

**Bauernhilfe:
Drei Fälle und wie das Bundesgericht dazu kam, die Schadenersatzregel des
Art. 422 Abs. 1 OR auf den Auftrag und die Gefälligkeit anzuwenden.**

Dr. iur., Dr. h.c. Peter Gauch*
Professor an der Universität Freiburg/Schweiz
und ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern

Publiziert in: Recht des ländlichen Raums, Festschrift für PAUL RICHLI, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 11, Zürich 2006, S. 191 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[191] Gerne hätte ich am Festschriftbeitrag angeknüpft, den Du, lieber Paul, unlängst für mich geschrieben hast. Deine Gedanken über „Recht und Eliteförderung in Hochschulen“¹ fortzusetzen, das hätte mich schon deshalb gereizt, weil ich weiss, wie sehr Dir, dem Gründungsdekan der Luzerner Rechtsfakultät, die Ausbildung des akademischen Nachwuchses am Herzen liegt. Dann aber wurde mir der Arbeitstitel für Deine Festschrift mitgeteilt, und der hiess: „*Recht des ländlichen Raums*“. Zwar gehört auch dieses Recht zum Lehrangebot der juristischen Fakultäten, wo die juristische Elite gefördert werden soll. Dennoch schien mir, dass die Herausgeber Deiner Festschrift etwas anderes von mir erwarten würden als einen zusätzlichen Aufsatz zur universitären Eliteförderung. Deshalb habe ich mich, um Dir mit einem Beitrag zu Deinem sechzigsten Geburtstag zu gratulieren, nach einem Thema umgesehen, das besser zum mitgeteilten Arbeitstitel passen könnte.

[192] Einige Themen, die ein Schuldrechtler zu bewältigen vermag, hätten perfekt gepasst. So habe ich zunächst über die Besonderheiten der Viehverstellung, die Beendigung der landwirtschaftlichen Pacht und über ähnliche Probleme des ländlichen Rechts nachgedacht. Während ich dies aber tat, kamen mir „nebenher“ *drei Rechtsfälle aus der bundesgerichtlichen Praxis* in den Sinn, die zwar nicht das spezielle „Recht des ländlichen Raums“ betreffen, sich jedoch im ländlichen Raum ereignet haben. Nach einer extensiven Interpretation des Arbeitstitels, den ich eher als Richtungsweiser denn als starres Korsett verstand, bin ich schliesslich bei diesen drei Fällen hängen geblieben:

Es handelt sich um eine Trilogie von Schadensfällen, die mit bäuerlicher Hilfeleistung (also mit „Bauernhilfe“) zu tun und überdies gemeinsam haben, dass sich den angerufenen Richtern die Frage stellte, ob ein Bauer, der die Hilfe seines Knechts (Fall 1), seines Nachbarn (Fall 2) oder seines Besuchers (Fall 3) in Anspruch nahm, für den Schaden aufzukommen habe, den der Knecht, der Nachbar oder Besucher bei seiner Hilfeleistung erlitt. Im Folgenden schildere ich zunächst die drei Fälle mit den jeweiligen Erwägungen des Bundesgerichts², dann kommentiere ich die höchstgerichtlichen Urteile; dies ganz auf die Art, wie es ein Schuldrechtler zu tun pflegt, wenn er sich seines juristischen Handwerkszeugs bedient.

* Mein Assistent lic. iur. FABIAN WÄGER hat den Text korrigierend durchgesehen und die Zitate kontrolliert. Ihm danke ich herzlich für diese wertvolle Mitarbeit.

¹ PAUL RICHLI, in: Festschrift für Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 203 ff.

² Dabei werde ich die Entscheide verkürzt und sinngemäss wiedergeben.

Die drei Fälle

1. Im **ersten Fall** (BGE 48 II 487 ff.) ging es um einen Bauern und seinen Knecht, der seinen Meister bei der Verfolgung von Holzdieben begleitet hatte. Die Geschichte begann am Abend des 22. November 1920.

a. Am besagten Abend *bemerkte der Bauer, dass in seinem Walde Holz gestohlen wurde*. Er weckte den Knecht, der bei ihm als Melker angestellt war, und veranlasste ihn, mit ihm in den Wald zu kommen, um nach den Dieben zu sehen. Dort trafen der Bauer und sein Knecht auf drei Männer, die im Begriffe waren, auf einem Karren Holz wegzuführen, stiessen den Karren um und versetzten den zwei Burschen, die daneben einhergingen, einige [193] Schläge, worauf der Dritte der Diebe, die alle unerkant entkamen, dem Knecht mit einem Messer ins linke Auge stach, das sofort ausrann und später durch ein Kunstauge ersetzt wurde. Für den daraus entstandenen Schaden belangte der Knecht nebst einer Versicherung auch seinen Meister auf Ersatz. Das Obergericht Luzern wies die Schadenersatzklage gegen den Bauern ab, weil diesem „bei der Verfolgung der Holzdiebe keine Verletzung der ihm als Dienstherrn zum Schutze seines Arbeiters obliegenden Sorgfalt zur Last falle und eine Haftung aus einem anderen Rechtstitel nicht in Betracht komme“.

b. Das *Bundesgericht*, an das der Fall mit Berufung weiter gezogen wurde (BGE 48 II 487 ff.), kommt zu einem anderen Ergebnis. Es widerspricht der Auffassung der Vorinstanz, wonach der Knecht bei der gemeinsamen Verfolgung der Diebe in Erfüllung seines Dienstvertrages gehandelt hat. Vielmehr habe er, indem er der Aufforderung des Bauern, ihn bei der Feststellung und Verfolgung der Diebe in seinen Wald zu begleiten, einen vom Dienstvertrag (heute: Einzelarbeitsvertrag) unabhängigen Auftrag angenommen, weshalb ein unentgeltliches Mandatsverhältnis zwischen ihm und seinem Meister entstanden sei. Aus dem genannten Auftragsverhältnis aber ergebe sich die Pflicht des Bauern, den hilfreichen Knecht für den erlittenen Schaden in billiger Weise zu entschädigen, und zwar unbekümmert darum, dass den beklagten Bauern kein Verschulden treffe.

Für diese Schlussfolgerung kann das Bundesgericht sich freilich nicht auf den Gesetzestext des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) berufen. Vielmehr sieht der einschlägige Art. 402 Abs. 2 OR eine Schadenersatzpflicht des Auftraggebers für den Schaden, der dem Beauftragten aus der Erfüllung des Auftrages entsteht, nur bei Verschulden des Auftraggebers vor. Das ist dem Bundesgericht denn auch bewusst. Doch verweist es auf Art. 422 Abs. 1 OR, der den Geschäftsherrn bei der echten und berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag³ verpflichtet, für den vom auftragslosen Geschäftsführer erlittenen Schaden nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten, ohne dass hierfür ein Verschulden des Haftpflichtigen vorausgesetzt ist. Unter Verweis auf Art. 1 ZGB erklärt das Gericht, dass die kausale Schadenersatzregel des Art. [194] 422 Abs. 1 OR sinngemäss auch für unentgeltliche Aufträge gelte. Zur Begründung führt es aus:

Die im Vergleich zu Art. 422 Abs. 1 OR weniger strenge (weil verschuldensabhängige) Haftung des auftragsrechtlichen Art. 402 Abs. 2 OR ist zwar „gerechtfertigt, wo es sich um entgeltliche Mandate handelt; denn wer ein Geschäft gegen Vergütung übernimmt, übernimmt damit auch das Risiko, das notwendig mit der Ausführung eines Geschäftes verbunden ist. Bezieht sich das Mandat jedoch auf ein rein altruistisches Geschäft, dann verlangt es die Billigkeit mindestens ebenso sehr wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, dass der Auftraggeber dessen Risiko ganz oder teilweise trage. Denn ‘es ist billig, dass niemandem die Erfüllung einer Pflicht, die er altruistisch und nicht eigenen Vorteils wegen übernommen hat, nachteilig sei’ (C. CHR. BURCKHARDT, Die Revision des Schweiz. OR im Hinblick auf das

³ Vgl. dazu unten im Text Ziff. 4.

Schadenersatzrecht, ZSR 44, S. 409). Wenn daher Art. 402 OR eine solche weitergehende Haftung des Mandanten für zufällige Schadensereignisse bei rein altruistischen Mandatsverhältnissen nicht vorsieht, während Art. 422 OR eine solche Haftung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag statuiert, so kann es sich um nichts anderes als um ein Versehen des Gesetzes handeln, das zu korrigieren gemäss Art. 1 ZGB Sache des Richters ist. Danach soll der Mandant dem Beauftragten ähnlich wie der Geschäftsherr nach Art. 422 OR nach richterlichem Ermessen für den Schaden ersatzpflichtig sein, den dieser bei der Ausführung eines unentgeltlich, rein altruistisch übernommenen Mandates ... erlitten hat.“

2. Im zweiten Fall (BGE 61 II 95 ff.) ging es um zwei benachbarte Bauern, von denen der eine beim Schütteln eines Birnbaums verunfallt war. Der Unfall ereignete sich am 28. September 1932.

a. Am besagten Tag *bat der erste Bauer den zweiten, für ihn einen Birnbaum zu schütteln*; er selbst könne wegen Schwindels nicht mehr auf Bäume steigen. Der Angesprochene, der das benachbarte Bauerngewerbe bewirtschaftete, entsprach diesem Begehren. Beim Schütteln brach ein grosser Ast, und der hilfreiche Nachbar, der auf dem Aste stand, stürzte vom Baum. Er erlitt schwere Verletzungen. Für den daraus entstandenen Schaden belangte er nebst einer Versicherung den Bittsteller auf Ersatz. Seine Schadenersatzklage gegen den Bauern, der ihn um die Dienstleistung gebeten hatte, wurde [195] zweitinstanzlich vom Obergericht Thurgau abgewiesen, im Wesentlichen mit der Begründung, dem Beklagten könne nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens kein Verschulden vorgeworfen werden, weshalb eine Haftung abzulehnen sei, ob man nun annehme, dass zwischen den Parteien ein Dienstvertrag (heute: Einzelarbeitsvertrag) oder ein Auftragsverhältnis bestanden habe.

b. Das *Bundesgericht als Berufungsinstanz* (BGE 61 II 95 ff.) verneint, gestützt auf die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, ein Verschulden des beklagten Bauern, was sowohl eine Deliktshaftung aus Art. 41 OR als auch eine solche aus Dienstvertrag (Einzelarbeitsvertrag) von vorneherein ausschliesse. Denn da der Baum und der abgebrochene Ast nicht etwa morsch, sondern gesund gewesen seien, fehle es an einer besonderen Gefahr, die über das mit dem Besteigen jeden Baumes verbundene und als solches auch dem Kläger ohne weiteres erkennbare Risiko hinausgegangen wäre und den Beklagten zur Erteilung besonderer Warnungen und Verhaltensmassregeln verpflichtet hätte. Zudem (so fährt das Bundesgericht weiter) könne keine Rede davon sein, dass zwischen den Parteien ein Dienstvertrag bestanden habe. Vielmehr müsse die Übertragung der Arbeit, den Baum zu schütteln, nach den gesamten Umständen als einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR) betrachtet werden.

Dem Gesagten zufolge lehnt also das Bundesgericht die Annahme eines Dienstvertrages ab, qualifiziert indes das Rechtsverhältnis, das zwischen den Parteien hinsichtlich des Baumschüttelns bestand, als einfaches Auftragsverhältnis. Und das wiederum ist für den Fortgang seiner Erwägungen entscheidend. Denn in Bestätigung des BGE 48 II 490 ff. (Fall 1) hält das Bundesgericht jetzt fest, dass der Wortlaut des auftragsrechtlichen Art. 402 Abs. 2 OR eine Ersatzpflicht des Auftraggebers für den Schaden, der dem Beauftragten aus dem Auftrag erwachse, zwar nur bei Verschulden des Mandanten zulasse, diese Regelung sich jedoch bloss auf das entgeltliche Mandat beziehe. Beim unentgeltlichen Mandat hingegen habe der Auftraggeber dem Beauftragten seinen Schaden nach richterlichem Ermessen zu ersetzen, wie dies Art. 422 OR für die Geschäftsführung ohne Auftrag bestimme, da es offensichtlich auf ein nach Art. 1 ZGB zu korrigierendes Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen sei, wenn der Beauftragte beim unentgeltlichen Auftrag schlechter gestellt werde als der Geschäftsführer ohne Auftrag, [196] während doch der innere Grund, aus dem der Letztere einen Schadenersatzanspruch haben solle, wo es die Billigkeit erheische, auch beim unentgeltlichen Auftrag

zutreffe; denn in beiden Fällen handle es sich um die Übernahme eines rein altruistischen Geschäftes.

Gestützt auf diese Erwägungen kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass (entgegen der Auffassung der Vorinstanz) eine Ersatzpflicht des schuldlosen Beklagten grundsätzlich zu bejahen wäre, falls der Kläger keinen Anspruch auf Entgelt haben sollte. Wie es sich freilich mit der Frage der Entgeltlichkeit des konkreten Auftrages verhalte, bedürfe noch der Abklärung, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werde. Je nach dem Ergebnis ihrer Abklärungen werde dann die Vorinstanz auch die Höhe des zu ersetzenden Schadens zu ermitteln und nach ihrem Ermessen den Anteil festzusetzen haben, zu dessen Ersatz der Beklagte verpflichtet sei.

3. Im dritten Fall (BGE 129 III 181 ff.) ging es um einen Bauern und seinen Besucher, der bei einer Hilfeleistung verunfallt war. Der Unfall ereignete sich am Nachmittag des 1. März 1997.

a. Am besagten Nachmittag begab sich der Besucher zum Hof des Bauern, um dort ein Kalb zu besichtigen, das er eventuell übernehmen wollte. *Im Laufe dieses Besuches wurde er vom besuchten Bauern veranlasst, ihm bei der Umplatzierung eines schweren Rundholzes behilflich zu sein.* Das Rundholz, das in einer Baugrube stand, sollte mit Hilfe eines vom Bauern gelenkten Baggers bewegt werden. Zu diesem Zweck bestieg der Besucher eine in die Baugrube gestellte Leiter, von wo aus er eine an der Schaufel des Baggers befestigte Kette um das Holz legen sollte. Bevor es dazu kam, stürzte er von der Leiter und verletzte sich schwer. Für die daraus erlittenen Nachteile beklagte er den Bauern auf Leistung von Schadenersatz und Genugtuung. Das Kantonsgericht St. Gallen wies die Klage zweitinstanzlich ab, da einerseits zwischen den Parteien kein Vertrag geschlossen worden sei und andererseits das Verhalten des Beklagten oder die ihm allfällig vorwerfbareren Unterlassungen für den Sturz des Klägers oder dessen Verletzungen nicht ursächlich gewesen seien. Für das Zustandekommen eines Vertrages habe es, wie vom erstinstanzlichen Bezirksgericht festgestellt, an einem erklärten Rechtsbindungswillen der Parteien gefehlt, weshalb ein blosses Gefälligkeitsverhältnis vorgelegen habe.

b. [197] *Das Bundesgericht* als Berufungsinstanz (BGE 129 III 182 ff.) deckt die Auffassung der kantonalen Gerichte, wonach das Verhältnis zwischen den Parteien ein blosses Gefälligkeitsverhältnis war. Es erinnert an BGE 116 II 695 ff., worin es erklärt hat, dass auch im Bereich der Arbeitsleistungen unverbindliche Gefälligkeiten vorkommen, die keine Vertragsbindung entstehen lassen und namentlich zu keiner Vertragshaftung des Leistenden bei Nicht- oder Schlechterfüllung führen. Mit einer gewissen Berechtigung berufe der Kläger sich zwar auf BGE 61 II 95 ff. (Fall 2), wo das Bundesgericht vom Bestand eines Auftragsverhältnisses ausgegangen sei, um dann in Übereinstimmung mit einem früheren Urteil (BGE 48 II 487 ff.; Fall 1) festzustellen, dass die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR auf den unentgeltlichen Auftrag sinngemäss zur Anwendung komme. Indes rechtfertige es sich, diese Regel, wonach der Geschäftsherr für den Schaden des auftragslosen Geschäftsführers nach Ermessen des Richters haften soll, analog auch auf Gefälligkeitsverhältnisse ohne Rechtsbindungswillen anzuwenden. Denn die Regel beruhe auf dem sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültigen Prinzip, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Arbeit von jenem zu tragen sei, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt werde. Die darin vorgesehene Haftung, die weder ein Verschulden noch ein schadensursächliches Verhalten des Ersatzpflichtigen voraussetze, greife allerdings nur dann, wenn sich „das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko“ verwirkliche, während sie bei so genannten „Zufallsschäden“, in denen sich

„das allgemeine Lebensrisiko“ (nicht „das besondere Tätigkeitsrisiko“) realisiere, zu verneinen sei.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kommt das Bundesgericht für den konkreten (dritten) Fall zum Schluss, dass nach richterlichem Ermessen (unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände) zu entscheiden sei, ob und in welcher Höhe ein Schadenersatzanspruch des verunfallten Besuchers bestehe. Diesen Entscheid fällt das Bundesgericht jedoch nicht selber, sondern überlässt ihn der kantonalen Vorinstanz, an die es die Sache zur Neuurteilung zurückweist.

Ein Kommentar

4. [198] Die bundesgerichtlichen Urteile zu allen drei Fällen nehmen auf **die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR** Bezug, die den Geschäftsherrn verpflichtet, dem Geschäftsführer, der ohne seinen Auftrag gehandelt hat, „für anderen Schaden ... nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten“. Diese Regel ist erst mit der Revision des Obligationenrechts von 1911 in das Gesetz eingefügt worden.⁴ Sie verschafft dem auftragslosen Geschäftsführer, der ein fremdes Geschäft besorgt (Art. 419 OR), einen vom Ermessen des Richters abhängigen Schadenersatzanspruch, welcher zu den übrigen Ansprüchen (auf Verwendungsersatz und auf Befreiung von den übernommenen Verbindlichkeiten) hinzutritt, die Art. 422 Abs. 1 OR dem Geschäftsführer einräumt (vgl. BGE 129 III 185). Mit der Einfügung der neuen Regel in das Gesetz beabsichtigte man, „wie der Referent in der Expertenkommission vom 19. Oktober 1908 (Seite 9 des Protokolls) ausführt ..., eine Erweiterung der Ansprüche des Geschäftsführers ..., die zwar im Widerspruch zu einer gemeinrechtlichen Theorie stehe, jedoch der Billigkeit entspreche“ (BGE 48 II 491).

Die Bestimmung des Art. 422 OR steht im Titel über „die Geschäftsführung ohne Auftrag“, die in verschiedenen Erscheinungsformen vorkommt. Art. 422 OR und damit auch die Schadenersatzregel seines ersten Absatzes gelten jedoch nicht für alle Erscheinungsformen. Vielmehr betreffen sie ausschliesslich die *echte und berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag*⁵. Deren besondere Merkmale bestehen darin, dass der auftragslose Geschäftsführer das fremde Geschäft (erstens) im Interesse des Auftraggebers (Art. 422 Abs. 1 OR) besorgt, dass die Geschäftsführung (zweitens) durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten ist (Art. 422 Abs. 1 OR) und dass der Geschäftsführung (drittens) kein wirksames Einmischungsverbot entgegensteht (Art. 420 Abs. 3 OR). Fehlt es an der ersten Voraussetzung, so liegt eine *unechte* Geschäftsführung ohne Auftrag vor (Art. 423 OR); fehlt es [199] nur an der zweiten oder dritten Voraussetzung, so ist die zwar echte Geschäftsführung *unberechtigt*; in all diesen Fällen bleibt Art. 422 OR aus dem Spiel.

Das erste Merkmal, wonach das fremde Geschäft *im Interesse des Auftraggebers* besorgt wird, beinhaltet auch ein subjektives Element. Danach handelt der Geschäftsführer im Bewusstsein und mit dem Willen, ein fremdes Geschäft zu führen, „also einen Erfolg anzustreben, der einer andern Person zugute kommen soll“.⁶ Dieser „Fremdgeschäftsführungswille“ ist für das Vorliegen einer echten Geschäftsführung ohne Auftrag und damit auch für die Anwendung des Art. 422 Abs. 1 OR mit der darin enthaltenen Schadenersatzregel unentbehr-

⁴ Zur Entstehungsgeschichte vgl. JÖRG SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Bd. 116, Freiburg 1992, Nr. 512 mit Anm. 590.

⁵ BGE 129 III 184 (Fall 3) spricht stattdessen von „fremdnütziger, echter“ Geschäftsführung ohne Auftrag.

⁶ JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 4, Nr. 193.

lich.⁷ Der Beweggrund, weshalb der Geschäftsführer mit dem erwähnten Willen handelt, ist diesbezüglich jedoch ohne Belang, was bedeutet, dass Art. 422 Abs. 1 OR bei gegebenen Voraussetzungen auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Geschäftsführer die Geschäftsbesorgung im Hinblick auf einen eigenen Vorteil (z.B. in der Hoffnung auf eine Belohnung) unternimmt.⁸ Ja sogar dann, wenn der Geschäftsführer das fremde Geschäft *auch* im eigenen Interesse besorgt, also mit der Absicht, dass ihm der Erfolg der Geschäftsführung ebenfalls zugute komme, bleibt es bei der Anwendung des Art. 422 Abs. 1 OR, jedenfalls so lange, als das verfolgte Eigeninteresse nicht überwiegt.⁹

5. Die Pflicht des Geschäftsherrn, den Schaden des auftragslosen Geschäftsführers nach Massgabe des Art. 422 Abs. 1 OR zu ersetzen, hat quasikontraktlichen, nicht deliktischen Charakter.¹⁰ Sie ist aber eine *echte* Schadenersatzpflicht, die sich auf den Ausgleich einer unfreiwilligen Vermögensverschlechterung richtet¹¹, obwohl Art. 422 Abs. 1 OR sie durch den [200] Gebrauch des Ausdrucks *anderer* Schaden sprachlich in die Nähe des im gleichen Absatz geregelten Verwendungsersatzes rückt. Da sie nicht vom Verschulden des Geschäftsherrn abhängt, handelt es sich bei ihr um eine kausale Haftpflicht (BGE 48 II 491 und 129 III 184). Diese beruht auf der Überlegung, dass der Geschäftsherr, wenn der Geschäftsführer schon in dessen Interesse tätig wird, auch am Schadensrisiko teilhaben soll, das dem Geschäftsführer aus den damit verbundenen Gefahren erwächst, soweit dies der Billigkeit entspricht. Insofern kann die verschuldensunabhängige Haftung des Geschäftsherrn, die eine „Billigkeitshaftung“ ist, auch als „Risikohaftung“ (BGE 129 III 184) bezeichnet werden. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie in jedem Fall einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Geschäftsbesorgung und dem eingetretenen Schaden voraussetzt. Im Übrigen sind die folgenden **Einschränkungen** zu beachten:

a. Die *erste Einschränkung* ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 422 Abs. 1 OR, wonach der Geschäftsherr dem Geschäftsführer „nach Ermessen des Richters“ Schadenersatz zu leisten hat. Damit stellt das Gesetz es – ähnlich wie bei der Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen (Art. 54 OR) – in das Ermessen des Richters, *ob* und allenfalls *in welchem Umfang* der Geschäftsherr zum Ersatz des vom Geschäftsführer erlittenen Schadens verpflichtet ist. Dass der Richter nach der Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR nicht erst über die *Höhe* einer Schadenersatzpflicht, sondern schon über deren *Bestand* nach seinem Ermessen zu entscheiden hat, wird in BGE 129 III 185 (Fall 3) bestätigt. Somit ist der Umstand, dass der Geschäftsführer infolge seiner Geschäftsbesorgung zu Schaden kommt, kein Grund, der automatisch zu einer Haftung des Geschäftsherrn führt. Vielmehr liegt es im Ermessen des Richters, hierüber zu befinden und, falls er die Haftung dem Grundsatz nach bejaht, die Höhe des geschuldeten Ersatzes zu bestimmen. Dadurch unterscheidet sich Art. 422 Abs. 1 OR von der

⁷ Vgl. JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 4, Nr. 206 f., mit Hinweis auf andere Lehrmeinungen.

⁸ Vgl. JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 4, Nr. 213.

⁹ Vgl. JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 4, Nr. 217 ff., mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ Vgl. JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 4, Nr. 400 ff.

¹¹ Dazu gehört nach JÖRG SCHMID (zit. in Fn. 4) aber nicht auch ein entgangener Verdienst, den zu erwerben der Geschäftsführer während der Geschäftsbesorgung versäumt hat (Nr. 511). Dagegen will dieser Autor den „immateriellen Schaden“ in den Haftungsbereich des Art. 422 Abs. 1 OR einschliessen, die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR also auf Genugtuungsansprüche ausdehnen (Nr. 529; so z.B. auch PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 5351).

auftragsrechtlichen Regel des Art. 2000 CCfr., die sinngemäss auf die französische „gestion d'affaires“ zur Anwendung gelangt¹² und die bestimmt: „Le mandant doit ... indemniser le [201] mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.“

Indem die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR (anders als der soeben zitierte Art. 2000 CCfr.) auf das Ermessen des Richters abstellt, weist sie das jeweils angerufene Gericht an, seine Entscheidung über Bestand und Umfang der Schadenersatzpflicht „nach Recht und Billigkeit zu treffen“ (Art. 4 ZGB), was besagt, dass alle für den Entscheid erheblichen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Um *welche* konkreten Umstände es sich dabei handelt, lässt sich nur exemplifikatorisch sagen. „In der Lehre erwähnt werden etwa die Art der auf dem Spiele stehenden Interessen, das Verhältnis der mit der Tätigkeit zu wahrenen Werte zum erkennbaren Risiko, ein allenfalls von einer der Parteien zu vertretendes Gefährdungspotential und deren Vermögenslage“ (BGE 129 III 185, mit Zitaten). Als zusätzliche Beispiele beizufügen sind namentlich die Motive, die den Geschäftsführer zum Handeln in fremdem Interesse bewegt haben, und die mögliche Tatsache, dass er das fremde Geschäft auch im eigenen Interesse besorgt hat (Ziff. 4 a.E.). Solche und weitere Umstände gehören zu den Entscheidkriterien, die der Richter im gesamten Kontext des konkreten Falles würdigen muss.

b. Die *zweite Einschränkung*, die der ersten „logisch“ vorausgeht, ergibt sich aus der neueren Rechtsprechung. Nach dem zu Fall 3 zitierten Entscheid des Bundesgerichts beschränkt sich die Haftung des Geschäftsherrn von vorneherein auf Schäden, in denen sich „das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko“ realisiert, während „eine Haftung zu verneinen“ ist, „falls sich nicht das besondere Tätigkeitsrisiko, sondern das allgemeine Lebensrisiko“ des Geschädigten verwirklicht (BGE 129 III 184 f.). Damit fruktifiziert das Bundesgericht einen Rechtsgedanken, der in der deutschen Lehre und Rechtsprechung an Gewicht gewonnen hat¹³: dass es nämlich Risiken geben soll, die mit unserem Leben so allgemein verbunden sind, dass der Geschädigte [202] sie im Verhältnis zu einem allenfalls Haftpflichtigen selber tragen müsse.¹⁴ Indem das Gericht diesen Gedanken auf die Schadenersatzhaftung des Geschäftsherrn nach Art. 422 Abs. 1 OR überträgt, verwendet es das „allgemeine Lebensrisiko“ als negatives Zurechnungsmoment und damit als Element der Haftungsbegrenzung, was in meiner Beurteilung auf Bedenken stösst. Denn:

- Einerseits steht fest, dass sich eine „festgefügte und dogmatisch scharf abgrenzbare Gruppe“ von Risiken, die dem „allgemeinen Lebensrisiko“ zugehören, auch im Herkunftsland dieser Rechtsfigur „noch nicht“ hat „herausarbeiten lassen“.¹⁵ Das ist denn auch nicht erstaunlich, da der Begriff brauchbarer Konturen entbehrt¹⁶, ja nicht einmal

¹² ERWIN JOST, Geschäftsführung ohne Auftrag und Erfüllung einer Nichtschuld als Quasikontrakte im französischen Zivilrecht, Bielefeld 1970, S. 121.

¹³ Vgl. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, Schadenersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, S. 145 ff.; ausführlich: MATTHIAS MÄDRICH, Das allgemeine Lebensrisiko, Berlin 1980. In der Schweiz wurde die Lehre vom „allgemeinen Lebensrisiko“ bis anhin noch nicht eingehend abgehandelt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Band II, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 2759).

¹⁴ Vgl. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, zit. in Fn. 13, S. 146.

¹⁵ HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, zit. in Fn. 13, S. 148.

¹⁶ Vgl. dazu auch unten Ziff. 8 lit. b., letzter Absatz.

geklärt ist, ob das „allgemeine Lebensrisiko“, von dem gesprochen wird, von Personen-
gruppe zu Personengruppe variiert¹⁷. Dementsprechend ist es ein gewagtes Unterfangen,
einem solchen Begriff höchstgerichtliche Bedeutung für das schweizerische Recht zuzu-
sprechen, und dies notabene mit Blick auf eine einzelne Haftungsnorm, ohne dass die
Tragweite der getätigten Anleihe für das gesamte (vernetzte) System des schweizerischen
Haftungsrechts ausgeleuchtet oder auch nur der Versuch unternommen wird, die Krite-
rien aufzuzeigen, welche das „allgemeine Lebensrisiko“ ausmachen¹⁸. Dass das Bundes-
gericht das „besondere Tätigkeitsrisiko“ als Komplementärbegriff verwendet, vermag
daran nichts zu ändern. Denn [203] was ein „besonderes Tätigkeitsrisiko“ ist, lässt sich
erst sagen, wenn eine Vorstellung darüber besteht, welche Risiken dem „allgemeinen
Lebensrisiko“ unterfallen.¹⁹ Ob das Bundesgericht hierüber eine präzise Vorstellung hat,
kann dem Entscheid nicht entnommen werden. Auch leistet sein Verweis auf die Gedan-
ken einer deutschen Abhandlung²⁰ noch keine Gewähr, dass es selber gedacht hat; dies
umso weniger, als seine Erwägungen keine sachliche Begründung dafür liefern, weshalb
das „allgemeine Lebensrisiko“ vom Geschädigten selber zu tragen sei, obwohl es doch
gerade die sachliche Begründung ist, die einem gerichtlichen Standpunkt Überzeugungs-
kraft verleiht.

- Andererseits habe ich bereits erwähnt, dass die Risikohaftung des Geschäftsherrn nach Art.
422 Abs. 1 OR einen *adäquaten* Kausalzusammenhang zwischen der Geschäftsbesorg-
ung und dem vom Geschäftsführer erlittenen Schaden voraussetzt. Mangelt es im kon-
kreten Schadensfall an der kausalen Adäquität, so ist eine Haftung schon deshalb zu ver-
neinen. Alsdann bedarf es keines Rückgriffs auf die Figur des „allgemeinen Lebensrisi-
kos“, um das ohnehin feststehende Ergebnis zu begründen. Die Figur ist insoweit ent-
behrlich, und zwar unbekümmert darum, inwieweit sich der Gedanke des „allgemeinen
Lebensrisikos“ mit dem Adäquanzkriterium deckt²¹.

Ist indes das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs im konkreten Fall er-
füllt, so liegt der Entscheid, ob der Geschäftsherr für den Schaden des Geschäftsführers
einstehen muss oder nicht, im Ermessen des Richters (Ziff. 5 lit. a). Für diesen Ermes-
sensentscheid, den Art. 422 Abs. 1 OR dem Richter überträgt, kann es durchaus eine Rol-
le spielen, ob der Schaden auf einer mit der Geschäftsbesorgung verbundenen spezifi-

¹⁷ Vgl. KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987,
S. 448. Beachte aber HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, zit. in Fn. 13, S. 147, wonach in der deut-
schen Rechtsprechung von einem „allgemeinen Lebensrisiko“ auch hinsichtlich solcher Risiken die Rede
ist, die nur bestimmte Personengruppen wie Polizei- und Rettungsdienste betreffen.

¹⁸ Diesbezüglich wäre das Bundesgericht wohl auch überfordert gewesen, da man solche Kriterien überhaupt
noch nicht gefunden hat (ERWIN DEUTSCH, Das „allgemeine Lebensrisiko“ als negativer Zurechnungs-
grund, in: Festschrift für Günther Jahr, Tübingen 1993, S. 265). Auch WALTER FELLMANN, der im Berner
Kommentar 1992 (N 190 f. zu Art. 402 OR) den Begriff des „allgemeinen Lebensrisikos“ schon vor BGE
129 III 181 ff. verwendet hat, unterlässt es, den Begriff durch Benennung der massgeblichen Kriterien zu
präzisieren.

¹⁹ Vgl. MATTHIAS MÄDRICH, zit. in Fn. 13, S. 17.

²⁰ Das Bundesgericht zitiert CLAUS-WILHELM CANARIS, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in
fremdem Interesse, in: Recht der Arbeit, 1966, S. 43. Deutsche Autoren, die dem negativen Zurechnungs-
kriterium des „allgemeinen Lebensrisiko“ kritisch gegenüberstehen (z.B. KARL LARENZ, zit. in Fn. 17, S.
448 f.), werden im Entscheid nicht aufgeführt.

²¹ Vgl. dazu HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, zit. in Fn. 14, S. 448.

schen Gefahr beruht oder das in Frage stehende Schadensrisiko weder durch die Art der Geschäftsbesorgung noch durch die besonderen [204] Umstände, unter denen sie auszuführen war, in erheblicher Weise erhöht wurde. Aber auch insofern ist die Figur des „allgemeinen Lebensrisikos“ entbehrlich. Dazu kommt ein Weiteres:

Der generelle Vorbehalt, wonach das „allgemeine Lebensrisiko“ mit dem zugehörigen Schaden des Geschäftsführers vom Haftungsbereich des Art. 422 Abs. 1 OR ausgeschlossen sei, lässt die Tatsache unberücksichtigt, dass es eben doch auf der Geschäftsbesorgung beruht, wenn und auf welche Weise sich im konkreten Fall ein derartiges Risiko verwirklicht.²² Vor allem aber greift der Vorbehalt in das Ermessen ein, das der Gesetzgeber dem Richter zur Erzielung einer grösstmöglichen Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt hat. Dass sich das richterliche Ermessen auf Schadensfälle beschränken würde, in denen sich ein „besonderes“ (der Geschäftsbesorgung eigentümliches) „Tätigkeitsrisiko“ realisiert, während der Geschäftsherr für andere Schäden von vorneherein nicht aufzukommen hätte, lässt sich weder dem Gesetztext noch den Materialien²³ entnehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber, als er die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR aus Gründen der Billigkeit (Ziff. 4) schuf, bewusst eine offene Lösung gewählt, indem er es *ohne Unterscheidung verschiedener Risiken* in das am Einzelfall ausgerichtete Ermessen des Richters stellte, ob und inwieweit der Geschäftsherr für einen Schaden des Geschäftsführers haften soll.²⁴ Das ist zu betonen gegenüber der höchstgerichtlichen Interpretation in BGE 129 III 184, wo das Bundesgericht den gesetzlichen Grund für die Risikohaftung des Geschäftsherrn so verstehen möchte, dass er nur die besonderen Risiken des Geschäftsführers abdeckt, die sich aus der spezifischen Schadensgeneigtheit der Geschäftsbesorgung ergeben.²⁵ Diese einengende Interpretation des Haftungsgrundes [205] mag durch eine Rechtsauffassung in Deutschland inspiriert sein²⁶, während die französische Auslegung des in Ziff. 5 lit. a zitierten Art. 2000 CCfr. (der in BGE 48 II 492 immerhin noch

²² Vgl. dazu KARL LARENZ, zit. in Fn. 17, S. 448.

²³ Revision des schweiz. Obligationenrechts, Protokolle der Expertenkommissionen vom Mai 1908, Oktober 1908 und März 1909, S. 9; StenBull NR 19 (1909), S. 709 und 716. In der Botschaft (BBl 1905 II 1 ff.) und ihrem Nachtrag (BBl 1909 III 725 ff.) wird die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR nicht erläutert.

²⁴ Vgl. die in Fn. 23 zitierten Stellen aus den Materialien.

²⁵ Nach BGE 129 III 184 besteht der Grund für die Risikohaftung des Geschäftsherrn nicht nur darin, dass der Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn tätig wird, „sondern gegebenenfalls auch [im] Umstand, dass sich der Geschäftsführer dabei in Gefahr begibt“, worunter das Bundesgericht im Kontext seiner Erwägungen eine besondere Gefahr versteht, die der Geschäftsbesorgung immanent ist. Anders verstanden hätte die bundesgerichtliche Erwähnung des betreffenden Umstandes auch gar keinen Sinn. Denn wenn der Geschäftsführer einen Schaden aus der Geschäftsbesorgung erleidet, kann immer gesagt werden, dass er sich in Gefahr begeben hat, da jedem Schaden eine Gefahr der Schädigung vorausgeht, weshalb die betreffende Tätigkeit gefährlich war.

²⁶ In Deutschland beruht die verschuldensunabhängige Haftung des Geschäftsherrn für den Schaden des Geschäftsführers nicht auf einer gesetzlichen Anordnung, die auf das Ermessen des Richters verweist; vielmehr ist sie ein aussergesetzliches Konstrukt der dortigen Lehre und Rechtsprechung, die den Geschäftsherrn für Schäden einstehen lassen, welche „aus einer mit der Geschäftsführung typischerweise verbundenen Gefahr“ entstanden sind (vgl. JAUERNIG/MANSEL, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., München 2004, N 7 zu § 684 BGB). Das Bundesgericht nimmt keinen Bezug auf diese unterschiedliche Gesetzeslage, zitiert aus der deutschen Lehre aber CLAUS-WILHELM CANARIS, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, in: Recht der Arbeit, 1966, S. 41 ff., insbesondere S. 43.

erwähnt wurde) in eine andere Richtung weist²⁷. Dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers, der in der Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR auf die richterliche Fähigkeit zum flexiblen Umgang mit den Bedingungen des Einzelfalls gesetzt hat, entspricht die derzeitige Sicht des Bundesgerichts (BGE 129 III 184) jedenfalls nicht. Und auch aus den früheren Entscheiden zu Fall 1 und Fall 2 lässt sich nichts herauslesen, was diese Sicht untermauern würde, obwohl BGE 129 III 184 auf BGE 48 II 491 f. (zu Fall 1) verweist. Wäre es nicht unser höchstes Gericht, das jetzt den Haftungsgrund des Art. 422 Abs. 1 OR in der umschriebenen Weise auslegt, wie sollte sich da nicht der Verdacht einstellen, dass sich einmal mehr bewahrheitet, was ADRIEN TUREL geschrieben hat: „Der [206] Mensch präjudiziert unvermeidbar, was er finden will, und er weigert sich, seine Metrik abzuwandeln“.²⁸

c. Die *dritte Einschränkung* betrifft die erfolglose Geschäftsführung, bei welcher der vom Geschäftsführer beabsichtigte Erfolg ausbleibt. Beruht der Misserfolg darauf, dass der Geschäftsführer nicht „mit der gehörigen Sorgfalt handelte“, so entfallen die Rechte, die Art. 422 Abs. 1 OR dem Geschäftsführer einräumt und damit auch eine mögliche Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn, wie Art. 422 Abs. 1 OR sie vorsieht. Diese Rechtslage ergibt sich aus *Art. 422 Abs. 2 OR*. Liegt die Ursache des Misserfolges dagegen *nicht* in der Unsorgfalt des Geschäftsführers, so bleibt es bei der Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR, wobei das Ausbleiben des Erfolges ein Umstand ist, den der Richter bei seinem Ermessensentscheid über den Bestand und den Umfang der Schadenersatzpflicht (Ziff. 5 lit. a) zu berücksichtigen hat.

Vom Ausbleiben des beabsichtigten Erfolges zu unterscheiden ist die mögliche Konstellation, wonach der Geschäftsführer den von ihm erlittenen Schaden selbst verschuldet hat. Ist das Selbstverschulden derart, dass es den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Geschäftsbesorgung unterbricht, so scheidet eine Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn an der erforderlichen Adäquanz des Zusammenhanges (Ziff. 5). Andernfalls hat der Richter das Selbstverschulden des Geschäftsführers in seinen Ermessensentscheid einzubeziehen, wie dies übrigens auch der Regel des Art. 44 Abs. 1 OR entspricht.

6. In keinem der drei geschilderten Fälle, in denen das Bundesgericht auf die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR Bezug nimmt, ging es um eine Geschäftsführung ohne Auftrag. Auf die **Entscheidung zu den ersten beiden Fällen** (Ziff. 1 und Ziff. 2) möchte ich nun im Einzelnen eintreten:

a. Für beide Fälle (Fall 1 und Fall 2) hat das Bundesgericht angenommen, dass zwischen den Parteien hinsichtlich der in Frage stehenden Hilfeleistungen (Begleitung beim Verfolgen der Diebe und Schütteln des Birnbaums) *ein einfaches Auftragsverhältnis* und damit ein Vertragsverhältnis entstanden sei (BGE 48 II 490 und BGE 61 II 97). Diese Annahme wirkt indes [207] „konstruiert“, da nach der gerichtlichen Schilderung des jeweiligen Sachverhalts kaum

²⁷ Vgl. CODE CIVIL, Édition Dalloz 2004 (103. Auflage, bearbeitet von George Wiederkehr und Weiteren), wo in Nr. 4 zu Art. 2000 CCfr. ausgeführt wird: „L’art. 2000 ne prévoit pas l’indemnisation des seules pertes exceptionnelles, mais des toutes les pertes essayées par le mandataire à l’occasion des sa gestion.“ Ähnlich PHILIPPE PÉTEL, *Le contrat de mandat*, Édition Dalloz 1994, S. 67: „Ce texte oblige le mandant à réparer tous les préjudices découlant de la mission.“ HEINRICH HONSELL (Die Risikohaftung des Geschäftsherrn, in: Festgabe für Ulrich von Lübtow, Berlin 1980, S. 493) schreibt dagegen, wenn auch ohne Beleg, dass die französische Lehre und Rechtsprechung eine Haftung nach Art. 2000 CCfr. „nur bei gefährlichen Tätigkeiten“ bejahe.

²⁸ Zitiert bei HUGO LOETSCHER, *Lesen statt Klettern*, Zürich 2003, S. 149.

anzunehmen ist, dass die Geschädigten (der Knecht oder der hilfreiche Nachbar) bei und mit der Übernahme ihrer Aufgaben einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen erklärt, sich also zur Mitverfolgung der Diebe oder zum Schütteln des Birnbaumes vertraglich verpflichtet hätten. Viel eher hat, wie in Fall 3, ein Gefälligkeitsverhältnis (ohne Rechtsbindungswillen) vorgelegen.

Wäre aber tatsächlich ein Vertrag zustande gekommen, wie das Bundesgericht unterstellt, so müsste er in Fall 2 als Werkvertrag oder, bei fehlender Entgeltlichkeit, als werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt²⁹ qualifiziert werden. Denn das Schütteln eines Birnbaumes ist eine Arbeit, die, falls sie Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung bildet, mit einem bestimmten Ergebnis geschuldet wird. Ein Auftragsverhältnis hätte demgemäss nicht vorgelegen.

b. Ausgehend von der Annahme eines einfachen Auftrages stand das Bundesgericht in beiden Fällen vor der Schwierigkeit, dass die beklagten Auftraggeber kein Verschulden traf, Art. 402 Abs. 2 OR jedoch ein Verschulden voraussetzt³⁰, damit der Beauftragte Ersatz des aus dem Auftrag erwachsenen Schadens verlangen kann (BGE 48 II 490 und BGE 61 II 97 f.). Statt die jeweiligen Ersatzansprüche zu verneinen, hat das Gericht nun aber auf *die kausale Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR* gegriffen und entschieden, dass diese Regel auf den unentgeltlichen Auftrag sinngemäss zur Anwendung komme. Denn beziehe sich „das Mandat ... auf ein rein altruistisches Geschäft, dann verlange es die Billigkeit mindestens ebenso sehr wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, dass der Auftraggeber dessen Risiko ganz oder teilweise trage“, sei es doch „billig, dass niemandem die [208] Erfüllung einer Pflicht, die er altruistisch und nicht eigenen Vorteils wegen übernommen hat, nachteilig sei“ (BGE 48 II 492, bestätigt durch BGE 61 II 98). Ob im zweiten Fall der angebliche Auftrag unentgeltlich war, wurde vom Bundesgericht allerdings offen gelassen.

Bei der Lektüre der zitierten Erwägungen fällt auf, dass das Bundesgericht die unentgeltliche Übernahme eines Auftrages als „altruistische“ Übernahme eines Geschäftes versteht, ja in Fall 1 sogar von einem „rein altruistischen Geschäft“ spricht. Die Rede vom Altruismus des unentgeltlich Beauftragten erhöht zwar die emotionale Akzeptanz der gerichtlichen Forderung, dass der Auftraggeber „dessen Risiko ganz oder teilweise trage“. Indes gilt es klarzustellen, dass die Unentgeltlichkeit einer vertraglichen Leistung lediglich besagt, der zur Leistung Verpflichtete habe keinen vertraglichen Anspruch auf eine Gegenleistung. Das aber schliesst nicht aus, dass er die unentgeltlich und insofern „altruistisch“ übernommene Verpflichtung auch eines „eigenen Vorteils wegen“ eingegangen ist, der ihn zum Abschluss des Vertrages bewegt hat. Der Sache nach hat dies auch das Bundesgericht erkannt, indem es zu Fall 2 ausführt, dass die Unentgeltlichkeit eines geleisteten Dienstes nicht schon deshalb verneint werden könne, weil er in der Hoffnung erbracht werde, dass der Empfänger Gegenrecht halte (BGE 61 II 99). Ein solches Verhalten, bei dem der Leistende trotz der Unentgeltlichkeit des Geschäftes auf einen eigenen Vorteil bedacht ist, könnte man mit einem Ausdruck aus der

²⁹ Vgl. dazu PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 115 und 318; BGE 127 III 523; 122 III 14 f.

³⁰ Nach Art. 402 Abs. 2 OR haftet der Auftraggeber „dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist“. Die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens obliegt also dem Auftraggeber, der sich durch den Beweis des Nichtverschuldens exkulpieren kann. Dem Verschulden gleichzustellen ist eine Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR. Darauf komme ich im Folgenden nicht mehr zurück, sondern unterstelle es als selbstverständlich.

Verhaltensbiologie als „reziproken Altruismus“ bezeichnen.³¹ Jedenfalls aber steht es einer sinngemässen Anwendung der in Art. 422 Abs. 1 OR enthaltenen Schadenersatzregel auf den unentgeltlichen Auftrag nicht entgegen (vgl. BGE 61 II 99), so wie die Regel ja auch in ihrem ursprünglichen Anwendungsbereich anwendbar bleibt, falls der auftragslose Geschäftsführer das fremde Geschäft im Hinblick auch auf eigene Vorteile geführt hat (Ziff. 4 a.E.). Dass er dies getan hat, ist nur, aber immerhin, ein Umstand, der für den Ermessensentscheid des Richters über den Bestand und den Umfang der Schadenersatzpflicht bedeutsam ist (Ziff. 5 lit. a).

c. [209] Die sinngemässe Anwendung der in Art. 422 Abs. 1 OR enthaltenen Schadenersatzregel, für die das Bundesgericht sich in beiden Entscheiden ausspricht, beruht auf einem *Wertungsentscheid des Gerichts*, das den „inneren Grund“ für diese Regel auch beim unentgeltlichen Auftrag verwirklicht sieht (BGE 61 II 98). Methodisch rechtfertigt das Gericht seinen Analogieschluss mit einem Versehen des Gesetzgebers, der eine entsprechende Schadenersatzregel für den unentgeltlichen Auftrag nicht vorgesehen habe, was nach Art. 1 ZGB durch den Richter zu korrigieren sei (BGE 48 II 492 und 61 II 98). Obwohl das Bundesgericht dies nicht ausdrücklich sagt, scheint es von einer *Lücke des Gesetzes* auszugehen, die es nach Massgabe des Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen gilt.

Dass der Analogieschluss dazu dient, eine Lücke des Gesetzes zu füllen, entspricht zwar der heute herrschenden Meinung.³² Nach der von EUGEN HUBER vertretenen und neuerdings wieder entdeckten³³ Ansicht ist die analoge Gesetzesanwendung jedoch *kein* Anwendungsfall der Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB)³⁴, sondern nichts anderes als Gesetzestreue, wie Art. 1 Abs. 1 ZGB sie verlangt.³⁵ Dieses Gesetzesverständnis, das mich überzeugt, gibt jeder gesetzlichen Norm eine eigene Wirkungsbreite, die sich nicht mit ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich zu decken braucht. Vielmehr ist eine Gesetzesbestimmung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB auch ausserhalb ihres gesetzlichen „Standortes“ anzuwenden, soweit es ihrem Sinn und Zweck entspricht. Wenn es nun aber zutrifft, dass die gesetzliche [210] Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR nach ihrem Sinn und Zweck auf den unentgeltlichen Auftrag zur Anwendung kommt, so muss das Gleiche auch für andere Verträge gelten, die eine Partei zu einer unentgeltlichen Arbeitsleistung verpflichten. Insofern macht es keinen Unterschied, ob man in Fall 2 den angeblich zustande gekommenen Vertrag, sofern er unentgeltlich war, als

³¹ Vgl. JOHN HORGAN, *Der menschliche Geist*, München 2000, S. 256; GERHARD ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, Frankfurt am Main 2001, S. 65; FRANS DE WAAL, *Good Natured*, 3. Aufl., Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1996, S. 135.

³² Vgl. statt vieler ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., Bern 2005, S. 173 ff.

³³ Vgl. z.B. BRUNO HUWILER, *Privatrecht und Methode, recht*, Studienheft 5, S. 14 ff.; ANDREAS ABEGG, *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts*, Diss. Freiburg 2004, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Band 225, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 253 ff.

³⁴ Nach EUGEN HUBER liegt eine Gesetzeslücke nur dann vor, „wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfte“ (EUGEN HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 2. Auflage, Basel 1925, S. 354).

³⁵ Vgl. die Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches (Bern 1914), Band I, S. 36. Dort hält EUGEN HUBER fest, „dass in erster Linie das gesetzte Recht zur Anwendung gebracht werden muss. Und zwar nicht nur soweit sein Wortlaut unmittelbar reicht, sondern auch soweit es in irgendeiner Art von Auslegung oder auf dem Wege der Analogie herangezogen werden kann. Darauf verweist zunächst Abs. 1 des Art. 1.“

unentgeltlichen Auftrag oder als werkvertragsähnlichen Innominatkontrakt qualifiziert (vgl. Ziff. 6 lit. a).

d. Die Unentgeltlichkeit bildet nach beiden Entscheiden eine Voraussetzung dafür, dass die kausale Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR auf den einfachen Auftrag analog zur Anwendung kommt. *Bei entgeltlichen Aufträgen* bleibt es dagegen bei der Verschuldenshaftung des Auftraggebers, wie Art. 402 Abs. 2 OR sie vorsieht. Denn „wer ein Geschäft gegen Vergütung übernimmt“, der übernehme (so argumentiert das Bundesgericht zu Fall 1) „auch das Risiko, das notwendig mit der Ausführung eines Geschäftes verbunden ist“ (BGE 48 II 491 f.). Ob diese „Risikoübernahme“ eine gesetzliche Risikozuteilung ist oder das Bundesgericht an eine vertragliche Übernahmeerklärung des Beauftragten denkt, lässt sich dem zitierten Gerichtssatz nicht entnehmen. Jedenfalls aber wäre das Zweite nichts anderes als eine Fiktion, die keine Rücksicht darauf nimmt, ob der Beauftragte im Einzelfall eine entsprechende Willenserklärung tatsächlich abgegeben hat oder nicht. Auch aus dem Vertrauensprinzip lässt sich eine solche Erklärung nicht ohne weiteres herleiten, und dies schon gar nicht, wenn die Entgeltlichkeit des Auftrages allein auf der Übung beruht (Art. 394 Abs. 3 OR), der Beauftragte sich also keine Vergütung ausbedungen hat.

Im späteren BGE 61 II 95 ff. (Fall 2) verweist das Bundesgericht auf den vorgängigen Entscheid (Fall 1), ohne aber von einer „Risikoübernahme“ zu sprechen. Indes hält es fest, dass sich die Regelung des Art. 402 Abs. 2 OR, wonach den schuldlosen Auftraggeber keine Haftung für den Schaden des Beauftragten trifft, nur auf den entgeltlichen Auftrag beziehe, während der Auftraggeber den Schaden des unentgeltlich Beauftragten nach richterlichem Ermessen zu ersetzen habe, wie dies Art. 422 Abs. 1 OR für die Geschäftsführung ohne Auftrag bestimme. Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich die Meinung des Bundesgerichts, dass die kausale Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR zwar auf den unentgeltlichen, nicht aber auf den entgeltlichen Auftrag zu Anwendung kommt. Damit ist freilich noch nicht [211] gesagt, wie es sich verhalten soll, wenn der Auftraggeber den Schaden des unentgeltlich Beauftragten *verschuldet* hat. Im weiteren Kontext des Urteils gelesen, dürfte die erwähnte Gegenüberstellung kaum den Sinn haben, den Schadenersatzanspruch des unentgeltlich Beauftragten auch bei Verschulden des Auftraggebers der Regel des Art. 422 Abs. 1 OR zu unterstellen. Und in der Tat gibt es keinen Grund, den Auftraggeber eines unentgeltlichen Auftrages nicht nach der auftragsrechtlichen Regel des Art. 402 Abs. 2 OR, sondern in sinngemässer Anwendung des Art. 422 Abs. 1 OR haften zu lassen, sofern der Schaden die Folge einer von ihm verschuldeten Vertragsverletzung ist.³⁶

e. Ziehen wir ein Fazit, so kommt es nach beiden Entscheiden wesentlich darauf an, *ob der Auftrag ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher ist*, falls der Auftraggeber den Schaden des Beauftragten nicht verschuldet hat³⁷. Denn beim *entgeltlichen* Auftrag verneinen beide Entscheide, gestützt auf Art. 402 Abs. 2 OR, eine Haftung des schuldlosen Auftraggebers, wäh-

³⁶ Ist der Schaden zwar die Folge einer Vertragsverletzung, die dem Auftraggeber aber nicht zum Verschulden gereicht, so haftet dieser nach Massgabe des Art. 422 Abs. 1 OR und somit nach dem Ermessen des Richters. Demgegenüber will WALTER FELLMANN (Berner Kommentar 1992, N 182 zu Art. 402 OR) den Auftraggeber „nach den gleichen Grundsätzen wie beim entgeltlichen Auftrag“, jedoch ohne Möglichkeit des Exkulpationsbeweises haften lassen, sobald der Schaden des unentgeltlich Beauftragten auf einer Vertragsverletzung des Auftraggebers beruht. Für diese Lösung, die den Ermessensentscheid des Richters nach Art. 422 Abs. 1 OR ausschaltet, bietet das Gesetz keine Handhabe.

³⁷ Zur umgekehrten Beweislast für das Verschulden und zur Hilfspersonenhaftung vgl. Fn. 30.

rend sie ihn beim *unentgeltlichen* Auftrag nach Massgabe des sinngemäss angewandten Art. 422 Abs. 1 OR nach dem Ermessen des Richters haften lassen. Diese kausale Haftung des Auftraggebers gegenüber dem unentgeltlich Beauftragten soll verhindern, dass „der Beauftragte beim unentgeltlichen Auftrag schlechter gestellt wird als der Geschäftsführer ohne Auftrag“ (BGE 61 II 98).

Indem das Bundesgericht für den unentgeltlichen Auftrag analog auf die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR greift, will es sachlich nicht rechtfertigbare Wertungsinkonsistenzen³⁸ vermeiden. Indem das Gericht dies nur für den *unentgeltlichen* (nicht auch für den entgeltlichen) Auftrag tut, [212] setzt es voraus, dass der auftragslose Geschäftsführer auch bei der echten und berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, auf den Art. 422 OR sich bezieht (Ziff. 4), keinen (Honorar-)Anspruch auf eine Vergütung hat. Diese Voraussetzung liegt dem Analogieschluss beider Entscheide zugrunde und findet einen expliziten Ausdruck in der argumentativen Erwägung, dass es sich sowohl beim unentgeltlichen Auftrag als auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag „um die Übernahme eines rein altruistischen Geschäftes“ handle (BGE 61 II 98).

Die Auffassung, wonach der auftragslose Geschäftsführer keinen Anspruch auf ein Entgelt für seine Geschäftsbesorgung hat, entspricht sowohl der Konzeption des historischen Gesetzgebers³⁹ als auch dem Wortlaut des Art. 422 Abs. 1 OR, der die Ansprüche des Geschäftsführers auf Verwendungs-, Befreiungs- und Schadenersatz beschränkt⁴⁰. Ein Teil der Lehre will nun aber dem auftragslosen Geschäftsführer überhaupt oder in bestimmten Konstellationen (namentlich, wenn eine Vergütung für die geleistete Tätigkeit üblich ist) einen Anspruch auf Entgelt einräumen.⁴¹ Folgt man dieser Lehre, was ich mit Rücksicht auf die gesetzliche Regelung des Art. 422 Abs. 1 OR nicht leichthin tun möchte⁴², so fällt die Argumentation des Bundesgerichts, das für seinen Analogieschluss von der Unentgeltlichkeit der auftragslosen Geschäftsführung ausgeht, in sich zusammen. Entweder gilt es dann, die kausale Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR über die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinaus sinngemäss auch auf entgeltliche Aufträge auszudehnen, was jedoch vor dem Hintergrund des Art. 402 OR nur schwer zu begründen wäre, weil damit die Verschuldensvoraussetzung, an welche Art. 402 Abs. 2 OR die Haftung des Auftraggebers knüpft, auch bei entgeltlichen und damit bei sämtlichen Aufträgen hinfällig würde. Oder man hält daran fest, dass ein Grund für die kausale Schadenersatzpflicht des [213] Art. 422 Abs. 1 OR eben doch auch in der Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung besteht, und beschränkt den vom Ermessen des Richters abhängigen Schadenersatzanspruch des auftragslosen Geschäftsführers folgerichtig auf solche Fälle, in denen der Geschäftsführer keinen Vergütungsanspruch hat. Mit diesem zweiten Ansatz liesse sich weiterhin erklären, weshalb ein analoger (verschuldensunabhängiger) Schadenersatzanspruch nur dem *unentgeltlich* Beauftragten zustehen soll, wie das Bundesgericht entschieden hat. Die Möglichkeit, den zweiten Weg zu wählen, steht allerdings nur jenen Vertretern der erwähnten Lehre offen, die einen Vergütungsanspruch des auftragslosen Geschäftsführers zwar für bestimmte, aber nicht für alle Fälle bejahen.

³⁸ ERNST A. KRAMER, zit. in Fn. 32, S. 176.

³⁹ Vgl. JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 4, Nr. 531, mit weiteren Hinweisen.

⁴⁰ Im Falle des Art. 422 Abs. 3 OR wird der Anspruch des Geschäftsführers auf Verwendungsersatz durch das dort umschriebene „Recht auf Wegnahme“ ersetzt.

⁴¹ Vgl. JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 4, Nr. 531 ff.

⁴² Eher halte ich es mit HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, S. 329 f., der „de lege lata“ einen Anspruch des Geschäftsführers „auf Entlohnung“ ablehnt.

Die aufgezeigten Schwierigkeiten, die sich aus der Lehre vom Honoraranspruch des auftragslosen Geschäftsführers ergeben, haben sich dem Bundesgericht nicht gestellt, da es (wie gesagt) in beiden Entscheiden von der prinzipiellen Unentgeltlichkeit der auftragslosen Geschäftsführung ausgegangen ist. Wer diesen Ausgangspunkt verlässt, verstrickt sich in einen Wertungswiderspruch, wenn er die kausale Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR mit einem bestehenden Vergütungsanspruch des auftragslosen Geschäftsführers für vereinbar hält, umgekehrt aber die Wertung des Bundesgerichts, wonach sich im Auftragsrecht eine sinn gemässe Anwendung der Regel nur beim unentgeltlichen Auftrag rechtfertigt, als konsequent erachtet⁴³.

f. Persönlich meine ich, dass der blosser Umstand, wonach Leistungen im Interesse eines andern erbracht werden, nicht ausreicht, um eine kausale Schadenersatzpflicht des Leistungsempfängers zu rechtfertigen. Erforderlich ist vielmehr das zusätzliche Element der Unentgeltlichkeit.⁴⁴ Dementsprechend *teile ich die Auffassung beider Bundesgerichtsentscheide*, wonach nur der *unentgeltlich* Beauftragte von der sinn gemässen Anwendung des Art. 422 Abs. 1 OR profitieren kann, die Verschuldensvoraussetzung des Art. 402 [214] Abs. 2 OR also nicht für alle Aufträge entfällt⁴⁵. Dabei übersehe ich nicht, dass der Auftraggeber eines entgeltlichen Auftrages schon durch die (vereinbarte oder übliche) Verpflichtung zu einem verhältnismässig *geringen* Entgelt vom Risiko einer aus Art. 422 Abs. 1 OR hergeleiteten Risikohaftung befreit wird. Insoweit könnte man davon sprechen, dass der Auftraggeber eines unentgeltlichen Auftrages vergleichsweise benachteiligt sei. Dieser Nachteil wird aber dadurch herabgemindert, dass die Risikohaftung des Art. 422 Abs. 1 OR eine Billigkeitshaftung ist, die es dem Richter gestattet, bei seinem Ermessensentscheid über Bestand und Umfang der Schadenersatzpflicht (Ziff. 5 lit. a) auch auf die Höhe der Vergütung abzustellen, die der unentgeltlich Beauftragte für einen „solchen“ Auftrag hätte erwarten können, wäre dieser entgeltlich gewesen. Beruht die Unentgeltlichkeit des konkreten Auftrages darauf, dass eine übliche und deshalb von Gesetzes wegen geschuldete Vergütung (Art. 394 Abs. 3 OR) wegbedungen wurde, ist ausserdem möglich, dass der vereinbarte Vergütungsverzicht des Beauftragten auch eine stillschweigend mitverständene Risikoübernahme für einen auftragsbedingten Schaden enthält. Wie es sich *damit* verhält, ist eine Frage der Vertragsauslegung, die sich nur für den konkreten Fall beantworten lässt. Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, dann verbietet es sich nach der Regel, wonach Abreden im Zweifel gesetzeskonform auszulegen sind⁴⁶, den erklärten Verzicht auf die übliche Vergütung so zu interpretieren, dass

⁴³ So z.B. JÖRG SCHMID, zit. in Fn. 4, Nr. 519 und 538.

⁴⁴ So auch die überwiegende Lehre in der Schweiz (WALTER FELLMANN, Berner Kommentar 1992, N 142 zu Art. 402 OR, mit Hinweisen).

⁴⁵ Ob es sich in gewissen Fällen rechtfertigt, den Schaden des entgeltlich Beauftragten wie eine Verwendung zu behandeln (vgl. BGE 59 II 256), um dessen Ersatz der Regel des Art. 402 Abs. 1 OR zu unterstellen, mag hier offen bleiben. WALTER FELLMANN, der ein solches Vorgehen unter bestimmten Voraussetzungen bejaht (Berner Kommentar 1992, N 147 zu Art. 402 OR), beruft sich insbesondere auf deutsche Literaturstellen zu § 670 BGB, worin es aber um den nach deutschem Recht „begriffsnotwendig“ *unentgeltlichen* Auftrag geht, für *den* die herrschende Lehre in Deutschland postuliert, dass „die infolge bewusst übernommener Gefahren erlittenen Schäden“ des Beauftragten den Aufwendungen gleichzustellen sind (vgl. JAUERNIG/MANSEL, zit. in Fn. 26, N 9 zu § 670 BGB, welche die besagte Gleichstellung jedoch als „gekünstelt“ bezeichnen und stattdessen eine Risikohaftung des Auftraggebers vorschlagen).

⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht AT, Band I, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf

er einen Verzicht auch auf den Schadenersatzanspruch des sinngemäss anzuwendenden Art. 422 Abs. 1 OR einschliesst.

7. [215] Die Urteile zu den ersten beiden Fällen (BGE 48 II 487 ff. und BGE 61 II 95 ff.), die ich besprochen habe, werden gedanklich fortgesetzt durch BGE 129 III 181 ff. In diesem **Entscheid zum dritten Fall** (Ziff. 3) verneint das Bundesgericht eine vertragliche Bindung zwischen den Parteien und qualifiziert die unentgeltliche Hilfeleistung des unglücklichen Besuchers, der von der Leiter gestürzt ist, als Gefälligkeitshandlung ohne Rechtsbindungswillen. Indes hält es dafür, dass die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR auch auf solche Gefälligkeitsverhältnisse anzuwenden sei. Im Einzelnen möchte ich folgende Punkte hervorheben:

a. Die Feststellung des Bundesgerichts (BGE 129 III 181 ff.), wonach zwischen dem Bauern und seinem verunglückten Besucher kein Vertrag hinsichtlich der Hilfeleistung, sondern ein *blosses Gefälligkeitsverhältnis* zustande gekommen sei, vermag vor dem Hintergrund des im Entscheid geschilderten Sachverhaltes und der bundesgerichtlichen Erwägungen zu überzeugen. Dass die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR sinngemäss auch auf Gefälligkeitsverhältnisse zur Anwendung kommt, die eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, ist dann nur noch eine folgerichtige Weiterführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum unentgeltlichen Auftrag (Fall 1 und Fall 2). Das Fehlen eines vertraglichen Rechtsbindungswillens rechtfertigt es nicht, diesbezüglich anders zu entscheiden als beim unentgeltlichen Auftrag. Das leuchtet „aus Gründen rechtlicher Gleichbehandlung“ (BGE 129 III 184) und schon deshalb ein, weil auch die Geschäftsführung ohne Auftrag, der die Regel des Art. 422 Abs. 1 OR systematisch zugehört, kein Vertragsverhältnis darstellt.

b. Mit der Annahme eines Gefälligkeitsverhältnisses ist zugleich gesagt, dass der verunglückte Besucher sich *zu keiner Leistung verpflichtet* hatte. Dementsprechend ist es ungenau, wenn das Bundesgericht sich in BGE 129 III 183 f. auf den in BGE 48 II 492 (Fall 1) enthaltenen Satz beruft, „dass niemandem die Erfüllung einer *Pflicht* die er altruistisch und nicht eigenen Vorteils wegen übernommen hat, nachteilig“ sein soll⁴⁷, um dann zu erklären, dass dieses Prinzip „auch bei der Beurteilung von Gefälligkeitshandlungen ohne Rechtsbindungswillen gelten“ müsse. Doch wird durch die [216] formelhafte Wiederverwendung des auf den unentgeltlichen Auftrag zugeschnittenen Satzes der Bezug zur früheren Rechtsprechung hergestellt und ausserdem bestätigt, dass das Bundesgericht sich bei der analogen Anwendung des Art. 422 Abs. 1 OR von der Idee einer unentgeltlichen („altruistischen“) Leistung leiten lässt, die ohne Anspruch auf eine Gegenleistung erbracht wird. Dass freilich auch der unentgeltlich Leistende im Hinblick auf einen eigenen Vorteil handeln kann und dies der sinngemässen Anwendung des Art. 422 Abs. 1 OR nicht entgegensteht, wurde schon in meinen Bemerkungen zu den ersten beiden Entscheiden (in Ziff. 6 lit. b) ausgeführt. Gerade bei Gefälligkeitsverhältnissen in ländlicher Umgebung dürfte das, was ich mit einem entliehenen Ausdruck als „reziproken Altruismus“ bezeichnet habe, recht häufig vorkommen. Eine Gefälligkeit wird hier nicht selten einer anderen Gefälligkeit wegen erbracht, ohne dass der Gegendienst rechtlich geschuldet würde. So entspricht es denn auch einer alten Bauernregel, dass „Güte mit Güte zu vergelten“ sei.

2003, Nr. 1230 und Nr. 1235, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁴⁷ Kursive Auszeichnung des Wortes *Pflicht* von mir beigelegt.

c. Die kausale Risikohaftung des Art. 422 Abs. 1 OR ist *eine quasivertragliche, keine deliktische Haftung* (Ziff. 5). Diese Qualifikation passt auch dann, wenn es um die entsprechende Haftung des Leistungsempfängers im Gefälligkeitsverhältnis geht. Denn obwohl es bei unverbindlichen Gefälligkeitshandlungen an einem Rechtsbindungswillen der Beteiligten fehlt, vollzieht sich die Gefälligkeitshandlung – wie die Erfüllung einer vertraglichen Leistungspflicht – im gegenseitigen Einvernehmen der Beteiligten. Dadurch wird das leistungsbezogene Verhältnis zwischen den Beteiligten zu einem vertragsähnlichen Leistungsverhältnis⁴⁸, was es rechtfertigt, die aus Art. 422 Abs. 1 OR hergeleitete Schadenersatzpflicht des Gefälligkeitsnehmers wie eine vertragliche Ersatzpflicht zu behandeln.

Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage in BGE 129 III 181 ff. (Fall 3) nicht befasst, jedoch schon in BGE 116 II 695 ff. festgehalten, dass die (umgekehrte) Haftung des Gefälligen gegenüber dem Leistungsempfänger dem Delikts-, nicht dem Vertragsrecht unterstehe. Unter Anrufung dieses Entscheides erklärt das Gericht jetzt in BGE 129 III 183, dass unverbindliche Gefälligkeiten „zu keiner Vertragshaftung des Leistenden bei Nicht- [217] oder Schlechterfüllung führen“. Das ist grundsätzlich richtig, da der Gefällige ja keine vertragliche Leistung schuldet. Was aber die Schlechtleistung angeht, so vermag die Aussage nur insoweit zu überzeugen, als sie eine Schadenersatzpflicht für den Minderwert der schlechten Leistung ausschliesst. Erwächst indes dem Leistungsempfänger ein *weiterer* Schaden (z.B. ein Körperschaden) aus der Schlechtleistung des Gefälligen oder wird er *anlässlich* der Gefälligkeitshandlung geschädigt, so hat der Gefällige für den betreffenden Folge- oder Begleitschaden auch nach den Regeln des Vertrags-, nicht nur nach Massgabe des Deliktsrechts aufzukommen⁴⁹, wenn man, was sich aufdrängt, auf den vertragsähnlichen Charakter des Leistungsverhältnisses abstellt.⁵⁰ So gesehen, fügt sich auch die vertragsähnliche Behandlung der aus Art. 422 Abs. 1 OR übernommenen Risikohaftung des Gefälligkeitsnehmers problemlos in das rechtliche Gesamtbild des Gefälligkeitsverhältnisses ein.

d. Dass die Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR auch auf Gefälligkeitsverhältnisse zur Anwendung kommt, wurde in BGE 129 III 181 ff., soweit ich sehe, zum ersten Mal höchstgerichtlich entschieden. Insofern stellt der Entscheid zu Fall 3 ein Novum dar. Neu ist aber auch die *höchstrichterliche Einschränkung*, wonach die Risikohaftung des Art. 422 Abs. 1 OR nur Platz greift, wenn sich im eingetretenen Schaden „*das besondere Tätigkeitsrisiko*“ („das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko“) der Geschäftsbesorgung verwirklicht, während sie zu verneinen ist, wenn sich *das „allgemeine Lebensrisiko“* des Geschädigten realisiert. Auf diese [218] Einschränkung, die BGE 129 III 184 f. formuliert, und auf meine Bedenken gegenüber dem bundesgerichtlichen Unterfangen, die in Deutschland entwickelte Figur des „all-

⁴⁸ Vgl. PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 320.

⁴⁹ Vgl. PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, zit. in Fn. 48, Nr. 320; derselbe, *Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht*, in: Festschrift Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 307 f.; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, *Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen*, Diss. Freiburg 1999, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Band 179, Freiburg 1999, S. 179 ff.

⁵⁰ Wollte man die erwähnten Schadenersatzpflichten des Gefälligen ausschliesslich nach Deliktsrecht behandeln, wie es der in BGE 129 III 183 bestätigte BGE 116 II 695 ff. nahe legt, so entstände im Übrigen ein eigenartiger Wertungswiderspruch zur Tatsache, dass den Geschäftsführer ohne Auftrag, der nach Art. 420 OR haftet, eine vertragsähnliche Schadenersatzpflicht trifft (EUGEN BUCHER, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 259; HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht*, zit. in Fn. 42, S. 330; JÖRG SCHMID, *Zürcher Kommentar* 1993, N 10 zu Art. 420 OR; PIERRE TERCIER, zit. in Fn. 11, Nr. 5345).

gemeinen Lebensrisikos“ als Haftungskorrektiv in das schweizerische Recht einzuführen, habe ich bereits in Ziff. 5 lit. b hingewiesen. In sprachlicher Hinsicht bleibt nachzutragen:

In BGE 129 III 185 bezeichnet das Bundesgericht die Schäden, die es aus dem Haftungsbereich des Art. 422 Abs. 1 OR ausschliessen will, als „Zufallsschäden“, während es in BGE 48 II 492 gerade umgekehrt erklärt, dass Art. 422 Abs. 1 OR eine Haftung „für zufällige Schadensereignisse“ vorsehe. Hier (in BGE 48 II 492) wird das Wort „Zufall“ für Schadensereignisse verwendet, die nicht auf schuldhaftem Verhalten des Geschäftsherrn beruhen⁵¹, dort (in BGE 129 III 185) für Schäden, die sich aus dem „allgemeinen Lebensrisiko“ ergeben. Mit dem so verstandenen Wort „Zufallsschaden“ hat BGE 129 III 185 einen Ausdruck der deutschen Dogmatik übernommen⁵², der sich im Zeitpunkt des BGE 48 II 487 ff. noch nicht (jedenfalls nicht mit dem erwähnten Sinn) herausgebildet hatte.

e. Von den verschiedenen Aussagen, die BGE 129 III 181 ff. enthält, gilt es schliesslich *einen* Satz speziell hervorzuheben, der auf S. 184 des Entscheides steht. Danach beruht die in Art. 422 Abs. 1 OR vorgesehene Haftung des Geschäftsherrn „auf dem sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültigen Prinzip, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt wird.“⁵³ Dieser Satz reflektiert die restriktive Interpretation des Bundesgerichts, wonach der gesetzliche Grund für die kausale Schadenersatzregel des Art. 422 Abs. 1 OR bloss solche Risiken abdeckt, die sich aus der spezifischen Schadensgeneigtheit der Geschäftsbesorgung ergeben, was aber nicht dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers entspricht (Ziff. 5 lit. b, letzter Absatz). Ausserdem lässt der Satz unbeachtet, dass Art. 422 Abs. 1 [219] OR auch das „Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit“ nicht einfach dem Geschäftsherrn überbindet, sondern es dem Ermessensentscheid des Richters überlässt, ob und inwieweit der Geschäftsherr für den Schaden aufkommen muss, falls sich im Einzelfall das Risiko verwirklicht (vgl. Ziff. 5 lit. a). Und schliesslich enthält der Satz eine Verallgemeinerung, die auch deswegen zu weit geht, weil sie davon abstrahiert, dass das Bundesgericht selber die Unentgeltlichkeit der geleisteten Dienste als Voraussetzung für eine verschuldensunabhängige Risikohaftung des Leistungsempfängers begreift (vgl. Ziff. 6 lit. d und Ziff. 7 lit. b). Ein allgemein gültiges Prinzip, wie das Bundesgericht es formuliert, gibt es in dieser Absolutheit nicht, wenn der Leistungsempfänger das Schadensrisiko des in seinem Interesse Tätigen nur bei unentgeltlichen Leistungen und auch dann nur nach dem Ermessen des Richters zu tragen hat, der über Bestand und Umfang der verschuldensunabhängigen Schadenersatzpflicht nach „Recht und Billigkeit“ entscheidet (Ziff. lit. a).

8. Die bundesgerichtlichen Entscheide zu allen drei Fällen haben zur Fortentwicklung des schweizerischen Schadenersatzrechts beigetragen. Die sinngemässe Anwendung der in Art. 422 Abs. 1 OR enthaltenen Schadenersatzregel auf den unentgeltlichen Auftrag (Fall 1 und Fall 2) und auf das Gefälligkeitsverhältnis (Fall 3) dürfte freilich nur ein Anfang gewesen sein, da die Regel auf alle Leistungsverhältnisse (z.B. auch auf den unentgeltlichen „Werkvertrag“) passt, in denen unentgeltliche Dienste erbracht werden (Ziff. 6 lit. c). Immer aber gilt es

⁵¹ So z.B. auch BGE 59 II 254 und BGE 46 II 444 zum Auftragsrecht; anders aber z.B. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar 1992, N 138 zu Art. 402 OR.

⁵² Vgl. CLAUS-WILHELM CANARIS, zit. in Fn. 26, S. 43, mit weiteren Hinweisen.

⁵³ Literarisch untermauert wird das ins Feld geführte „Prinzip“ durch zwei in Deutschland erschienene Aufsätze (HEINRICH HONSELL, Die Risikohaftung des Geschäftsherrn, zit. in Fn. 27, S. 485 ff., S. 496 ff., und CLAUS-WILHELM CANARIS, zit. in Fn. 26, S. 41 ff.), auf die das Bundesgericht sich abstützt.

zu beachten, dass die Schadenersatzpflicht des Art. 422 Abs. 1 OR, die kein Verschulden des Haftpflichtigen voraussetzt, auch bei ihrer analogen Anwendung den Einschränkungen unterliegt, die in Ziff. 5 erwähnt wurden. Ich wiederhole:

a. Die Schadenersatzpflicht des Art. 422 Abs. 1 OR ist eine Risikohaftung, die auf das *Ermessen des Richters* abstellt. Danach hat der Richter nach seinem („billigen“) Ermessen nicht nur über die Höhe des zu leistenden Ersatzes, sondern schon darüber zu entscheiden, *ob* im konkreten Fall überhaupt Schadenersatz zu leisten ist (Ziff. 5 lit. a; BGE 129 III 185).

[220] In den Entscheiden zu den ersten beiden Fällen (BGE 48 II 487 ff. und BGE 61 II 95 ff.) wird das Letztere nicht explizit hervorgehoben. Im Entscheid zu Fall 1 wird sogar ohne zusätzliche Differenzierung gesagt, dass der Mandant das Risiko des unentgeltlich Beauftragten „*ganz oder teilweise trage*“ (BGE 48 II 492), was den Eindruck erweckt, der Auftraggeber müsse in jedem Fall zumindest einen Teil des Schadens übernehmen. Zu Fall 2 erklärt zwar das Bundesgericht, dass der unentgeltlich Beauftragte einen Schadenersatzanspruch haben soll, „*wo es die Billigkeit erheischt*“ (BGE 61 II 98), weist dann aber die Vorinstanz lediglich an, die Höhe des klägerischen Schadens und den vom Beklagten zu ersetzenden Anteil zu bestimmen, falls das konkret angenommene Auftragsverhältnis ein unentgeltliches sein sollte (BGE 61 II 99).

b. Nach BGE 129 III 184 f. (Fall 3) ist eine kausale Haftung nach Art. 422 Abs. 1 OR zu verneinen, wenn sich im eingetretenen Schaden *das „allgemeine Lebensrisiko“* des Geschädigten verwirklicht hat. Meine Bedenken gegen diese generelle Einschränkung der Risikohaftung habe ich angemeldet (Ziff. 5 lit. b und Ziff. 7 lit. d).

Teilt man jedoch die Auffassung des Bundesgerichts⁵⁴, so stellt sich die Frage, weshalb das Gericht im Entscheid zu Fall 3 zwar die erwähnte Einschränkung proklamiert, in den publizierten Entscheidungsmotiven aber nicht geprüft hat, ob der Leitersturz dem „allgemeinen Lebensrisiko“ des gestürzten Besuchers zuzurechnen und eine Haftung des eingeklagten Bauern aus diesem Grunde abzulehnen wäre. Dafür hätte jedenfalls der Umstand gesprochen, dass der Besucher von der Leiter gestürzt ist, noch bevor er damit begonnen hatte, die Kette um das Rundholz zu legen (BGE 129 III 181), womit sich ein Risiko verwirklicht hat, das schlicht mit jeder Benutzung einer Leiter einhergeht. Für die Höhe dieses Risikos und für die Häufigkeit, mit der es sich verwirklicht, spricht nur schon die SUVA-Statistik der anerkannten Berufsunfälle, die für die Jahre 1999-2003 insgesamt 26'039 Unfälle mit Leitern samt einer Schadenssumme von Fr. 495'284'407 [221] ausweist⁵⁵. Wäre es da so verfehlt gewesen, den Leitersturz des Besuchers, der sich auch bei einer sonstwie veranlassten Benutzung einer Leiter hätte ereignen können, dem „allgemeinen Lebensrisiko“ des Verunfallten zuzurechnen?

Auch in den ersten beiden Fällen (Ziff. 1 und Ziff. 2) wurde eine entsprechende Prüfung unterlassen, was sich aber schon daraus erklärt, dass damals die Figur des „allgemeinen Lebensrisikos“ sich auch in Deutschland noch nicht etabliert hatte⁵⁶. Aus der heutigen Sicht des Bundesgerichts (BGE 129 III 184 f.) wäre es für Fall 2 jedoch nicht ausgeschlossen, einen

⁵⁴ So z.B. WALTER FELLMANN, der sich im Zusammenhang mit dem unentgeltlichen Auftrag schon vor BGE 129 III 181 ff. dafür ausgesprochen hat, dass die Risikohaftung des Art. 422 Abs. 1 OR nicht Platz greift, wenn sich ein „allgemeines Lebensrisiko“ verwirklicht (Berner Kommentar 1992, N 190 zu Art. 402 OR).

⁵⁵ Quelle: Spezialstatistik UVG vom 8. Juni 2005.

⁵⁶ In der deutschen Rechtsprechung findet sich die Vorstellung vom „allgemeinen Lebensrisiko“ erstmals in BGHZ 27, S. 141, einem Urteil aus dem Jahre 1958 (MATTHIAS MÄDRICH, zit. in Fn. 13, S. 13). Zu Vorläufern in der deutschen Literatur vgl. MATTHIAS MÄDRICH, S. 22 f.

Schadenersatzanspruch des wegen eines abgebrochenen Astes vom Birnbaum gestürzten Klägers mit der Begründung zu verneinen, dass sich in diesem Sturz ein „allgemeines Lebensrisiko“ des Klägers verwirklicht habe. „Denn da der Baum und der abgebrochene Ast nicht etwa morsch, sondern gesund waren, so fehlte es an einer besonderen Gefahr, die über das mit dem Besteigen jeden Baumes verbundene und als solches auch dem Kläger ohne weiteres erkennbare Risiko hinausgegangen wäre“. Anknüpfend an diese Feststellung, die BGE 61 II 97 zu Fall 2 enthält, könnte man gestützt auf BGE 129 III 184 f. argumentieren, dass ein derartiges Risiko zum „allgemeinen Lebensrisiko“ gehöre, welches ein jeder (und namentlich ein Bauer), der einen Baum besteigt, selber zu tragen habe, weshalb es nicht in den kausalen Haftungsbereich des Art. 422 Abs. 1 OR falle. Und wer dem widersprechen wollte, dem liesse sich entgegen, dass in der deutschen Rechtsprechung sogar terroristische Einzelakte als „Teil des von jedem Menschen selbst zu tragenden allgemeinen Lebensrisikos“ qualifiziert wurden⁵⁷.

Ob freilich der Leitersturz des Besuchers (Fall 3) oder der Sturz des Nachbarn vom Birnbaum (Fall 2) tatsächlich dem „allgemeinen Lebensrisiko“ des verunglückten Besuchers oder Nachbarn zuzurechnen wäre, lässt sich nicht mit Gewissheit sagen, nachdem dieser Rechtsbegriff brauchbarer [222] Konturen entbehrt (Ziff. 5 lit. b). Zwar ist jeder Begriff unsicherheitsbelastet und an seinen Rändern unscharf. Der Begriff des „allgemeinen Lebensrisikos“ aber ist dies in besonderer Weise. Da es keine exakten Angaben darüber gibt, welche Gefahren zum „allgemeinen Risiko“ gehören, die der Betroffene angeblich selber zu tragen hat, und welche nicht⁵⁸, könnte man ebenso gut behaupten, dass der Sturz von der Leiter oder vom bestiegenen Baum *kein* „allgemeines Lebensrisiko“ des Gestürzten, sondern eine der übernommenen Tätigkeit immanente, spezifisch erhöhte Gefahr gewesen sei.⁵⁹ Dieses Beispiel bestätigt die Unsicherheit, die dem Begriff des „allgemeinen Lebensrisikos“ anhaftet. Und das wiederum bestärkt mich in meinen Bedenken, das „allgemeine Lebensrisiko“ mit dem zugehörigen Schaden aus dem Haftungsbereich des Art. 422 Abs. 1 OR auszuklammern, statt sich an die flexible Lösung des schweizerischen Gesetzgebers zu halten, der in Art. 422 Abs. 1 OR die Zusprechung von Schadenersatz ohne Unterscheidung verschiedener Risiken in das am Einzelfall ausgerichtete Ermessen des Richters gelegt hat (Ziff. 5 lit. b). Was soll uns berechtigen oder auch nur veranlassen, die in Art. 422 Abs. 1 OR enthaltene Ermächtigung des Richters, über die Zusprechung von Schadenersatz nach seinem Ermessen zu entscheiden, um eine Gruppe von Risiken zu reduzieren, die sich nicht einmal genau bestimmen lässt?

c. Schliesslich entfällt eine Haftung nach Art. 422 Abs. 1 OR, wenn *der mit der Geschäftsbesorgung beabsichtigte Erfolg* deshalb ausbleibt, weil der Geschäftsführer nicht „mit der gehörigen Sorgfalt handelte“ (Art. 422 Abs. 2 OR).

In den Fällen 2 und 3 ist der beabsichtigte Erfolg ausgeblieben, weil der hilfreiche Nachbar vom Baum (Fall 2) oder der hilfreiche Besucher von der Leiter (Fall 3) stürzten, bevor der Birnbaum zu Ende geschüttelt oder die Kette um das Rundholz gelegt waren. Hätte man dies der Unsorgfalt der Gestürzten zurechnen müssen, so hätte Art. 422 Abs. 2 OR einen Schadenersatzanspruch nach Abs. 1 ausgeschlossen; ein Selbstverschulden des Geschädigten, das den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem [223] erlittenen Schaden und der Geschäfts-

⁵⁷ LG Hannover Urteil vom 27. 10. 2004 – 130 114/04, publiziert in Reise Recht, Zeitschrift für Tourismusrecht, Heft 6/04.

⁵⁸ KARL LARENZ, zit. in Fn. 17, S. 448.

⁵⁹ Für den Sturz vom Baum (Fall 2) vgl. z.B. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar 1992, N 189 zu Art. 402 OR.

besorgung unterbrochen hätte, wäre hierfür nicht erforderlich gewesen. Art. 422 Abs. 2 OR kommt in den einschlägigen Entscheiden freilich nicht zur Sprache.

Und ein Nachwort

Das also waren die drei Fälle und der Kommentar, die ich einleitend angekündigt habe. Obwohl die kommentierten Entscheide des Bundesgerichts über den „ländlichen Raum“ hinaus bedeutsam sind, so liegen ihnen eben doch menschliche Geschichten zugrunde, die sich im „ländlichen Raum“ abgespielt haben. Die Situierung dieser Geschichten im ländlichen Alltag mag aufzeigen, dass es *nicht bloss die spektakulären Fälle der grossen Anwaltskanzleien* sind, welche die Rechtsprechung befruchten. Und wenn ich zum Schluss doch noch den Gedanken der universitären Eliteförderung aufgreifen möchte, so nur, um zu bemerken, dass es jedenfalls ein grosser Fehler wäre, würden wir das Augenmerk der Studierenden einseitig auf *diese* Fälle richten, ja sogar die Meinung verbreiten, zur juristischen Elite gehöre allein und schon, wer sich mit ihnen befasse. Ich bin denn auch überzeugt, dass sich der Jubilar in einer solchen Hochschulumgebung *nicht* besonders wohl fühlen würde. Dass dieser Überzeugungssatz eine Paraphrase zum Schlusssatz ist, mit dem Du Deinen Beitrag in meiner Festschrift abgeschlossen hast⁶⁰, mag Dir, lieber Paul, vor Augen führen, wie sehr ich Dir für Deinen Beitrag dankbar und Dir überhaupt verbunden bin. Ich hoffe, dass Du weiterhin und mit ungebrochenem Eifer an der Hochschule tätig bleibst, die ja besonders begabte Lehrer und Lehrerinnen benötigt, um besonders Begabte zu fördern oder auch nur auszuhalten. Nebst vielem anderem wünsche ich Dir und den Studierenden „Deiner“ Luzerner Rechtsfakultät, dass sich die Luzerner, wenn sie demnächst über die Finanzierung eines veritablen Universitätsgebäudes entscheiden, sich anders verhalten werden als die Vehfreudiger von JEREMIAS GOTTHELF, die es vorgezogen hatten, ihre Batzen in eine Käserei zu stecken, statt das dringend notwendige Schulhaus zu bauen⁶¹.

⁶⁰ PAUL RICHLI, zit. in Fn. 1, S. 220.

⁶¹ Vgl. dazu JEREMIAS GOTTHELF, Die Käserei in der Vehfreude, Berlin 1850.