigung dieselbe Situation herbeiführen, die durch befugte Ersatzbeauftragung eingetreten wäre.[98])

Das andere, ihm wahlweise zur Verfügung stehende Begründungsrecht ist die Genehmigung der Geschäftsführung des S gemäss Art. 424.[99]) Dies Recht

[97]) Dieses Gestaltungsrecht ist analog demjenigen, das B durch die Substitutionserlaubnis erhält.

[98]) Die Genehmigung kann auch eine eventuelle Substitutionsbevollmächtigung umfassen, so dass auch Verträge, die S im Namen des A mit Dritten geschlossen hat, rückwirkend Gültigkeit erlangen.

[99]) Nach dem OR ist unbefugte Ersatzbeauftragung der einzige Fall (ausser dem seltenen der wegen Irrtums unwirksamen

ist ihm erwachsen aus der Tatsache, dass S im Hinblick auf sein Interesse tätig wurde. Der Hauptunterschied zur Genehmigung der Substitution und des Vertrages nach Art. 38 ist, dass hier zwar der Auftrag A-S nachträglich zustande kommt, B aber bis zur richtigen Erfüllung durch S als Solidarschuldner[100]) neben S weiter haftet, Art. 399 I. Es entsteht für A die günstige Situation, dass er eine vorteilhafte, aber mit Schaden verbundene Geschäftsführung sich aneignen und den Schaden von B ersetzt erhalten kann.

Will A weder den Ersatzauftrag noch die Geschäftsführung genehmigen, so bleibt ihm nur Vindikation seiner Sachen, die S infolge des Auftrages in seinen Besitz bekam, oder er kann, wenn S diese einem gutgläubigen Dritten bereits veräussert hat, als Geschäftsherr nach Art. 423 von S den Erlös beanspruchen, bei fahrlässigem Irrtum des S das volle Erfüllungsinteresse nach Art. 41.[101])

II. Als Unterbeauftragter haftet S in gleicher Weise, ob seine Zuziehung B erlaubt war oder nicht. Er soll weder Nutzen noch Schaden haben aus der Beschaffenheit eines Rechtsverhältnisses, dem er fremd gegenübersteht, dessen Existenz er oft sogar nicht kennt. Dies versteht sich von selbst für die Haftung gegenüber B, mit Recht ist es aber in Art. 399 III angeordnet auch für die Haftung gegenüber A,[102]) denn Vor- und Nachteile

---

Unterbeauftragung, vgl. § 6 A I 1b Note 86) in dem S dem A gegenüber lediglich als neg. gestor haftet. Alle übrigen Variationen sind durch Art. 399 ausschliesslich geregelt und konkurrieren nicht mit einer neg. gestio.

[100]) Vgl. § 8 I.

[101]) Mit diesen Ansprüchen gegen S aus Art. 419, 41 oder ZGB 714 konkurrieren die Forderungen gegen B aus Art. 399 I resp. 97. A wird die weniger günstigen Ansprüche gegen S nur erheben, falls B versagt.

[102]) Ebenso der CC Art. 1994 II, ital. CC 1748 II und ungar. Entw. § 1366 II; während andere Kodifikationen eine verschiedene Haftung eintreten lassen, je nachdem die Substitution erlaubt war oder nicht.

aus dem Vorliegen oder Fehlen der Ermächtigung sind zwischen A und B auszugleichen.

1. Grundsätzlich haftet S nur dem B, zu dem allein er in einem Vertragsverhältnis steht; massgebend für seine Verbindlichkeiten ist der Vertrag mit B.

In der Regel ist jedoch B nicht im selben Masse interessiert wie ein gewöhnlicher Auftraggeber; infolge seiner eigenen Haftung gegenüber A liegt ihm wohl an einer pflichtgemässen Erfüllung durch S, aber inhaltlich ist ihm das Geschäft fremd. Das Schuldverhältnis zwischen S und B ist oft farblos; S soll mit Sorgfalt und Treue die Interessen seines Gläubigers verfolgen, der ja gerade sich zum Gläubiger gemacht hat, um sich nicht materiell um das Geschäft kümmern zu müssen. Wenn S den B um Weisungen angeht, z. B. infolge veränderter Sachlage während der Ausführung des Auftrages, zeigt sich der Mangel an wahrem Gläubigerinteresse des B deutlich: er muss selbst bei A eine Vorschrift einholen und sie dem S übermitteln; noch deutlicher im Auseinanderfallen des Ersatzgläubigers B und des Geschädigten A bei Verletzung der Obligation durch S. Die rechtlichen Parteirollen fallen nicht mit den wahren Interessenten zusammen.[103])

---

[103]) Auf verschiedene Art und Weise versucht man in der Literatur zum BGB eine Übereinstimmung herzustellen. Die herrschende Meinung hilft sich im Anschluss an die Protokolle II S. 356 mit der Verpflichtung des B, seine Ansprüche gegen S an A abzutreten. Staudinger Bem. 3 zu § 664, Planck Bem. 1d zu § 664, Oertmann Bem. 4 zu § 664. Dass diese Lösung wenigstens für die Forderung auf Schadenersatz oft ungenügend ist, hat v. Tuhr nachgewiesen in Grünhuts Z. 25 S. 566: B ist nicht geschädigt durch eine Vertragsverletzung des S, wenn er befugt und richtig substituierte, sein Anspruch gegen S ist also ohne Inhalt, ein inhaltloser Anspruch ist dem Zessionar A wertlos, er kann nicht seinen Schaden mit der zedierten Forderung geltend machen. Gegen die herrschende Meinung auch Hölder im „Recht" 1908 S. 469. Er sucht den Konflikt dadurch zu vermeiden, dass er jede Substitutionsbefugnis als Ermächtigung des A an B zur Begründung eines neuen Auftragsverhältnisses A-S und zur Aus-

Um der Interessenlage gerecht zu werden, hat daher das Gesetz in Art. 399 III den Grundsatz, dass jeder Vertrag nur zwischen den Parteien Wirkungen entfalte, durchbrochen[104]) und der materiellen Quelle des Unterauftrags, dem ursprünglichen Auftrag A-B, die Kraft verliehen, sich auch bei einer Substitution durchzusetzen. Art. 399 III hat insofern dieselbe Bedeutung und ist ein Anwendungsfall von Art. 401:[105]) 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.[106]) A wird nach Art. 399 III mit der Entstehung der Forderungen des B gegen S materieller Inhaber dieser Forderungen und berechtigter Dritter des Vertrages B-S.

In der Regel wird B aus dem materiellen Geschäftsgang ausgeschieden, sein bloss formelles Interesse an der richtigen Erfüllung durch S ist genügend geschützt, wenn er nur Leistung an den Dritten A von seinem Schuldner S verlangen kann. Von seinem Standpunkt aus

---

scheidung des B aus dem Verhältnis auffasst. Dieselbe Lösung vertritt v. Schey S. 604 für das österr. Recht.

[104]) Wie bei direkter Stellvertretung und den Verträgen zugunsten Dritter.

[105]) Die Verschiedenheit liegt im verwendeten Mittel: Art. 399 II stellt den Erfolg her durch eine Legalobligation, Art. 401 durch eine Legalzession. Der Vorteil für A bei Legalobligation ist der, dass er B als Solidar- oder solidarähnlichen Gläubiger beibehält, vgl. Noten 108 und 109.

[106]) Bei unbefugter Substitution kann man die Wirkung des Art. 399 III nicht auf die Ermächtigung stützen, aber auf die Absicht des B, auf Gefahr und Rechnung des A zu handeln und die Möglichkeit der Genehmigung dieses Handelns durch A. Überdies lässt sich die Bestimmung für die unbefugte Substitution zwanglos erklären als eine auf den Liberationsanspruch des B gegen S gestützte actio de in rem verso utilis des A gegen S. v. Tuhr, Actio, Vorwort S. VII und VIII und S. 87, 130 ff. und 293 ff.

hat die Substitution immer zum mindesten die Wirkung einer Erfüllungsübernahme.

Die Haftung des S gegenüber B richtet sich also nicht ausschliesslich nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen, sondern ex lege kann B immer von S Leistung an A fordern. Eine dahingehende Parteiverabredung hat infolgedessen eine andere Bedeutung, als den Parteien vorschwebte: B verzichtet damit auf Forderung der Leistung an sich selbst.[107]) Ohne diese Klausel steht S zwei Gläubigern gegenüber, von denen der eine, B, Leistung an den andern oder an sich selbst verlangen darf; B ist zugleich Stipulant des Vertrages auf Leistung an den Dritten, A, und dessen Solidargläubiger.[108]) Diese Situation greift z. B. Platz, wenn S den Auftrag übernimmt, Sachen im eigenen Namen einzukaufen; B kann Herausgabe an sich oder an A verlangen. Andere Leistungen können ihrer Natur nach nur an A erbracht werden, z. B. ärztliche Behandlung. Für diese gilt ebenso wie bei besonderer Verabredung, dass B nur Versprechensempfänger ist und nur Leistung an A fordern kann.[109])

Ebenso verschiedenartig gestaltet sich die Haftung des S gegen B, wenn infolge eines Verschuldens des S die ursprüngliche Leistung sich in Schadenersatz verwandelt. Der Schaden aus fehlerhafter Geschäftsführung trifft A, nicht B, wenn letzterer befugt ist und richtig den Auftrag übertragen hat. Das Interesse zur Bemessung der Ersatzsumme bestimmt sich nach den Verhältnissen des Geschädigten, A, Ersatzgläubiger des Schädigers S ist B. Das Gleichgewicht wird hergestellt durch Art. 399 III:[110])

---

[107]) Vgl. § 6 Note 92.

[108]) Sog. unechte Solidarität infolge verschiedenen Entstehungsgrundes. Vgl. § 8 II 1.

[109]) Hier liegt nur ein solidarähnliches Verhältnis zwischen A und B vor. Vgl. § 8 II 2.

[110]) Abgesehen von der positivrechtlichen Lösung bei der Substitution im OR ist die Frage, ob ein Gläubiger Ersatz verlangen kann, wenn nicht ihn, sondern einen Dritten der Schaden

Die Schadenersatzleistung soll ihrer Natur nach endgültig dem A zugute kommen, ebenso sicher hat S den Schaden in letzter Linie zu tragen, soweit er ihn verschuldet hat.[111]) Die einfachste und natürlichste Lösung, wenn man nicht die durch Parteiwillen geschaffenen Verhältnisse vollständig durch gesetzliche ersetzen will,[112]) ist die Konstruktion als Vertrag auf Leistung an einen Dritten.[113]) Obschon diese künstliche Willensbestimmung durch das Gesetz singulär und gewaltsam erscheint, weil u. U. bei Vertragsabschluss S von einem hinter B stehenden Mandanten nichts weiss, ist sie doch derjenige Ausweg, der am wenigsten von den Parteimeinungen abweicht, und der keinen der drei Beteiligten härter haften lässt als er bei Eingehen des Vertrages voraussehen konnte, dafür aber eine vernünftige Regelung des Schadenersatzes gewährleistet.

---

trifft, bestritten: v. Tuhr Grünh. Z. 25 S. 529 ff. (im Sinn der Lösung des Art. 399 III für diese Situation allgemein); Regelsberger Iher. Jb. f. Dogm. 41 S. 251 ff.; Krückmann Iher. Jb. 56 S. 245 ff.; Kunze, „In welchen Fällen kann der Gläubiger Ersatz des einem Dritten entstandenen Schadens fordern," Diss. Halle 1908; Becker Bem. D IV 3 zu Art. 97.

[111]) Bei unbefugter oder fehlerhafter Übertragung hat auch B den Schaden schuldhaft verursacht, man könnte daher versucht sein, auch ihm einen Teil endgültig aufzuerlegen. Aber seinem Vertragsgegner haftet er voll; dass er seinerseits einen Schuldner sich verpflichtet hat für dieselbe Leistung, schafft nur eine tatsächliche Neutralisation. Die Folge der Vertragsverletzung des B ist hier ausnahmsweise nicht schlechthin Schadenersatz, sondern die Gefahr, für Zufälle und Unbelangbarkeit des S endgültig zu haften und überhaupt in jedem Fall möglicherweise an A zahlen und sich hinterher an S schadlos halten zu müssen.

[112]) Wie z. B. durch Legalzession, wodurch zwar A und S direkt verbunden, B aber ohne seinen Willen vollständig ausgeschaltet wird. Ebenso schafft der Vorschlag von Hölder „Recht" 1908 S. 469 ein direktes Verhältnis zwischen A und S, aber unter Preisgabe der normalen Parteistellung. Die Lösung des Art. 399 III hat vor der Hölders noch den andern Vorteil, dass auch bei unbefugter Übertragung A und S in eine direkte Beziehung kommen.

[113]) v. Tuhr Grünhuts Z. 25 S. 567.

B kann von S volle Entschädigung des A verlangen. Damit übt er seine Gläubigerrechte zugunsten seines Gläubigers A aus, wozu er u. U. diesem verpflichtet ist, und verlangt zugleich Befreiung von seiner eigenen Haftung gegenüber A in der Art der Naturalrestitution. Wenn er S belangt, bevor er selbst von A in Anspruch genommen wird, braucht er sich nicht auf Art. 399 III, also auf den Vertrag zugunsten des Dritten zu berufen; soweit er möglicherweise an A zahlen muss, ist er selbst geschädigt und kann Ersatz in Form der Haftungsbefreiung verlangen.[114]) Wenn die Summe, die zur Entschädigung des A nötig ist, sich schon jetzt feststellen lässt, kann S auch auf Deckung[115]) belangt werden.[116])

Wenn B gegen S vorgeht, nachdem er selbst von A belangt, die Klage aber wegen Nichtverschuldens abgewiesen wurde, kann B von S weder Deckung noch Schuldbefreiung verlangen, sondern er muss hier die Klage auf sein Recht als Stipulant des Vertrages zugunsten des A stützen. Ob er in diesem Fall überhaupt zur Stellung der Klage verpflichtet ist, beurteilt sich nach seiner durch die Substitution abgeänderten Vertragspflicht gegenüber A.

Ist eine Klage des A gegen B aus Art. 399 I oder II gutgeheissen worden, und ist A befriedigt, so ist sein Schaden beseitigt und damit die Nebenabrede des Vertrages B-S zwecklos. Es bleibt ein einfacher Auftrag B-S, auf Grund dessen B von S Ersatz des durch die Zahlung an A entstandenen Schadens fordern kann.

---

[114]) v. Tuhr Grünh. Z. 25 S. 543 und OR § 7 Note 30, § 15 Note 4.

[115]) v. Tuhr, Actio de in rem verso, S. 96 ff.

[116]) Stellt sich nachträglich der Schaden des A kleiner heraus als die Deckung, so muss B dem S den Rest herausgeben; ist der Anspruch des A grösser, so kann B grundsätzlich von S Nachzahlung verlangen, aber nicht immer, denn es stand B frei, statt Deckung Schuldbefreiung zu beanspruchen, und die Deckungsklage kann daher u. U. als vergleichsähnlicher Verzicht ausgelegt werden.

Der Anspruch auf Geschäftsbesorgung, Rechenschaft und Herausgabe oder Schadenersatz steht B und dem Dritten A zu, dagegen alle andern Rechte aus dem Vertrag B-S, die nicht mit einer solchen Forderung, sondern mit dem Schuldverhältnis direkt zusammenhängen, kann B ausschliesslich beanspruchen.[117]) So kann nur B, nicht A, den Substitutionsauftrag wegen Willensmängel anfechten. Ist die Geltendmachung erfolgreich, so war der Vertrag von Anfang an nichtig, A hat keine Ansprüche gegen S erworben, dagegen kann er von B nach wie vor Ausführung des Auftrages oder richtige Substitution fordern. Hebt B den Vertrag mit S durch contrarius consensus oder Kündigung auf, so bleiben die einmal erworbenen Ansprüche des A gegen S bestehen, da sie mit Vertragsabschluss gesetzlich entstanden sind und dem B die Verfügung darüber also gleich von Anfang an entzogen ist, Art. 399 III und 112 III.[118])

Ein Erlassvertrag, der die Forderung auf Geschäftsführung etc. betrifft, kann nur subjektiv gemeint sein; B kann den S nicht mehr von seinen Pflichten gegen A befreien, wohl aber, wenn es ihm nach dem Kausalverhältnis A-B gestattet ist, auf seine eigenen Gläubigerrechte verzichten. Das hat zur Folge, dass nun A Alleinberechtigter wird. Durch Zession[119]) der Rechte des B an A

---

[117]) Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 258.

[118]) Diese Aufhebung kann aber im Kausalverhältnis A-B eine Pflichtwidrigkeit bedeuten, so dass sie zwar gegenüber S gültig ist, B aber für den daraus dem A entstehenden Schaden einzustehen hat nach Art. 399 II, B und S haften solidarisch.

[119]) Die Zession bietet A nur den einen Vorteil, dass er einer missbräuchlichen Geltendmachung der Rechte des B als Versprechensempfänger nicht mehr ausgesetzt ist. Im übrigen wird sein Recht im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Leistungsempfänger, Art. 112 III, nicht erst durch die Zession unentziehbar, sondern es ist es von Anfang an. Auch an den Einreden kann die Zession nichts ändern, Art. 169 ist nicht anzuwenden, denn wenn A von S die Leistung verlangt, macht er sein eigenes Recht geltend und nicht als Zessionar die Rechte des Zedenten B. Es können ihm

wird dasselbe erreicht. Die Forderung des A gegen S wird dadurch zu einem gewöhnlichen Leistungsanspruch.[120])

2. Haftung des S gegenüber A. Die Forderungen des A gegen S entstehen ohne Rücksicht auf den Parteiwillen direkt durch das Gesetz.[121]) Ihr Rechtsgrund ist nicht der Vertrag B-S, sondern die an diesen Tatbestand geknüpfte Legalobligation.[122])

---

nur Einreden aus dem Vertrag, nicht gegen die Person des B, z. B. Verrechnung gegen B, entgegengehalten werden. Die Stellung des S wird nicht verschlechtert dadurch, denn gegenüber A konnte er auch ohne Zession diese Einreden nicht geltend machen, und er hatte kein Recht darauf, von B und nicht von A belangt zu werden. S kann, bevor er von A oder B in Anspruch genommen wird, an B die Verrechnungserklärung richten und sich auf die bereits erfolgte Erfüllung durch Verrechnung auch gegenüber A berufen.

[120]) v. Tuhr Grünhuts Z. 25 S. 570. Der Unterschied zu einem Ersatzauftrag besteht noch in der actio contraria, diese geht gegen B.

[121]) Das heisst natürlich nicht, dass Art. 399 III ius cogens sei. Sowohl B kann bei Vertragsabschluss A-B wie S durch Verabredung mit B die Bestimmung wegbedingen. Im ersten Fall ist dann durch Auslegung zu ermitteln, ob A nur gegen volle Haftung des B einwilligte, im zweiten Fall wird A immer sich an B halten, nur, wenn die Übertragung befugt war, Einstehen für Zufälle nicht erwarten können.

[122]) Hafner Bem. 4 zu Art. 397; Fick Note 2 zu Art. 166; Becker Note 1 zu Art. 166 und ein Entscheid des Oberger. (Bl.Z.R. II Nr. 247 spricht zwar von cessio necessaria, verweist aber auf (a) OR Art. 185) betrachten die Bestimmung des Art. 399 III als cessio legis, so dass im Moment des Vertragsabschlusses A schon Alleinberechtigter wird.

Ausser dem eindeutigen Wortlaut sprechen auch folgende Gründe gegen diese Auffassung: B schliesst im eigenen Namen ab, die Wirkungen treten aber nie in seiner Person, sondern sofort in der Person des A ein. B ist noch mit der actio contr. des S belastet, hat aber keine Rechte gegen S. Dem B wird zuviel genommen, und dem A doch nicht mehr gegeben, als er bei berechtigendem Vertrag auf Leistung an ihn, also bei Legalobligation, erhält. Es ist im Gegenteil natürlich und für A wünschenswert, dass B als Gläubiger den S zur Leistung anhält,

Zwischen S und A besteht ein gesetzliches, einseitig berechtigendes Schuldverhältnis, dessen Forderungen dem Inhalt und Umfang, nicht aber dem Bestande nach von denjenigen des Schuldverhältnisses B-S abhängen. A stehen nach Art. 399 III allerdings nur diejenigen Forderungen zu, die auf Grund des Auftrages und Ermächtigungsverhältnisses A-B ihm zugute kommen sollen, vor allem die Forderungen auf Ausführung des Geschäftes, Rechenschaft, Herausgabe und Schadenersatz. Das Recht des A auf Schadenersatz bei Verschulden des S ist die Umwandlung seines eigenen Rechts auf Leistung; er leitet es nicht von der Forderung des B auf Schadenersatz ab; daher ist von vornherein immer sein Interesse massgebend bei der Berechnung des Ersatzes; infolgedessen steht ihm auch eine direkte Klage zu, wenn B fehlerlos substituierte und deshalb kein Haftungsinteresse

---

mahnt und gerichtlich belangt, wenn auch die Ansprüche aus Art. 399 III besonders dann wichtig sind, wenn B diese Rechte nicht ausübt, und damit A im Konkurs des B nicht zugunsten der Masse geschädigt wird und bei Unbelangbarkeit des B nicht auf eine Klage aus Art. 41 oder 419 gegen S angewiesen ist. B wäre machtlos gegen alle Nachlässigkeiten des S und könnte erst, wenn er A den Schaden ersetzt hat, gegen S Regress nehmen. Auch die Stellung des S ist nicht schlechter bei obligatio als bei cessio legis, denn bei beiden Auffassungen muss S selbstverständlich nur einmal leisten, kann er Gegenansprüche nur gegen B geltend machen. Von den Einreden macht nur die Verrechnung einen Unterschied: bei Zession könnte S eine Forderung, die ihm gegen B zusteht, mit einer Herausgabeforderung des A verrechnen, als Schuldner aus Art. 112 dagegen nicht. Diese Kompensation ist aber den Verhältnissen gar nicht angemessen, alle übrigen Rechtsverhältnisse zwischen B und S sollen billigerweise diesen Auftrag nicht stören.

Diese Legalzession hat allerdings vor der rechtsgeschäftlichen, wie sie die herrschende Meinung zum BGB annimmt (vgl. oben Note 103), den Vorteil, dass die Schwierigkeit, die in der Inhaltlosigkeit des Anspruches des B gegen S auf Schadenersatz bei befugter Substitution besteht, gehoben ist, weil hier A Zessionar wird immer schon vor der Umwandlung der Leistungsforderung in Schadenersatz. v. Tuhr Grünhuts Z. 25 S. 558.

hat. B kann aber als Stipulant ebenfalls Entschädigung an A verlangen.

Gewöhnlich decken sich die Pflichten des B aus dem ersten Auftrag und diejenigen des S aus dem Unterauftrag, so dass für A nur die Person des Schuldners sich geändert hat, resp. bei unbefugter Übertragung er einen zweiten Schuldner bekommen hat. Ausnahmsweise kann der Unterauftrag gegenüber dem Hauptauftrag etwas modifiziert sein, dann erhält A von S mehr oder weniger als ohne Substitution; ist der Ersatz nicht vollwertig, so kann sich A bei B Ausgleich verschaffen wegen mangelhafter Instruktion, Art. 399 II, im umgekehrten Fall[123]) darf A die günstigeren Ansprüche gegen S geltend machen, trägt aber die meist damit verbundenen höhern Auslagen des B.[124]) Hat B dem S Sachen des A zur Ausführung des Auftrages auf eine bestimmte Zeit überlassen, so kann A sie nicht mit dem obligatorischen Anspruch aus Art. 399 III vor Ablauf dieser Zeit zurückverlangen,[125]) dagegen u. U. von B Ersatz des dadurch entstehenden Schadens verlangen. Einen von B dem S übermachten Vorschuss kann A, soweit er zur Ausführung des Auftrages nötig oder nützlich war, von S zurückverlangen,[126]) auch wenn er selbst B keinen Vorschuss geleistet hat. Kommt S in Konkurs, so trägt A den Schaden, er muss dem B diese Auslage doch ersetzen, wenn die Übertragung erlaubt war.

3. Rechte des S.

a) Die actio contraria kann S nur gegen B geltend machen.[127]) Die beiden durch die zwei Verträge

---

[123]) Z. B. wenn S das Delcredere, Art. 430, übernimmt, B dagegen nicht.

[124]) Im obigen Beispiel die Delcredere-Provision.

[125]) v. Tuhr OR § 18 Note 28.

[126]) Ein Retentionsrecht des S wird dadurch nicht geschädigt, denn es besteht auch gegenüber A, wenn es an der Forderung des B haftet.

[127]) Hafner Bem. 5 zu Art. 397; Fick Note 19 zu Art. 399; Oser Bem. 3 zu Art. 399; Bl. f. Zch. Rspr. II Nr. 247; E.B.G. 41 S. 268 ff. Nur Rossel S. 441 f. hält mit Hinweis auf das franz.

begründeten Auftragsverhältnisse bleiben grundsätzlich zwischen den ursprünglichen Parteien und mit den beabsichtigten Forderungen bestehen, nur dass beim ersten der Inhalt der Leistung sich durch die (befugte) Substitution verändert und das zweite immer ein berechtigender Vertrag zugunsten des A wird. Die erlaubte oder genehmigte Substitution ist aber ein Geschäft, das B im Auftrag und mit Ermächtigung, also auf Rechnung und Gefahr des A besorgt, er kann daher auf dem Wege des Auslagenregresses die dem S gezahlte Summe auf A abwälzen. Praktischer ist der Ausgleich, wenn B nicht vorerst S bezahlt und nachher Erstattung von A, sondern gemäss Art. 402 direkt von A Befreiung von den auf dessen Rechnung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangt. Sein Anspruch gegen A ist meist vor der Forderung des S fällig, so dass in der Regel diese Abwicklung möglich ist. Es ist für B vorteilhafter, nicht eine Klage des S abzuwarten,[128]) denn durch die Beanspruchung der Befreiung von A kommt er auch in Bezug auf die actiones contrariae in eine ihn wenig berührende Mittelstellung.[129])

Die befugte Substitution ist eine surrogative Interzession[130]) des B dem A gegenüber. A kann seine Liberationsverpflichtung erfüllen, indem er die Schuld gemäss Art. 176 übernimmt, an S zahlt oder dem B Deckung gibt.[131])

Recht eine actio mandati contraria des S gegen A für selbstverständlich, weil A gegen S die actio directa habe. Im franz. Recht ist aber jeder Auftrag mit direkter Stellvertretung verbunden, so dass in der Regel nicht Unterauftrag, sondern Ersatzauftrag vorliegt, in welchem Fall natürlich S die Regressklage gegen A hat.

[128]) Er kann übrigens im Prozess mit S dem A den Streit verkünden, Zch. ZPO § 43.

[129]) Von der direkten Stellvertretung unterscheidet sich die Unterbeauftragung auch in diesem Fall dadurch, dass B dem S aus Vertrag haftet, bis er oder A an S gezahlt hat.

[130]) v. Tuhr, Actio, S. 63 ff.

[131]) v. Tuhr, Actio, S. 94 ff.; OR S. 44; Oser Bem. 2c zu Art. 402.

S kann die Erfüllung selbst von A verlangen, wenn B ihm den Liberationsanspruch abgetreten hat,[132]) oder wenn S die Forderung gepfändet hat und sie ihm gemäss SchKG Art. 131 vom Betreibungsamt an Zahlungsstatt angewiesen wird. Der Zusammenhang seiner Forderung mit der Liberationsverpflichtung des A verhilft ihm sogar in vielen Fällen[133]) auch bei Unbelangbarkeit des B zur vollen Befriedigung; er kann die Forderung gemäss SchKG Art. 271 mit Arrest belegen lassen, darauf durch Pfändung verwerten; andern Gläubigern des B würde eine Arrestbelegung und Pfändung dieser Forderung nichts nützen, da sie auf Zahlung an S geht.

In der Regel wird S infolge des Liberationsanspruchs des B gegen A auch im Konkurs des B voll befriedigt.[134]) Der Anspruch des B gegen A geht auch im Konkurs unverändert auf Befreiung, also Befriedigung des S. Die Konkursverwaltung wird diese Forderung gegen A geltend machen oder an S zedieren, so dass die Masse von diesem Anspruch unberührt bleibt.

Der Ausgleich mit dem Liberationsregress des B gegen A versagt nur dann, wenn A dem S Schaden zugefügt hat, durch culpa in contrahendo (z. B. Übergabe einer gefährlichen Sache) oder während bestehendem Auftragsverhältnis (z. B. durch falsche Weisungen), und B kein Verschulden bei der Übermittlung trifft. B haftet S nicht und kann deshalb von A nicht Haftungsbefreiung verlangen. Es entsteht dieselbe Schwierigkeit wie bei der actio directa, wenn B dem A nicht haftet, nur ist sie hier nicht durch positivrechtliche Regelung behoben. Da aber dieselbe Situation vorliegt und beide Schadenersatzansprüche aus demselben Rechtsverhältnis stammen, ist die analoge Anwendung von Art. 399 III für diesen anders schwer zu lösenden Fall gerechtfertigt, dem S also ein

---

[132]) Bl. f. Zch. Rspr. II Nr. 247.

[133]) Hat B vor seiner Abreise oder Flucht Deckung von A bezogen, so trägt S den Schaden, denn A ist in diesem Fall befreit.

[134]) v. Tuhr, Actio, S. 123 ff.

direkter (vertraglicher) Schadenersatzanspruch gegen A zu gewähren.

b) Auch ohne die Abtretung des Liberationsanspruchs oder die ausnahmsweise zulässige actio de in rem verso utilis ist S gegenüber A nicht rechtlos; er hat keine Ansprüche, wohl aber Einwendungen gegenüber Forderungen des A. Wie jeder Schuldner eines Vertrages zugunsten eines Dritten stehen S alle Einwendungen aus dem Vertrag auch gegen den Dritten, A, zu.[135]) Das Recht des Dritten entsteht hier nicht aus dem Vertrag, sondern kraft gesetzlicher Anordnung. Aber es wird nur die Richtung der Rechte gesetzlich festgelegt, die Rechte selbst haben als Quelle den Vertrag. Was S dem B versprochen hat, muss er an A leisten; soweit er die Leistung B verweigern kann, ist er auch gegen Ansprüche des A geschützt.

Andere Einwendungen gegen B als diejenigen aus dem Unterauftrag können das materielle Gestionsverhältnis zwischen A und S nicht beeinträchtigen. Für den Hauptfall dieser dem S aus der Person des B, nicht aus dem Vertrag zustehenden Einwendungen, die Verrechnung, ist in Art. 122 der Grundsatz ausgesprochen;[136]) man kann ihn aber auf alle derartigen Einwendungen anwenden.

A bekommt die Ansprüche gegen S von Gesetzes wegen, aber nur in dem Umfang und in der Qualität, welche sie bei B haben. Sie haben ihm gar nie zugestanden, wenn S Willensmängel geltend macht. Anfechtungs-

---

[135]) BGB § 334; Hellwig S. 268 ff.; Oser Bem. III 1 zu Art. 112; Becker Note 16 zu 112.

[136]) In Bezug auf Kompensation ist auch A gegenüber dem von B dem S zedierten Liberationsanspruch nicht besser gestellt. Wenn er aus anderem Rechtsverhältnis gegen B eine Geldforderung hat, ist diese mit der Liberationsforderung des B wegen Ungleichartigkeit nicht kompensabel, und da er durch die Zession nicht besser gestellt werden soll, ist auch eine Verrechnung gegen den bei S in einen gewöhnlichen Leistungsanspruch verwandelten Liberationsanspruch nicht zulässig.

gegner ist grundsätzlich nur der Gegenkontrahent B; sobald ihm S erklärt hat, er halte den Vertrag nicht, kann er sich gegenüber jedem Anspruch des A auf Nichtigkeit berufen. Um bei faktischer Unmöglichkeit der Anfechtung gegen B eine Entstehung der Rechte nach Ablauf eines Jahres durch die fingierte Genehmigung des Art. 31 zu verhüten, muss S auch gegenüber A das Recht zur Anfechtung gewährt werden. Ist dagegen nur B anfechtungsberechtigt, so kann S dem A die Leistung solange verweigern, bis er von B die Entscheidung eingeholt hat, ob dieser sich auf den Willensmangel berufen wolle; so wird er nicht der Gefahr ausgesetzt, die Leistung u. U. als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen zu müssen.

Die wichtigsten Einreden für S sind die Retentionsrechte, denn sie bilden den besten Schutz seiner Gegenansprüche. In der Regel sind Herausgabepflicht des S und Ersatzpflicht des B Zug um Zug zu erfüllen, sie bilden ein Synallagma.[137]) S geniesst gegenüber B den Schutz der Einrede des nicht erfüllten Vertrages; verlangt B Herausgabe nicht nur als Gläubiger, sondern als Eigentümer, kann S seine Einrede auf das Retentionsrecht des Art. 895 ZGB stützen.[138]) Diese Rück-

---

[137]) v. Tuhr, Actio, S. 69 ff. Becker Note 3 zu Art. 82 zählt nur die entgeltlichen Aufträge zu den gegenseitigen Verträgen, ein nachträglich entstandener Auslagenersatzanspruch wandelt den Auftrag nicht zu einem zweiseitig onerosen um.— Dass aber die beiden Ansprüche in derselben engen Abhängigkeit zueinander stehen, wie andere aus gegenseitigen Verträgen, kann man auch dem Art. 401 I entnehmen.

[138]) Nur wenn S den B für den Eigentümer hält: sonst hat S nur Retention aus OR Art. 82. Statt der abgeleiteten Retentionsrechte findet ZGB Art. 895 direkte Anwendung, wenn A die Schuld des B gemäss Art. 176 OR übernommen hat, oder wenn B seinen Liberationsanspruch gegen A an S abgetreten hat, die Konnexität ist gegeben. Nicht anwendbar ist in diesen Fällen OR 82, weil hier nicht nur Konnexität, sondern Identität des Entstehungsgrundes vorausgesetzt ist.

behaltungsrechte können auch ausgeübt werden, wenn B auf Leistung an A klagt.

Sie müssen S ebenso gegenüber A gegeben sein. Das folgt aus der Einsicht, dass Art. 399 III nicht A auf Kosten des S ungerechtfertigt besser stellen will als B, sondern nur dem wahren Interessenten direkt die Rechte des formellen Gläubigers zugesteht. A bekommt die Forderungen des B mit allen Einreden aus dem Vertrag belastet.[139]) Damit ist der Grundsatz durchbrochen, dass Einreden, die auf einer Forderung beruhen, nur gegen den Schuldner geltend gemacht werden können;[140]) immerhin bilden die Rechte des A und B und die Pflichten des B eine rechtliche Einheit, welche die Ausnahme rechtfertigt.

Unabhängig zu beurteilen ist einzig die Einrede der Verjährung. Beginn, Frist und Vollendung sind für beide Ansprüche dieselben. Dagegen kann S sich bei Unterbrechung gegenüber A nicht auf die gegen B eingetretene Verjährung berufen, noch kann die Unterbrechung gegen A dem B zugute kommen. Mit der selbständigen Behandlung der beiden Verjährungen erreicht man,[141]) dass S aus der gegen den einen Gläubiger eingetretenen Verjährung doch die Vergünstigung hat, nunmehr nicht mehr zwei Gläubigern gegenüberzustehen.

§ 8. Konkurrenz der Ansprüche und Regressverhältnisse.

Trotz der grössern Freizügigkeit beim Auftrag gegenüber den andern Arbeitsverträgen im Bestreben, dem Gläubiger die persönliche Leistung des Schuldners zu

---

[139]) Wird er dadurch geschädigt, kann er sich nur an B halten, 399 II.

[140]) Dieselbe Ausnahme besteht bei der Zession, OR Art. 169; v. Tuhr OR S. 26.

[141]) Oser Bem. 2 zu Art. 136 und Becker Note 3 zu Art. 136 wollen den Art. 136 analog auf Gesamtgläubiger (wozu im weitern Sinn auch der Vertrag zugunsten Dritter gehört, Becker Note 15 zu Art. 112) anwenden.

sichern, sind dem Auftraggeber nicht weniger Rechte gewährleistet als dem Dienstberechtigten und dem Werkbesteller. Er kann zwar nicht wie jene schlechthin vom Schuldner Leistung oder Schadenersatz fordern, ohne Rücksicht auf eine Erlaubnis zur Übertragung oder auf ein Verschulden; sein besonderer Schutz besteht aber in der Ausgestaltung der Klage gegen S und in der Sicherung dieser Klage: 1. Für seinen Verzicht auf das Recht der persönlichen Leistung tauscht er den Vorteil ein, dass B als sein Gesamtgläubiger die Forderungen gegen S zu seinen Gunsten geltend zu machen hat;[142]) 2. der unfreiwillige Verlust dieses Rechtes versetzt ihn in die Lage, zwei Schuldner, B und S, für dieselbe Leistung zu haben; und zwar wird bei der Weitergabe als Unterauftrag diese Stellung noch günstiger, indem B, solange er nicht selbst von A in Anspruch genommen wird, verpflichtet ist, dem S gegenüber als Gesamtgläubiger des A aufzutreten.

In beiden Fällen dient die Mehrheit der Forderungen, die auf dieselbe Leistung gerichtet sind, der Verstärkung der Stellung des A. Inhalt und Zweck der konkurrierenden Ansprüche sind immer dieselben; verschieden dagegen die Entstehungsgründe und daher die Regressverhältnisse, wenn auch im Resultat meist S in letzter Linie haftet.[143])

I. Konkurrierende Forderungen gegen B und S hat A bei jeder unbefugten oder erlaubten, aber fehlerhaften Substitution. Die Ansprüche stehen erst dann im Verhältnis der Konkurrenz, wenn sie auf Schadenersatz gerichtet sind. Solange die Ausführung des Geschäftes möglich ist, kann A allerdings bei unbefugter Unter-

---

[142]) Nur beim Unterauftrag; wenn er zugleich Vollmacht zur Ersatzbeauftragung erteilt hat, ist er einziger Gläubiger des S.

[143]) Entsprechend gilt für die Ausgleichung bei der aktiven Konkurrenz (A und B gegen S), dass A als materiell Berechtigter endgültig die Leistung erhält.

beauftragung[144]) sie von B und S verlangen: von B, weil seine Verpflichtung die ursprünglich verabredete geblieben ist, Art. 399 I, von S, da B von S es verlangen kann, Art. 399 III. Allein wenn A die Besorgung von S fordert, so liegt darin eine konkludente Genehmigungserklärung. Daher kann er von B weder Erfüllung noch Schadenersatz mehr verlangen, soweit diesen nicht ein Vorwurf in der Auswahl trifft. Es handelt sich nicht um zwei Ansprüche, sondern um ein durch B geschaffenes Gestaltungsrecht des A zur wahlweisen Begründung des einen oder andern Anspruchs.

Nebeneinander schulden dagegen B und S Schadenersatz: B haftet bei unbefugter oder unrichtiger Substitution, Art. 399 I, II und Art. 97, bei erlaubter und fehlerloser Übertragung nur, sofern er A versprochen hat, für S einzustehen;[145]) S als direkter Mandatar des A bei erlaubter Ersatzbeauftragung, als Geschäftsführer oder aus unerlaubter Handlung, wenn die Bestellung mangels Vollmacht nicht wirksam ist, als Unterbeauftragter aus der gesetzlichen Obligation des Art. 399 III.

1. Wo beide Haftungen zusammentreffen, entsteht zwischen B und S ein Gesamtschuldverhältnis, und zwar unechte Solidarität. Jeder haftet aus verschiedenem

---

[144]) Bei unbefugter Ersatzbeauftragung hat er gegen S keinen Anspruch auf Geschäftsbesorgung, ausser etwa deren Vollendung, im übrigen nur auf Herausgabe aus Art. 419 oder auf Schadenersatz aus Art. 419 oder 41.

[145]) Diese Abrede wird nicht häufig sein. Beim Unterauftrag bedeutet sie Verzicht des B auf die Culpahaftung des Art. 399 und Anwendung des Art. 101, sie ist daher formlos gültig, obschon eine Erschwerung für B. — Beim Ersatzauftrag ist S nicht Hilfsperson des B, das Einstehen des B für S ist daher Garantieversprechen resp. Bürgschaft, da B verspricht, für die Erfüllung der Schuld des S einzustehen, Art. 492, also nur schriftlich verbindlich. Für diesen Fall tritt nur subsidiäre Konkurrenz ein. — Eine Konkurrenz kann sich bei der Kommission ergeben, wenn B das Delcredere auch für die Abschlüsse des S übernimmt und S dem B gegenüber ebenfalls Delcredere steht. Art. 399 III.

Rechtsgrund auf das Ganze.[146]) A kann sich beliebig an den einen oder andern halten. In der Regel wird er B in Anspruch nehmen, insbesondere bei unbefugter Ersatzbeauftragung. Nur wenn das Verschulden des S offensichtlich ist, bedeutet die Klage gegen B, der sich möglicherweise exculpieren kann, einen Umweg. A kann auch gegen beide zusammen klagen und sie so zu Streitgenossen machen, Zch. ZPO § 38. In jedem Fall werden die beiden Ansprüche selbständig beurteilt. Jeder Schuldner kann dem Gläubiger die Einwendungen aus seinem Haftungsgrund und aus seinen persönlichen Verhältnissen entgegensetzen. Insbesondere schadet die Unterbrechung der Verjährung gegen einen dem andern nicht.[147])

Wenn ein Schuldner den Schaden ersetzt hat, wird der andere wie bei echter Solidarität frei, weil seine Verpflichtung den Inhalt verloren hat. Wie bei dieser befreit Erfüllung, Zahlung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, von einem Schuldner vorgenommene Verrechnung, objektiver Erlassvertrag[148]) beide, B und S, während jede andere Art der Befreiung eines Schuldners, z. B. persönlicher Erlassvertrag, Novation, die Schuld des andern nicht tilgt.[149])

2. Der Rückgriff des zahlenden Schuldners bestimmt sich nach dem Rechtsverhältnis zwischen B und S und

---

[146]) Oser Vorbem. 2d zu Art. 143 ff. zählt unsern Fall deshalb nicht zur echten Solidarität, weil die Verpflichtung des S akzessorisch ist.

[147]) Im Gegensatz zur echten Solidarität, Art. 136.

[148]) Oder Erlassvertrag mit einem auch zugunsten des andern.

[149]) Die in Art. 143 ff. für echte Solidarität aufgestellten Bestimmungen ergeben sich aus allgemeinen Grundsätzen auch für die unechte. Ein Unterschied tritt in zwei Wirkungen zutage: 1. Art. 136 gilt nicht für blosse Klagenkonkurrenz, v. Tuhr OR S. 5 Note 3; 2. der Regress bei solidarischen Verpflichtungen zu Schadenersatz ist anders geregelt als bei konkurrierenden, vgl. folgende Note.

in Ermangelung eines solchen nach der Vorschrift des Art. 51.[150])

a) Aus dem Verhältnis zwischen B und S geht ohne weiteres ein Regressrecht des B gegen S hervor bei unbefugter oder erlaubter, aber unrichtiger Unterbeauftragung.[151]) Das schuldhafte Verhalten des S hat gleichzeitig die Verpflichtung des B zu Schadenersatz an A zur Entstehung gebracht, und auf Befreiung von dieser Schuldbelastung geht die Klage des B gegen S.[152]) Hat B den Schaden ersetzt, so ist er um diesen Betrag selbst geschädigt und kann sich an seinen Vertragsschuldner S halten.[153]) Sein eigenes Verschulden dem A gegenüber kann ihm bei der Geltendmachung dieses Anspruchs nicht schaden; denn das Fehlen der Substitutionsbefugnis oder die unrichtige Übertragung hat nur zur Folge, dass die Substitution auf Gefahr des B geht; die faktische Leistungs- und Schadenabwälzung, die B durch den Vertrag mit S beabsichtigt, wird nicht alteriert.[154]) Nicht ganz gewöhnlich ist bei der Verpflichtung des S zu Schadenersatz, dass die Wirkung des schuldhaften Verhaltens auf das Vermögen des A und nicht des Ersatzberechtigten

---

[150]) Denn es handelt sich in unserm Fall immer um konkurrierende Schadenersatzansprüche. Für die seltenern Fälle der konkurrierenden Erfüllungsansprüche wäre, wenn eine vertragliche Ausgleichungspflicht fehlt, Art. 148/9 analog anzuwenden. Somit ergibt sich ein Unterschied beim Regress unter echten gegenüber unechten Solidarschuldnern nur, wenn sie Schadenersatz schulden: echte haften bei gleich schwerem Verschulden nach Kopfteilen, Art. 50 und 148, unter unechten wird regelmässig einer endgültig belastet, Art. 51, ausser wenn beide aus Vertrag oder beide aus Delikt verantwortlich sind.

[151]) Bestand der Fehler bei der Übertragung in mangelhafter Instruktion und handelt S genau danach, so haftet er natürlich weder dem A, noch dem B auf dem Wege des Regresses. Wenn aber S haftet, so immer endgültig.

[152]) v. Tuhr, Actio, S. 87; OR § 15 Note 4.

[153]) Revue 8 Nr. 74.

[154]) Vgl. § 7 Note 111.

B für die Berechnung des Ersatzes massgebend ist; aber solche indirekte Beeinflussungen der Schadensberechnung kommen auch bei andern Tatbeständen vor.[155]) Die in Art. 399 I und II statuierte Haftung des B wird durch den Regress nicht illusorisch, B trägt statt A die Gefahr für Zufälle und Unbelangbarkeit des S.

b) Beim Ersatzauftrag ergibt sich der Rückgriff nicht so selbstverständlich, weil zwischen B und S keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Wenn zwei Personen aus verschiedenen Rechtsgründen haften für denselben Schaden, kann der Richter nach seinem Ermessen Regress gewähren, Art. 51.

a) Wenn B ohne Vollmacht[156]) den S als Mandatar des A bestellte, und weder die Substitution noch die Geschäftsführung des S genehmigt wird, und wenn S seine Auslagen auch nicht auf Grund des Art. 422 dem A anrechnen kann, hat ihm B für den Schaden einzustehen nach Art. 39. Den Schaden aber, welchen S dem A infolge eines Fehlers in der Geschäftsbesorgung aus Art. 41 zu ersetzen hat, kann er nicht auf Grund der Legalobligation des Art. 39 auf B abschieben, er hat ihn allein seinem Verschulden zuzuschreiben. A hat seinen Anspruch gegen B aus Vertrag und gegen S aus unerlaubter Handlung. Wenn B den A befriedigt, hat er in der Regel vollen Regress gegen S, Art. 51 II. Ist sein Verschulden das schwerere, so wird er aber auch einen Teil des Schadens endgültig tragen müssen, Art. 51 I.[157])

---

[155]) Becker Bem. D IV 3 zu Art. 97.

[156]) Haftet B für S auf Grund einer Bürgschaft bei erlaubter Ersatzbeauftragung, so ergibt sich für ihn voller Regress aus Art. 505, er ist besser gestellt als die Regressberechtigten aus Art. 51, weil die Forderung des A gegen S mit eventuellen Sicherheiten auf ihn übergeht.

[157]) Dem steht hier nicht, wie bei Unterbeauftragung, die Erwägung entgegen, dass B sich für Leistung und Schaden in Bezug auf seine Schuldpflicht selbst zum Gläubiger machte und sein Regress daher zum Voraus rechtsgeschäftlich begründet war.

β) Ohne die Vollmacht zu überschreiten haftet B dem A neben S, wenn er bei der Ersatzbeauftragung einen Fehler beging. A hat für seinen Schaden Ersatzansprüche gegen zwei Vertragsschuldner. Die gleichmässige Teilung des Schadens, die gemäss Art. 51 bei gleich schwerem Verschulden die Regel ist,[158]) führte hier zu einer unbegründeten Sonderbehandlung der befugten, unrichtigen Ersatzbeauftragung gegenüber den andern Substitutionsarten, besonders gegenüber der unbefugten Ersatzbeauftragung (oben *a*). Die befugte falsche Übertragung ist für A vorteilhafter als die unbefugte, denn er hat hier gegen S nicht nur eine Deliktsklage; auch die Stellung des S ist besser, weil er, wie im Vertrag mit ihm verabredet wurde, die actio contraria gegen A hat, bei unbefugter dagegen vorerst die Utilität beweisen muss. In beiden Fällen muss S bei nachlässiger Besorgung mit einer Schadenersatzklage des A rechnen; er haftet nicht, weil B unbefugt oder unrichtig substituierte, sondern infolge seines Verschuldens. B dagegen setzt sich durch die unzulässige oder mangelhafte Übertragung erst einer Gefahr aus; er haftet, weil S einen Fehler beging. Daher erscheint grundsätzlich voller Regress des B mit der Korrektur der Berücksichtigung der Verschuldensschwere in einzelnen Fällen auch hier angemessen.

c) Grundsätzlich ist S voll regresspflichtig und trägt den Schaden definitiv,[159]) und zwar sowohl als

---

[158]) Oser Bem. III 5c zu Art. 51.

[159]) Der Regressberechtigte B kann im Prozess mit A dem S den Streit verkünden (Revue 8 Nr. 74); oder S kann als Nebenintervenient auftreten. Der Beitritt ist für S von Vorteil, weil für die Höhe der Ersatzsumme, die B im spätern Prozess gegen ihn einklagt, das rechtkräftige Urteil des ersten Prozesses massgebend ist, und er, als materiell an der Geschäftsbesorgung Beteiligter die Situation besser kennt als B und daher u. U. einen günstigern Entscheid gegen B erwirken kann.

Wenn nicht die Höhe des Schadens, sondern die Substitutionsbefugnis oder ein Fehler in der Übertragung streitig ist, wird S kein Interesse an der Intervention haben, weil von der Anerken-

Unter- wie als Ersatzbeauftragter. Diese endgültige Belastung wird beim Ersatzauftrag gemildert durch die Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens beider Haftenden; Art. 43 gilt auch für den Umfang des Regresses. Zu einem ähnlichen Resultat gelangt man beim Unterauftrag, indem gemäss Art. 43 der Richter im Prozess des B gegen S unter Würdigung der Umstände dem B nicht die volle Summe zuspricht, die dieser dem A ersetzt hat. Durch diese teilweise Versagung des Regresses wird der Schaden geteilt.

II. Die weniger intensive Art der Sicherstellung des Gläubigers A (als Äquivalent für die Versagung des Anspruchs aus Art. 101) ist die Gesamtgläubigerschaft von B und A. Sie ist der einzige Schutz und daher besonders wichtig bei zulässiger Unterbeauftragung, während bei unerlaubter A den B weit häufiger als solidarischer Schuldner neben S in Anspruch nehmen wird. Allerdings wird B im eigenen Interesse von S Entschädigung an A und damit Befreiung von seiner Haftung verlangen, bevor er selbst von A belangt wird. S hat als Unterbeauftragter zwei Gläubiger ohne Rücksicht auf eine eventuelle Substitutionsbefugnis. Der Entstehungsgrund der Forderung des A ist die Legalobligation aus Art. 399 III, der Forderung des B der Vertrag mit S; es handelt sich also auch auf der Aktivseite nur um unechte Solidarität. Aber der Unterschied zwischen blosser Konkurrenz und Solidarität ist hier bedeutungslos, denn soweit sich nicht aus den Verhältnissen der drei Beteiligten etwas anderes ergibt, wird Art. 150 II und III ohne Bedenken in beiden Fällen Anwendung finden können.

Dagegen ist eine andere Unterscheidung wichtig: 1. Wenn B Leistung an sich oder an A fordern kann, sind

---

nung oder Abweisung der Klage nicht seine Leistung, sondern nur die Person des demnächstigen Klägers abhängt: bei Anerkennung macht B Regress, bei Abweisung A Schadenersatz geltend.

A und B wirkliche Solidargläubiger;[160]) 2. Geht die Forderung des B auf Leistung an A, so liegt ein solidarähnliches Verhältnis vor.[161])

1. Wenn die Leistung ihrer Natur nach nicht nur an A erbracht werden kann und B bei Vertragsabschluss nicht ausdrücklich als Stipulant zugunsten des A aufgetreten ist, darf S annehmen, beide Gläubiger, A und B, seien zur Entgegennahme der Leistung berechtigt. So wird er z. B. frei, wenn er B Rechenschaft ablegt und das Erlangte herausgibt, auch wenn er weiss, dass B seinerseits A zur Ablieferung verpflichtet ist, und dass sowohl A wie B von ihm Herausgabe direkt an A verlangen könnten. Dass S in diesen Fällen die Wahl hat, an B oder an A zu leisten, ist für ihn besonders wichtig, wenn sich ein Dritter A als materieller Gläubiger meldet, dessen Berechtigung für S unsicher ist. Fürchtet A, er werde benachteiligt durch die Leistung des S an B, kann er S rechtlich belangen, dann darf S nicht mehr an B herausgeben, Art. 150 III. Damit aber das Recht des S, ohne Prüfung an B zahlen zu dürfen, nicht illusorisch wird, kann man von A nach Treu und Glauben verlangen, dass er vor Klageerhebung dem S alle Beweise vorlegt, denn sonst müsste S doch entweder auf eigene Gefahr an A leisten oder im Prozess mit A die Kosten tragen.

---

[160]) Wenn auch „unechte".

[161]) Für Subsumption unter die Gesamtgläubigerschaft bei Verträgen auf Leistung an Dritte: Hellwig S. 310 ff.; dagegen nur ein solidarähnliches Verhalten nehmen an: Stammler S. 170, Oser Bem. II 2b zu Art. 112, Becker Note 15 zu Art. 112; auch v. Tuhr, Actio, S. 236 u. Grünhuts Z. 25 S. 582 für ähnliche Fälle.

Für einen Fall wirklicher Solidarität infolge gesetzlicher Vorschrift (Art. 150 I) halten den Art. 399 III: Oser 2b zu Art. 150, Becker Note 3 zu Art. 150. Diese Ansicht Beckers lässt sich übrigens schwierig in Einklang bringen mit der Bem. 1 zu 166. wo Art. 399 als Fall der Legalzession aufgefasst wird. Zedent und Zessionar können nicht Solidargläubiger sein.

Solange es sich also um Ausführung des Auftrages resp. Herausgabe handelt und nicht um Schadenersatz, und wenn S das Recht des A zweifellos kennt, liegt wirkliche Solidarität unter A und B vor. Art. 150 I und II sind anwendbar. Durch Leistung an einen wird S von der Forderung des andern frei. Er kann auch jede Forderung, die ihm gegen einen von beiden zusteht, verrechnen.

Die Ausgleichung unter den Gläubigern erfolgt selbstverständlich immer im Sinn einer endgültigen Berechtigung des A.

Aus dem dieser Solidarität zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt sich aber eine gewisse Labilität dieser Gesamtgläubigerschaft. Es liegt in der Hand des B, die Solidarität umzuwandeln in ein solidarähnliches Gesamtschuldverhältnis, indem er statt Leistung an sich Leistung an A verlangt. Dadurch erlischt das Recht des S, an B zu erfüllen; S trägt aber auch nicht die Gefahr, dass der Anspruch des A nicht bestehe. Jeder Mandatar muss infolge der Vorschrift des Art. 399 III gewärtigen, dass er an einen andern als an seinen Vertragsgegner leisten muss,[162]) weitere Gefahren dürfen ihm dagegen nicht auferlegt werden, seine Schuld ist getilgt, wenn er auf Verlangen des B an A ohne weitere Prüfung zahlt. Vom Moment an, da B Leistung an A fordert, kann S auch nicht mehr eine Gegenforderung gegen B verrechnen, Art. 122.

2. Schon von der Begründung der Schuld des S an besteht keine Solidarität, wenn die Leistung überhaupt nur an A erbracht werden kann (z. B. ärztliche Behandlung, Prozessführung[163]) oder wenn bei indifferentem Leistungs-

[162]) Es wird hier vorausgesetzt, dass S wenigstens um den Hauptauftrag wusste. Hat ihm B die Beteiligung eines Dritten verschwiegen, so muss B die Leistung des S annehmen, sonst kommt er in Verzug, den S auch dem A entgegenhalten kann. Verlangt A bei dieser Sachlage die Leistung, so kann u. U. S dem B gegenüber wegen Irrtums oder Täuschung anfechten und die erfolgte Anfechtung auch A entgegenhalten.

[163]) Soweit nicht, da dem S auch Untervollmacht im Namen des A erteilt sein muss, S als Ersatzbeauftragter gelten kann.

gegenstand von B ausdrücklich Leistung an A ausbedungen wurde. Auch hier stehen zwei Forderungen gegen einen Schuldner nebeneinander zur Erreichung desselben Zwecks: A verlangt Leistung an sich, B Leistung an A. Bei allen Unteraufträgen, auch bei den unter 1. genannten, tritt diese Rechtslage ein immer mit der Umwandlung der Forderung in Schadenersatz infolge eines schuldhaften Verhaltens des S. A ist immer der Geschädigte, und wenn auch B als Haftungsinteressent ebenfalls einen Schaden erleidet, so kann er doch nur Befreiung, also Zahlung an A, nicht an sich, verlangen. Wenn B Deckung fordert, ist er nicht Solidargläubiger des A auf Schadenersatz, sondern er übernimmt eine Summe zahlungshalber, um damit auf Kosten des S den A zu befriedigen. S wird erst frei, wenn B mittels der Deckung A entschädigt hat, nicht schon durch Übergabe der Deckung an B, während im Fall wirklicher Solidarität (unter 1.) S beiden gegenüber frei wird durch Zahlung an B.

Diese Forderungen des A und des B stehen deshalb nur in einem solidarähnlichen Verhältnis, weil, vom Standpunkt der Gläubiger aus betrachtet, der Inhalt der beiden Forderungen ein verschiedener ist.[164]) Auch passen die Vorschriften des Art. 150 auf diesen Fall der Gläubigermehrheit nicht.

S wird nur frei durch Erfüllung an A oder sonstige Befriedigung des A, sowie durch richtige Verwendung einer dem B geleisteten Deckung. Grundsätzlich ist S nicht berechtigt, von B Entgegennahme und Verwendung einer Deckung zu fordern, denn er hat sich im Vertrag zur Leistung an A verpflichtet und damit nicht nur den B einer direkten Zuwendung an A, sondern auch aller Mühe der Übermittlung und Zahlungsschwierigkeiten enthoben. Wenn aber B eine Summe als Deckung verlangt, geschieht das im eigenen Interesse, zur Sicherung seiner Liberation. Gegenüber diesem Anspruch kann S sich

---

[164]) v. Tuhr, Actio, S. 237, Grünhuts Z. 25 S. 582.

auf eine ihm gegen B zustehende Gegenforderung berufen; B soll diese Forderung verwenden zur Entschädigung des A.[165]) In diesem Fall kann u. U. dem S eine Forderung gegen B von Nutzen sein, während eine Kompensation ausgeschlossen ist, wenn B Zahlung an A fordert, Art. 122.

Bietet S die Leistung dem B an und verweigert dieser die Annahme, indem er Zahlung an A verlangt, kommt weder A noch B in Annahmeverzug. Nur Handlungen des A können Annahmeverzug herbeiführen.

Einwendungen aus dem Verpflichtungsvertrag kann S der Forderung des A wie des B entgegensetzen, persönliche Einwendungen nur dem A aus Rechtsverhältnissen zwischen A und S.

Verjährung der Forderung des einen Gläubigers gibt S nur eine Einrede gegen diesen. Bei Unterbrechung gegenüber einem Gläubiger entsteht für S der Vorteil, dass die doppelte Geltendmachung auf der Gläubigerseite wegfällt, dagegen materiell ist er nicht besser gestellt.

Retentionsrechte kann S beiden Gläubigern entgegenhalten.

Die Regressfrage taucht im Fall dieser Quasisolidarität überhaupt nicht auf. Die beiden Forderungen bergen inhaltlich die Ausgleichung schon in sich. Auch die Zahlung des B an A aus der von S geleisteten Deckung ist nicht Erfüllung einer Regresspflicht, sondern Leistung an Stelle und auf Kosten des S im eigenen Interesse des B.[166])

---

[165]) v. Tuhr Grünhuts Z. 25 S. 572.

[166]) Dissertation der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Zürich.