

## **Unentgeltliche Hilfeleistung: GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag?**

*Immer wieder haben sich Gerichte bei der Beurteilung unentgeltlicher Hilfeleistungen und ihrer Folgen mit der Abgrenzung zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), Gefälligkeit und unentgeltlichem Auftrag zu befassen. Während das jeweilige Ergebnis meist eine schlüssige Erklärung findet, befassen sich die Erwägungen kaum je mit der grundsätzlichen Unterscheidung der drei Institute. Die nachfolgenden Überlegungen wollen Fragen der Rechtsanwendung bei unentgeltlicher Hilfeleistung klären und dabei insbesondere die verkannte Voraussetzung der Eigenmacht als Unterscheidungsmerkmal beleuchten.*

*Les tribunaux doivent régulièrement se prononcer sur des services rendus à bien plaisir et les conséquences qu'ils emportent. Ces services oscillent entre la gestion d'affaires sans mandat, le mandat gratuit, et l'acte de pure complaisance. Si la solution apportée par les tribunaux trouve souvent une explication convaincante, les considérants évitent en principe de délimiter ces trois institutions. Cet article s'intéresse à l'application du droit lors de services rendus à bien plaisir et propose, pour classifier ces services, de s'appuyer sur l'élément distinctif moins connu que représente l'acte arbitraire.*

*Eva Maissen, Tina Purtschert und Arnold F. Rusch\**

Jusletter 9. September 2013

### **1. Problemstellung**

[Rz 1] Auslöser der nachfolgenden Überlegungen war das Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008: Ein ETH-Angestellter half einem juristisch selbständigen ETH-Spinoff-Betrieb, teure Apparate für den Versand auf einen Lastwagen zu verladen. Dabei ging ein Apparat zu Bruch, weil er vom Gabelstapler fiel. Wohl lag wie in der Vergangenheit auch schon einige Male eine Bitte des Spinoff-Betriebes vor, beim Verlad zu helfen, doch begann diesmal der ETH-Angestellte mit dem Verlad, ohne auf die Angestellten des Spinoff-Betriebes zu warten. Das Bundesgericht befasste sich in dem Entscheid mit der *Unterscheidung* zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), Gefälligkeit und unentgeltlichem Auftrag, doch verneinte es alle drei Möglichkeiten. Es bejahte schliesslich im Grundsatz eine Haftung nach Art. 55 des Obligationenrechts (OR), stellte aber deren Verjährung fest. Fragwürdig ist die Unterscheidung, weil keines der drei Institute zur Anwendung gelangte. Die Überlegungen des Bundesgerichts rufen deshalb nach einer vertieften Betrachtung der Unterschiede zwischen GoA, Gefälligkeit und unentgeltlichem Auftrag. In einem ersten Schritt fassen die nachfolgenden Überlegungen die bisherige Rechtsprechung zusammen. Darauf folgen Ausführungen zur Eigenmacht als entscheidendes Abgrenzungskriterium in Fällen unentgeltlicher Hilfeleistung und deren Anwendung auf den ETH-Fall. Abschliessend richtet sich der Fokus auf Spezialfragen der Rechtsanwendung bei unentgeltlicher Hilfeleistung.

### **2. Kasuistik**

[Rz 2] Pfeiler für die vorliegende Diskussion sind folgende fünf Entscheidungen des Bundesgerichts:

[Rz 3] Beim *Heizungsmonteur-Fall* (BGE 116 II 695 ff.) half der Bruder der Lebensgefährtin des Klägers, von Beruf Heizungsinstallateur, dem Kläger bei der Erneuerung der Heizungsan-

---

\* Dr. EVA MAISSEN, Rechtsanwältin Dr. TINA PURTSCHERT, lic. et mag. rer. pol., und Rechtsanwalt PD Dr. ARNOLD F. RUSCH LL.M. sind Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

lage. Das Bundesgericht verneinte einen Rechtsbindungswillen und damit einen Vertrag. Der Verwandte hatte an der Hilfestellung kein eigenes rechtliches und wirtschaftliches Interesse. Primär erfolgte der Beizug wegen der Verwandtschaft und nicht wegen der fachmännischen Beratung.

[Rz 4] Beim *Menzi-Muck-Rundholz-Fall* (BGE 129 III 181 ff.)<sup>1</sup> themisierte das Bundesgericht den Schaden der Person, welche auf Bitte hin unentgeltlich geholfen hat. Ein Interessent besichtigte auf dem Hof eines Landwirts ein Kalb, das er eventuell übernehmen wollte. Dabei bat ihn der Landwirt um Hilfe bei der Verschiebung eines in einer Grube liegenden Rundholzes. Der Interessent stieg in die Grube, um das Holz am Menzi-Muck-Bagger zu befestigen, fiel von der Leiter und verletzte sich schwer. Das Bundesgericht sah darin eine Gefälligkeit, wandte aber Art. 422 Abs. 1 OR analog an und gewährte dem Interessenten Schadenersatz. Beim *Birnbaum-Fall* (BGE 61 II 95 ff.) stieg eine Person auf Bitte seines Nachbarn auf dessen Birnbaum, um diesen zu schütteln. Dabei brach ein Ast, die Person fiel vom Baum und verletzte sich schwer. Das Bundesgericht qualifizierte das Verhältnis zwischen Helfer und Nachbar als unentgeltlichen Auftrag und gewährte ebenfalls Schadenersatz für den verletzten Helfer aus Art. 422 Abs. 1 OR analog. Gleich urteilte das Bundesgericht schon im *Holzdiebstahl-Fall* (BGE 48 II 487 ff.), wo ein Melker seinem Dienstherrn auf dessen Bitte hin nachts half, Holzdiebe aufzuspüren und bei der Konfrontation mit den Dieben schwere Verletzungen erlitt. Diese Rechtsfolge lässt sich gut begründen – die Interessenlagen bei der Gefälligkeit und beim unentgeltlichen Auftrag sind identisch mit derjenigen der echten, berechtigten (gebotenen) GoA, obwohl ein Schadenersatzanspruch für den Helfer bei der Gefälligkeit (Art. 41 OR) und beim unentgeltlichen Auftrag (Art. 402 Abs. 2 OR) eigentlich nur bei Vorliegen eines Verschuldens des Geholzenen besteht.

[Rz 5] Beim *Glatt-Kind-Fall* (BGE 137 III 539 ff.) erklärte sich eine Frau aus der Nachbarschaft bereit, zu einem vierjährigen Mädchen zu schauen, während dessen Eltern getrennt einkaufen gingen. Sie liess das Kind mit ihrem eigenen, fünfjährigen Sohn draussen spielen. Dazu gesellte sich ein weiteres vierjähriges Kind aus der Nachbarschaft. Die Frau schaute gelegentlich, was die Kinder machten. Das Mädchen fiel in die Glatt und erlitt schwere Hirnschäden. Das Bundesgericht sah im Hütedienst der Nachbarin eine Gefälligkeit und verneinte einen Schadenersatzanspruch *des Kindes* nach Deliktsrecht aufgrund der reduzierten Sorgfaltspflicht der *diligentia quam in suis*.<sup>2</sup>

### 3. Ohne Eigenmacht keine GoA, ohne Rechtsbindungswillen kein Vertrag

[Rz 6] Das wesentliche und absolut wirkende Ausschlusskriterium der GoA gegen die anderen Institute unentgeltlicher Hilfeleistung ist die Eigenmacht. Das ist schon in den Werken SCHMIDS<sup>3</sup> und DERENDINGERS<sup>4</sup> festgehalten und auch FELLMANN<sup>5</sup> äussert sich dahingehend.

---

<sup>1</sup> Vgl. Internet: <http://www.youtube.com/watch?v=KI7zeuayum4> (25. Juli 2013).

<sup>2</sup> Vgl. die Besprechung bei RUSCH, 244 ff.

<sup>3</sup> Vgl. SCHMID, N 1141: «Als Gefälligkeitsleistung umschreibt die neuere Doktrin eine Leistung, welche zwar von den Parteien «vereinbart», jedoch nicht rechtlich durchsetzbar (erwingbar) ist. Erfasst werden mit anderen Worten primär Leistungen im Anschluss an solche Parteierklärungen oder –vereinbarungen, denen aufgrund besonderer Umstände der rechtsgeschäftliche Charakter (in mehr oder weniger weit gehender Hinsicht) fehlt. In der vorliegenden Arbeit kann es jedoch zum vorneherein nur um Leistungen gehen, welche ohne eine vorangehende Einigung der Parteien – «ohne Auftrag» – erbracht werden.»; SCHMID, N 1147 f.: «Ähnlich muss es sich bei der unmittelbaren Leistungserbringung zugunsten eines andern (ohne vorherige Erklärung oder «Vereinbarung») verhalten: Auch hier sind (Gefälligkeits-) Handlungen denkbar, die im Falle eines Misserfolges keine geschäftsführungsrechtlichen Schadenersatzfolgen des Eingreifers nach sich ziehen. [...] Als typische Gefälligkeitskonstellationen [...], bei denen sich eine Haftung der Beteiligten nach geschäftsführungsrechtlichen Bestimmungen regelmäßig nicht rechtfertigt, kommen etwa in Frage: die Beaufsichtigung spielender Nachbarskinder ohne vorgängige Absprache oder nicht erbetene Hilfeleistungen unter nahen Verwandten.» m.w.H. in Fn. 10.

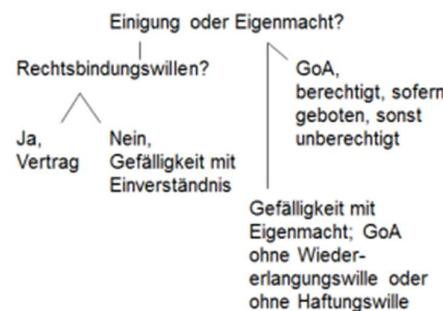
<sup>4</sup> Vgl. DERENDINGER, N 21: «Der Beauftragte handelt auf Veranlassung des Auftraggebers hin. Dadurch unterscheidet er sich vom Geschäftsführer ohne Auftrag, der «für einen andern ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein» (Art. 419 OR). Der Geschäftsführer handelt eigenmächtig; sein Geschäftsherr hat keinen (vertraglichen) Anspruch auf die Geschäftsbesorgung.»

Die Eigenmacht steht der Veranlassung oder dem Einverständnis gegenüber. Veranlassung und Einverständnis sind allerdings nicht deckungsgleiche Begriffe. *Veranlassung* erfasst nicht alle Fälle adäquat und stellt nicht unbedingt die Negation von Eigenmacht dar. Im Glatt-Kind-Fall beispielsweise lag Einverständnis vor, doch war die Veranlassung durch die Geholfenen nicht erwiesen.<sup>6</sup> Eigenmacht kann man aber auch in diesem Fall eindeutig ausschliessen. Vorzuziehen ist deshalb das Begriffspaar *Eigenmacht* vs. *Einverständnis*.

[Rz 7] Zwar ist die Eigenmacht (bzw. die Veranlassung) als Abgrenzungskriterium nur bei DERENDINGER (N 21), FELLMANN (142) und SCHMID (N 1141, 1148) explizit erwähnt. Die Berücksichtigung der Eigenmacht liegt aber den wesentlichen Entscheidungen des Bundesgerichts eindeutig zugrunde, auch wenn sie mit keinem Wort thematisiert wird. Beim Holzdiebstahl-Fall bat der Landwirt seinen Melker, mit ihm Diebe zu verjagen.<sup>7</sup> Das Bundesgericht hat GoA nicht geprüft, sondern nur deren *analoge* Anwendung. Beim Birnbaum-Entscheid hat ebenso niemand GoA geprüft – weil eine Abrede bestand.<sup>8</sup> Beim Menzi-Muck-Rundholz-Fall verhielt es sich gleich – wieder lag eine Bitte vor.<sup>9</sup> Genauso war es beim Heizungsmonteur-Fall – die GoA war nicht Gegenstand der Prüfung, weil nur die Intensität der Absprache (Rechtsbindungswillen) strittig war.<sup>10</sup> Auch beim Kind, das in die Glatt fiel, prüfte niemand GoA – weil sich die Eltern des Kindes mit der betreuenden Nachbarin über die Betreuung einig waren.<sup>11</sup>

[Rz 8] Unter Berücksichtigung der Reihenfolge der Anspruchsmethode wäre deshalb der folgende Entscheidbaum logisch:

#### **Entscheidbaum 1: Unentgeltliche Hilfeleistung**



<sup>5</sup> Vgl. FELLMANN, 142, zum Menzi-Muck-Rundholz-Fall: «Im hier zu besprechenden Fall erfolgte die Mithilfe von A. bei der Umplatzierung des Rundholzes auf Bitte und damit auf Veranlassung des B. hin. Das Bestehen einer Geschäftsführung ohne Auftrag konnte daher von vornherein ausgeschlossen werden.»

<sup>6</sup> Vgl. BGE 137 III 539, 540: «Gleichzeitig erklärte die Mutter von A., dass sie noch rasch einkaufen wolle, wobei A. ihre Mutter nicht begleiten wollte. Umstritten ist unter den Parteien, wer vorschlug, dass die Beklagte während der Abwesenheit der Eltern auf A. aufpassen sollte.»

<sup>7</sup> Vgl. BGE 48 II 487, 487: «Am Abend [...] bemerkte der Erstbeklagte, dass in seinem Walde Holz gestohlen wurde; er weckte den Kläger, der bei ihm als Melker angestellt war, und veranlasste ihn, ihn in den Wald zu begleiten, um nach den Dieben zu sehen.»

<sup>8</sup> Vgl. BGE 61 II 95, 95: «Die Parteien bewirtschaften zwei benachbarte Bauerngewerbe. Am [...] bat der Beklagte den Kläger, für ihn einen Birnbaum zu schütteln; er selbst könne wegen Schwindsels nicht mehr auf Bäume steigen. Der Kläger entsprach diesem Ansuchen.»

<sup>9</sup> Vgl. BGE 129 III 181, 181: «Am Nachmittag [...] begab sich A. zum Bauernhof von B., um dort ein Kalb zu besichtigen, das er eventuell übernehmen wollte. Im Verlaufe des Besuches wurde A. von B. dazu veranlasst, ihm bei der Umplatzierung eines schweren Rundholzes behilflich zu sein. Dieses Holz stand in einer Baugruppe an die Fassade des Wohnhauses angelehnt. Es sollte mit Hilfe eines von B. gelenkten Baggers «Menzi-Muck» bewegt werden.»

<sup>10</sup> Vgl. BGE 116 II 695, 695: «Der Kläger X. erwarb im Jahre 1979 den "U." in V. SH. Er liess durch einen Architekten ein Projekt für die Renovation der Liegenschaft erarbeiten, welches er jedoch nicht ausführen liess, da ihm die veranschlagten Kosten von rund Fr. 700'000.– zu hoch erschienen. In der Folge wurde der Umbau ohne Beizug des Architekten an die Hand genommen und namentlich eine neue Heizungsanlage eingebaut. Dabei half der Bruder der Lebensgefährtin des Klägers, Y. (Beklagter), von Beruf Heizungsinstallateur, mit. Die neue Heizungsanlage versagte am 27. Januar 1985 ihren Dienst. Daraus erwuchs dem Kläger ein behaupteter Schaden von Fr. 22'826.50, für welchen er den Beklagten verantwortlich hält.»

<sup>11</sup> Vgl. BGE 137 III 539, 540: «Gleichzeitig erklärte die Mutter von A., dass sie noch rasch einkaufen wolle, wobei A. ihre Mutter nicht begleiten wollte. Umstritten ist unter den Parteien, wer vorschlug, dass die Beklagte während der Abwesenheit der Eltern auf A. aufpassen sollte.» Daraus lässt sich zumindest ableiten, dass sich die Parteien über die Betreuung des Kindes durch die Nachbarin einig waren.

[Rz 9] Dieser Entscheidbaum berücksichtigt, dass die Eigenmacht *das* Wesensmerkmal der GoA darstellt. Eine Bitte, eine Erlaubnis oder eine nichtvertragliche Abrede schliessen die GoA aus (Art. 424 OR *e contrario*).<sup>12</sup> Dies muss nur schon deshalb richtig sein, weil umgekehrt ein Rechtsbindungswillen bei Eigenmacht schlicht nicht denkbar ist.

[Rz 10] Wie steht es um die Kategorie *eigenmächtige Gefälligkeit*? Das Abgrenzungskriterium für diese *in zwei stark unterschiedlichen Versionen denkbare Konstellation* ist gemäss SCHMID die Interessenlage, genauer das Vorliegen des *Wiedererlangungs- oder des Haftungswillens*:<sup>13</sup>

- Ohne Wiedererlangungswille bedeutet, dass die Hilfeleistung «als Schenkung» erfolgen soll, wie es zum Beispiel in der Konstellation gegeben ist, wenn der Helfer ein Loch im Dach des abwesenden Nachbars in freigebiger Absicht mit eigenem Material abdichtet. Er möchte daraus keinerlei Ersatzansprüche ableiten können. Gemäss Schmid gelten in dieser Konstellation die GoA-Haftungsnormen (Art. 420 OR) dennoch, nicht aber der Aufwendungsersatzanspruch für den Helfer (Art. 422 OR).<sup>14</sup> Der Helfer soll gemäss Schmid bloss nach freiem Ermessen für den angerichteten Schaden haften und selber den Anspruch auf Schadenersatz behalten.<sup>15</sup> Die Handlung muss aber geboten sein, weil die Normen der echten berechtigten GoA sonst gar nicht anwendbar wären. Der Helfer muss folglich von Anfang an erkennbar ohne Wiedererlangungswillen<sup>16</sup> eine gebotene Handlung vornehmen. Dieser Fall ist reichlich exotisch und bedarf keiner weiteren Erläuterung.<sup>17</sup>
- Ohne Haftungswille bedeutet, dass die eigenmächtige Handlung derart «ausserhalb des Rechts» steht, dass keine GoA-Haftungsnormen (d.h. Art. 420 Abs. 1, 2 und 422 OR) zur Anwendung kommen sollen. Dabei steht die Unzumutbarkeit der Haftung des Geholfenen und des Helfers im Vordergrund.<sup>18</sup> Ein Beispiel ist die eigenmächtige Betreuung unbetreuer Kinder von Verwandten oder Nachbarn.<sup>19</sup> Die haftpflichtrechtlichen Bestimmungen des Deliktsrechts kommen dennoch zur Anwendung. Weil keine Bitte vorliegt, ist der Massstab der Haftung des Helfenden aber nicht auf die *diligentia quam in suis* reduziert, wie dies bei der erbetenen Gefälligkeit der Fall ist (BGE 137 III 539, 544 f.).

[Rz 11] Es wäre nach SCHMID also möglich, dass *gebotene* Handlungen als ausserhalb des Rechts angesehen werden, wenn aufgrund der Interessenlage die GoA-Haftung objektiv als unzumutbar erachtet wird. Er bringt das Beispiel des eigenmächtigen Beaufsichtigens unbefaufsichtigter Nachbarskinder. Das wäre wohl eine gebotene GoA. Die GoA-Haftung wäre aber für den Helfer kaum unzumutbar, weil sie mit Art. 420 Abs. 2 OR für ihn sogar vorteilhafter ausfällt als Art. 41 Abs. 1 OR aus dem Deliktsrecht. *Ein Vorteil der Nichtanwendung der GoA-Haftung würde für den Helfer einzig bei reinen Vermögensschäden entstehen, weil sie vom Deliktsrecht nicht erfasst sind.* Die GoA-Haftung könnte aber für den Geschäftsherrn unzumutbar sein – wenn beispielweise der verwandte Geschäftsführer sich beim eigenmächtig-

<sup>12</sup> Vgl. RUSCH, 245, Fn. 31.

<sup>13</sup> SCHMID, N 1143 und 1144 ff.

<sup>14</sup> Vgl. SCHMID, N 586 ff. und 1143.

<sup>15</sup> SCHMID, N 587 ff.

<sup>16</sup> Vgl. SCHMID, N 575.

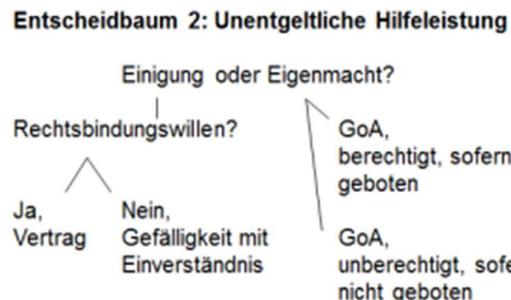
<sup>17</sup> Vgl. MK-SEILER, BGB 685 N 6: «Den Beweis für die fehlende Absicht, Ersatz zu verlangen, hat nach der Fassung des § 685 Abs. 1 der Geschäftsherr zu führen. Nicht zuletzt im Hinblick auf diese Beweislage wird die Vorschrift in der Praxis nur selten zu bejahen sein.». Die Ausnahme zum Aufwendungsersatz ist keineswegs zu vermuten, sondern stellt eine besonders zu begründende Ausnahme dar, vgl. STAUDINGER-BERGMANN, BGB 685 N 7.

<sup>18</sup> Vgl. SCHMID, N 1149.

<sup>19</sup> SCHMID, N 1148.

gen, aber notwendigen Beaufsichtigten der Kinder verletzt. Art. 422 OR eröffnet für solche Fälle aber die Möglichkeit, Schadenersatz *nach Ermessen des Richters* zuzusprechen. Der Richter kann folglich auch berücksichtigen, dass es für den verwandten Geschäftsherrn möglicherweise unzumutbar ist, vollen Schadenersatz zu bezahlen. HÜRLIMANN-KAUP wendet die eigenmächtige Gefälligkeit nur auf *nicht gebotene Fälle* an<sup>20</sup> und konkretisiert dies mit «*Kleinigkeiten*» und «*alltägliche[n] Hilfeleistungen, die dem anderen aus Freundlichkeit spontan erbracht werden*» wie z.B. das Entgegennehmen von Blumen für die Nachbarin oder das Herauftragen der im Treppenhaus stehen gelassenen Einkaufstasche des Nachbarn.<sup>21</sup> Bei näherer Betrachtung gewinnt man dabei aber im Vergleich zur unberechtigten GoA keinen Zusatznutzen. Wenn HÜRLIMANN-KAUP erwähnt, dass die eigenmächtig Gefälligen auf eigenes Risiko handeln würden und für den eigenen Schaden keinen Ersatzanspruch hätten,<sup>22</sup> so kann dem entgegengehalten werden, dass sie einen solchen bei der unberechtigten GoA auch nicht haben. Für den Schaden des eigenmächtig gefällig Geholfenen würde der Gefällige gemäss HÜRLIMANN-KAUP nach «*vertragsähnlichen Grundsätzen*» haften.<sup>23</sup> Dies hat sich aber nicht durchgesetzt und bringt wiederum keinen Vorteil gegenüber den GoA-Schadenersatznormen. Wendet man die eigenmächtige Gefälligkeit also nur auf nicht gebotene Handlungen an, sind die Rechtsfolgen ohnehin identisch zu denjenigen der echten, unberechtigten GoA: Es gilt Bereicherungs- und Deliktsrecht.

[Rz 12] Der geringe Anwendungsbereich, dessen fragwürdige Begründung und die Korrektur durch das richterliche Ermessen in Art. 422 Abs. 1 OR rechtfertigen es, die eigenmächtige Gefälligkeit aus der Qualifikation zu streichen. Als Folge davon gestaltet sich der adäquate Entscheidbaum wie folgt:



<sup>20</sup> Vgl. HÜRLIMANN-KAUP, N 241.

<sup>21</sup> HÜRLIMANN-KAUP, N 249.

<sup>22</sup> HÜRLIMANN-KAUP, N 242.

<sup>23</sup> HÜRLIMANN-KAUP, N 242.

[Rz 13] Münzt man den Entscheidbaum 2 in eine Tabelle um und führt die Ansprüche von Helfer und Geholfenem für den Auftrag, die Gefälligkeit und die GoA jeweils separat auf, ergibt sich folgendes Bild:

	Auftrag, ent-geltlich	Auftrag, unent-geltlich	Gefälligkeit	GoA, berechtigt	GoA, echt	GoA, unberechtigt	GoA, echt	GoA, unecht, gutgläubig	GoA, unecht, bösgläubig
Rechtsbindungs-wille	ja	ja	nein	nein	nein	nein	nein	nein	nein
Eigenmacht	nein	nein	nein	ja	ja	ja	ja	ja	ja
im Interesse des Geschäftsherrn (Fremdgeschäfts-führungsweise)	-	-	-	ja	ja	nein	nein	nein	nein
Gebotenheit	-	-	-	ja	nein	-	-	-	-
Ansprüche „Helfer“	OR 402	OR 422 I analog (Birnbaum-Fall, Holzdiebstahl-Fall)	OR 422 I ana-log <sup>24</sup> (Menzi-Muck-Rundholz-Fall)	OR 422	OR 41 <sup>25</sup> , OR 62 (i.V.m. OR 64)	OR 41 (wobei kaum je Verschulden beim Geholfenen vorliegen dürfte), OR 62 (i.V.m. OR 64) II	OR 41 (wobei kaum je Verschulden beim Geholfenen vorliegen dürfte), OR 423 II	OR 41 (wobei kaum je Verschulden beim Geholfenen vorliegen dürfte), OR 423 II	OR 41 (wobei kaum je Verschulden beim Geholfenen vorliegen dürfte), OR 423 II
Ansprüche „Geholfener“	OR 398 i.V.m. OR 97, OR 400	OR 398 i.V.m. OR 97, OR 400	OR 41 mit diligentia quam in suis des Helfers (Glatt-Kind-Fall), OR 62	OR 420 I und II i.V.m. OR 97, evtl. OR 400 analog <sup>26</sup>	OR 41, OR 62, OR 420 III, OR 424 i.V.m. OR 400	OR 41 (wobei kaum je Verschulden beim Helfer vorliegen dürfte), OR 62 (i.V.m. OR 64)	OR 423 I		

#### 4. Anwendung der Kriterien auf den ETH-Fall (Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008)

[Rz 14] Auch beim Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008 lässt sich die grundsätzliche Anwendbarkeit der GoA herleiten. Der ETH-Angestellte hat dem Spinoff-Unternehmen zwar auf Anfrage geholfen, doch fand diese Hilfe in der Vergangenheit immer *im Beisein der Spinoff-Angestellten* statt. Der Sachverhalt erwähnt klar, dass er diesmal *ohne das Beisein der Spinoff-Angestellten angefangen habe*, die teuren Maschinen zu verladen: «*Dès début janvier 2002, Y. SA a préparé la livraison de trois machines, dont celle destinée au client taiwanais, qui ont été emballées et positionnées sur des palettes. Le 31 janvier 2002, un employé de Y. SA a fait appel à A., ébéniste de formation et employé auprès de l'EPFL en tant que concierge, pour le chargement des trois machines. Celui-ci avait déjà effectué sans aucun incident de tels chargements en présence de représentants de Y. SA. Le camion devant chercher les palettes est arrivé en retard. Afin d'activer le travail, A. a entrepris le chargement avec son élévateur à fourche, sans solliciter l'assistance des employés de Y. SA qui se trouvaient dans le bâtiment attenant.*»

[Rz 15] Das lässt sich als Eigenmacht verstehen. Es wäre aber genauso denkbar, die grundsätzliche Bitte um Hilfe beim Abladen für das Fehlen von Eigenmacht genügen zu lassen. Der Entscheid äussert sich dazu nicht eindeutig.

<sup>24</sup> Genaugenommen präzisierte das Bundesgericht im Menzi-Muck-Rundholz-Fall, dass dies nur bei Verwirklichung des der gefährlichen Tätigkeit immanenten Risikos gelte. GAUCH, 191 ff., zeigt allerdings, dass dies eine wenig überzeugende Einschränkung ist und dass eine adäquate Rechtsfolge vielmehr über den Kausalzusammenhang und das richterliche Ermessen in Art. 422 Abs. 1 OR zu gewährleisten sei.

<sup>25</sup> Die Deliktshaftung könnte man mit der „Herausforderung“ (vgl. dazu WANDT, § 16 N 148 und BGH, Urteil vom 4. November 1980 – VI ZR 231/79 in NJW 1981, 570 ff.) erklären, d.h. wenn das Verhalten des Geholfenen das risikoreiche Verhalten des Helfers «herausfordert». WANDT (§ 5 N 20) führt folgendes Beispiel an: Ein Freund sagt im Skiuurlaub, man treffe sich am Abend wieder, er wolle jetzt alleine den Gletscher überqueren. Weil er am Abend nicht auftaucht, macht sich der Helfer auf die Suche und verunfallt dabei. Der Freund ist aber bloss in der Skihütte bei einem Fest «abgestürzt» und nicht etwa im Gletscher verunfallt. Hier würde die Schweizer Lehre eine echte, berechtigte GoA bejahen, obwohl diese objektiv nicht geboten war (zum Streit ZK-SCHMID, OR 422 N 11 ff., insbesondere N 17). Es wäre aber denkbar, deliktisch zu argumentieren: Der Freund hat die Hilfe herausgefordert, ja sogar provoziert und muss deshalb für den Unfall haften. Wenn auch SCHMID sagt, dass man Art. 422 OR in dieser Situation nur anwende, sofern der Geholfene den Irrtum über die Gebotenheit zu vertreten habe, setzt er ein Verschulden voraus. Liegt aber ein Verschulden vor, ist die Anwendung des Deliktsrechts angezeigt.

<sup>26</sup> HUGUENIN, N 1653, m.w.H.

[Rz 16] Bejaht man die Eigenmacht, liesse sich die GoA grundsätzlich anwenden (Anspruch des Geholfenen aus echter berechtigter GoA nach Art. 420 Abs. 1 i.V.m. 97 Abs. 1 OR). Die Anwendbarkeit der GoA-Haftung wäre im konkreten Fall *wegen der längeren Verjährung* wichtig gewesen.<sup>27</sup> Das Bundesgericht geht auf die Abgrenzung zwischen GoA und Gefälligkeit ein,<sup>28</sup> verneint aber interessanterweise *sowohl GoA als auch* Gefälligkeit. Einen Vertrag verneint es ohnehin. Weshalb äussert es sich aber zur Unterscheidung, wenn es keine der aufgezählten Möglichkeiten anwendet? Die Lösung des Bundesgerichtes lässt sich bei Bejahung der Eigenmacht wie folgt erklären: Es verneint die GoA, weil die Spinoff-Leute die Ware auch selbst hätten verladen können (fehlende Gebotenheit).<sup>29</sup> Die fehlende Gebotenheit wäre aber eher ein Grund, die Regeln über die echte *unberechtigte* GoA anzuwenden (also Deliktsrecht).<sup>30</sup> Das Bundesgericht verneint auch die Gefälligkeit,<sup>31</sup> was darauf hindeuten könnte, dass es von einem Gefälligkeitsbegriff ausgeht, der auf einer nichtvertraglichen *Abmachung* oder einer *Bitte* beruht. Diese fehlt, wenn man die Eigenmacht bejaht. Was dann nach Bundesgericht bleibt, ist Art. 55 OR, der für alle Zufallskontakte anwendbar ist. Fragwürdig bleibt bei dieser Interpretation, weshalb das Bundesgericht überhaupt die Gefälligkeit prüft, wenn sie ohnehin nicht in Frage kommt. Ebenso fragwürdig ist es, von einer Unterscheidung zu sprechen, dann aber keine der Möglichkeiten anzuwenden. Wenn das Bundesgericht also die Gefälligkeit wegen der Eigenmacht abgelehnt hat, so wäre der Entscheid nur mit Hinzudunken des unausgesprochenen Eigenmachtskriteriums verständlich.

[Rz 17] Es wäre im Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008 denkbar, die eigenmächtige Handlung, die ohne Haftungswillen vorgenommen wird, auch als Gefälligkeit zu behandeln. Wie erläutert ist dann nicht die GoA-Haftung anwendbar, sondern das normale Haftpflichtrecht. Eine Haftung mit *diligentia quam in suis* wie im Glatt-Kind-Fall ist allerdings nicht angezeigt und wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Helfer aufgrund einer Bitte tätig wird. Das normale Deliktsrecht wäre also auch bei der Annahme einer eigenmächtigen Gefälligkeit anwendbar. Dies würde mit dem Ergebnis im Bundesgerichtentscheid übereinstimmen. Verneint man in diesem Entscheid aber die Eigenmacht, kommen nur die Gefälligkeit mit Einverständnis und der Vertrag in Frage. Das Abgrenzungskriterium dafür ist der Rechtsbindungswille.

[Rz 18] Denkbar wäre allerdings auch, dass man alle vier Varianten (GoA, eigenmächtige Gefälligkeit, Gefälligkeit mit Einverständnis, Vertrag) ablehnt und das Deliktsrecht einfach so anwendet – Art. 41 OR ist auf jeden Zufallskontakt anwendbar. Die Vorinstanz hat jedoch schon festgehalten, dass der ETH-Arbeiter geholfen habe «*à bien plaisir pour rendre service*», was auf ein Gefälligkeitshandeln hinweist.<sup>32</sup> Diese Aussage greift keine der Parteien an. Ein altruistisches Element liegt dem Handeln des ETH-Angestellten eindeutig zugrunde.

---

<sup>27</sup> Es sind zehn Jahre, vgl. CHK-HUGUENIN/JENNY, OR 420 N 2.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 3.2: «*La gestion d'affaires doit être distinguée des actes de pure complaisance, qui n'entraînent pas de responsabilité contractuelle en cas de mauvaise exécution ou de non-exécution.*»

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 3.2: «*Cette opération, indissociable de la vente des machines, pouvait sans autre être planifiée et organisée à l'avance par la déemanderesse.*»

<sup>30</sup> HUGUENIN, N 1492.

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 3.2: «*Dans ces circonstances, c'est sans violer le droit fédéral que la cour cantonale a jugé qu'il n'y avait eu aucun acte de complaisance de la part de la demanderesse.*»

<sup>32</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008, B: «*Par jugement du 28 janvier 2008, la Cour civile a rejeté les conclusions des deux parties. En substance, elle a considéré que A. était intervenu à bien plaisir pour rendre service et qu'il n'existaient aucun lien contractuel entre la demanderesse et la défenderesse, que celle-là répondait toutefois du dommage causé par son employé en vertu de l'art. 55 CO, mais que la créance de celle-ci en dommages-intérêts, de 474 241 fr., était devenue inexigible pour cause de prescription.*» Deshalb macht die Spinoff-Firma in ihrem Rechtsmittel auch geltend, es sei mehr als eine reine Gefälligkeit gewesen und die Verjährung sei deshalb noch nicht eingetreten (E. 3): «*Elle soutient que l'opération de chargement ne serait pas un acte de pure complaisance et entraînerait forcément une responsabilité autre que délictuelle de la demanderesse, motif pour lequel la prescription annale (art. 60 CO) ne s'appliquerait pas; [...].*»

[Rz 19] Die Prüfung des Bundesgerichtes hätte nicht einfach alle Kriterien in einem Schwall erwähnen sollen, sondern diese besser strukturiert angewendet. Der Entscheidbaum 2 kann dabei eine Hilfe sein: Weil der ETH-Angestellte eigenmächtig mit der Arbeit begonnen hat, d.h. ohne zu warten, bis die Spinoff-Leute vor Ort waren, ist die GoA grundsätzlich anwendbar; Vertrag und Gefälligkeit mit Einverständnis fallen weg. Weil es aber eine Handlung ohne GoA-Haftungswillen war (als Handlung ausserhalb des Rechts – die Spinoff-Leute hätten die Sachen selber verladen können und der ETH-Angestellte hatte keinerlei eigenes Interesse, diesen zu helfen), liegt eine eigenmächtige Gefälligkeit vor: Es ist nur noch Deliktsrecht anwendbar. Zu demselben Resultat würde man gelangen, wenn man ganz einfach nach der Gebotenheit der eigenmächtigen Handlung fragt, diese vorliegend verneint und damit eine echte, unberechtigte GoA diagnostiziert – dann ist ebenfalls nur Deliktsrecht anwendbar.<sup>33</sup>

[Rz 20] Wenn die Abgrenzung bei unentgeltlichen Hilfeleistungen so schwammig wie im Urteil des Bundesgerichts 4A\_326/2008 vom 16. Dezember 2008 erfolgen soll, auch unter Berücksichtigung der Haftung, wären der Menzi-Muck-Rundholz-Fall, der Holzdiebstahl-Fall und der Birnbaum-Fall nicht mehr notwendig. Es wäre dann nämlich auch denkbar, die Regeln der GoA *direkt anzuwenden*, ohne Analogie. HUGUENIN hält im neuen Buch fest, was folgt: «*Um der Gleichbehandlung willen wird hier dafür plädiert, auf erbetene Gefälligkeiten das Recht der echten berechtigten GoA analog anzuwenden.*»<sup>34</sup> Die *analoge* Anwendung der GoA ist eben gerade deshalb nötig, weil die fehlende Eigenmacht oder, wie im Holzdiebstahl- und Birnbaum-Fall, gar das Bestehen eines Vertrages deren direkte Anwendung ausschloss. Die in der Lehre und im Rechtsalltag *vermittelbare Botschaft* zur *strukturierten Analyse* der Abgrenzung von unentgeltlichen Hilfeleistungen erfolgt deshalb gewinnbringend nach dem obigen Entscheidbaum 2. In Kurzform handelt es sich um zwei Merksätze und zwei Ausnahmen:

1. *Ohne Rechtsbindungswillen kein Vertrag.*
2. *Ohne Eigenmacht keine GoA.*
3. *Bei Gefälligkeit mit Einverständnis bekommt der Helfer Schadenersatz aus Art. 422 Abs. 1 OR analog.*
4. *Beim unentgeltlichen Auftrag bekommt der Beauftragte Schadenersatz aus Art. 422 Abs. 1 OR analog.*

## 5. Zum Anspruch des «Geholfenen» bei der Gefälligkeit

[Rz 21] Beim Glatt-Kind-Fall hat das Bundesgericht die Haftung der erbetenen Gefälligkeit in Anwendung von Art. 99 Abs. 2 OR auf die *diligentia quam in suis* beschränkt: «*Gemäss Art. 99 Abs. 2 OR richtet sich das Mass der Haftung nach der besonderen Natur des Geschäfts und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt. Diese systematisch in das Vertragsrecht eingereihte Bestimmung findet a fortiori auch auf Gefälligkeitshandlungen Anwendung, bei denen ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille fehlt [...]. Bei Gefälligkeiten ist mithin grundsätzlich von einer verminderter Sorgfaltspflicht auszugehen [...]. Es muss in der Regel genügen, dass der Gefällige jene Sorgfalt aufwendet, die er auch in eigenen Angelegenheiten beachtet (sog. eigenübliche Sorgfalt oder diligentia quam in suis). Denn wer im vertragsfreien Raum um eine Gefälligkeit bittet, kann vom Gefälligen nicht verlangen, eine höhere Sorgfalt als die eigenübliche aufzuwen-*

---

<sup>33</sup> HUGUENIN, N 1492.

<sup>34</sup> HUGUENIN, N 1508; vgl. auch N 1496: «*Auch wenn bei der GoA definitionsgemäss ein Auftrag bzw. eine unverbindliche Absprache fehlt, enthalten die Art. 419 ff. OR doch manche zielführenden Regeln mit beträchtlichem Potenzial für analoge Anwendungen. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf das Haftungsrecht.*»

*den.»<sup>35</sup> Art. 99 Abs. 2 OR reduziert somit gemäss diesem Entscheid nicht wie sonst<sup>36</sup> den *Umfang des Schadenersatzes*, sondern den *Haftungs- und Sorgfaltsmassstab*.<sup>37</sup> Denkbar wäre auch die Anwendung von Art. 43 OR, der den Umfang des Schadenersatzes reduziert, oder die analoge Anwendung des Art. 420 Abs. 2 OR. Ob eine Reduktion des Haftungsmassstabes oder des Umfanges des Schadenersatzes vorliegt, ist durchaus relevant. Gerade im Glatt-Kind-Fall bestand aufgrund dieses Verständnisses gar keine Haftung, während bei der Schadenersatzbemessung lediglich eine Reduktion der *Summe* – zwar auch bis Null – in Frage kommt. Die Beurteilung erst im Rahmen der Schadenersatzbemessung wäre die Lösung, die die Lehre wohl auch mehrheitlich bei Art. 420 Abs. 2 OR vorsieht.<sup>38</sup> Es dürfte insofern die bessere Lösung sein, als sie auch bei Kausalhaftungen anwendbar ist, bei denen überhaupt kein Verschulden notwendig ist.<sup>39</sup>*

## Literaturverzeichnis

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011 (zitiert: BSK-VERFASSER).

BUCHER, EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988.

CHK, HUGUENIN, CLAIRE/MÜLLER-CHEN, MARKUS/GIRSBERGER, DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319–529), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012 (zitiert: CHK-VERFASSER).

CHK, FURRER, ANDREAS/SCHNYDER, ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012 (zitiert: CHK-VERFASSER).

CR, THÉVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. A., Basel 2012 (zitiert: CR-VERFASSER).

DERENDINGER, PETER, Die Nicht- und die nicht richtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss. Freiburg 1988 = Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 87.

FELLMANN, WALTER, Haftung bei Gefälligkeit Urteil 4C.56/2002 des Bundesgerichtes vom 21.10.2002, HAVE 2003, 139 ff.

GAUCH, PETER, Bauernhilfe: Drei Fälle und wie das Bundesgericht dazu kam, die Schadenersatzregeln des Art. 422 Abs. 1 OR auf den Auftrag und die Gefälligkeit anzuwenden, in: SCHMID, JÖRG/SEILER, HANSJÖRG (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich 2006, 191 ff.

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER/EMMENEGGER, SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008.

HUGUENIN, CLAIRE, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012.

HÜRLIMANN-KAUP, BETTINA, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg 1999 = Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 179.

---

<sup>35</sup> BGE 137 III 539, 545.

<sup>36</sup> Vgl. PURTSCHERT, N 186 m.w.H.; vgl. BSK-WIEGAND, OR 99 N 13, m.w.H.; vgl. auch BGE 92 II 234, 242.

<sup>37</sup> Diese Auslegung fordern schon BSK-WIEGAND, OR 99 N 13 i.f. und CR-THÉVENOZ, OR 99 N 12; KUKO-THIER, OR 99 N 6 f.; als Feststellung auch bei BK-WEBER, OR 99 N 146 ff.; CHK-FURRER/WEY, OR 99 N 25 ff.; a.M. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2674 und BUCHER, OR AT, 348.

<sup>38</sup> Vgl. ZK-SCHMID, OR 420 N 31; CR-HÉRITIER LACHAT, OR 420 N 8 f.; CHK-HUGUENIN/JENNY, OR 420 N 5; wohl auch BSK-WEBER, OR 420 N 5.

<sup>39</sup> Die Relevanz hätte sich gezeigt, wenn beim ETH-Fall die Gefälligkeit mit Einverständnis anwendbar gewesen wäre, denn der Helfer war ein Angestellter der ETH, für den diese nach Art. 55 Abs. 1 OR haftet.

PURTSCHERT, TINA, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des ehrenamtlichen Vereinsvorstandes, Diss. Zürich 2012 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 232.

KUKO, HONSELL, HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Art. 1–529 OR, Basel 2008 (zitiert: KUKO-VERFASSER).

MK, SEILER, HANS HERMANN, Münchener Kommentar zum BGB, § 685 BGB, 6. A. München 2012 (zitiert: MK-SEILER).

RUSCH, ARNOLD F., Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: PROBST, THOMAS/WERRO, FRANZ (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 14.–15. Juni 2012, 235 ff.

SCHMID, JÖRG, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg 1992 = Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 116.

SCHMID, JÖRG, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419–424 OR, 3. A., Zürich 1993 (zitiert: ZK-SCHMID).

STAUDINGER, BERGMANN, ANDREAS, Kommentar zu § 685 BGB, Berlin 2006 (zitiert: STAUDINGER-BERGMANN).

WANDT, MANFRED, Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht – Schadensrecht – Bereicherungsrecht – GoA: ein Lehrbuch für Studium und Examen , 5. A., München 2012.

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