



Schenkung und Verantwortung

1188

ARNOLD F. RUSCH*

Die gesetzliche Regelung der schenkungsrechtlichen Verantwortlichkeit ist äusserst lückenhaft und interpretationsbedürftig. Die nachfolgenden Gedanken widmen sich den Fragen, wie man Gewähr und Haftung auseinanderhält und bei welchen Schadenspositionen die Haftungsmilderungen greifen.

La réglementation légale de la responsabilité en matière de donations est extrêmement lacunaire et sujette à interprétation. Les réflexions qui suivent sont consacrées aux questions de savoir comment distinguer la garantie de la responsabilité et à quels postes du dommage la réduction de la responsabilité s'applique.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gesetzestext
- III. Problemübersicht
- IV. Ergebnisse
- V. Diskussion
 - A. Grundverständnis der Verantwortlichkeit aus Schenkung
 - B. Abgrenzung zwischen Haftung und Gewähr
 - C. Erfüllungs- und Integritätsinteresse
 - D. Anwendung der Grundsätze auf den konkreten Fall
 - E. Volle Haftung trotz Schenkung?

I. Einleitung

Bei der Schenkung existiert mit Art. 248 OR eine Regelung, die mehr Fragen aufwirft als Antworten liefert. Da ich theoretische Fragestellungen aus pädagogischen Gründen ablehne, verpacke ich sämtliche Fragen in einen kleinen Grundsachverhalt mit Variante:

Grundsachverhalt

Schenker Simon verspricht dem Beschenkten Beat schriftlich, ihm an Weihnachten den Hund Hektor gratis zu übertragen. Am 26. Dezember mahnt ihn Beat, den Hund zu liefern. Beat hat nämlich bereits einen Käufer, der für Hektor CHF 100 zu zahlen verspricht. Simon kann den Hund aber nicht mehr liefern, weil dieser bei einem Spaziergang ohne Leine auf die Strasse gerannt und dort unter ein Fahrzeug geraten ist.

Variante

Wie ist die Rechtslage, wenn Beat den geschenkten Hund zwar rechtzeitig und unversehrt erhält, dieser sich aber

erstens als krank und zweitens als rassebedingt aggressiv erweist? Dies führt bei Beat zu einem zerfetzten Hamsster im Wert von CHF 50, zu Tierarztkosten in Höhe von CHF 100 für die Heilung Hektors, zu entgangenem Gewinn von CHF 200 aus einem krankheitsbedingt abgesagten Auftritt Hektors in einer Hundeshow und aufgrund einer Ansteckung zum Tod eines anderen Hundes von Beat im Wert von CHF 500.

II. Gesetzestext

Art. 248 OR – Verantwortlichkeit des Schenkers

¹ Der Schenker ist dem Beschenkten für den Schaden, der diesem aus der Schenkung erwächst, nur im Falle der absichtlichen oder der grobfahrlässigen Schädigung verantwortlich.

² Er hat ihm für die geschenkte Sache oder die abgetretene Forderung nur die Gewähr zu leisten, die er ihm versprochen hat.

III. Problemübersicht

Im Grundsachverhalt ist die Lieferung des Hundes nicht mehr möglich, da der Hund bei einem Verkehrsunfall stirbt. Es geht wohl eindeutig um eine Haftung im Sinne des Art. 248 Abs. 1 OR auf das positive Interesse, sofern das qualifizierte Verschulden bei Schenker Simon vorliegt.

Die Krankheit (Sachverhalt in der Variante) stellt eindeutig einen Mangel des Hundes dar. Fällt dieser Themenkomplex vollumfänglich unter Art. 248 Abs. 2 OR, der die Gewährleistung regelt, oder gehört die aus der Gewährleistung resultierende *Haftung* für den Schaden zu Abs. 1?

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i.Ue.

Da der Hund *rassebedingt* Aggressionen aufweist, liegt diesbezüglich kein Mangel vor. Vielmehr hätte Simon vor dieser Eigenschaft des Hundes warnen müssen, damit Beat den Hamster vorher in Sicherheit bringen kann. Bei dieser Nebenpflichtverletzung im Sinne einer positiven Vertragsverletzung bleiben die Regeln der Sachgewährleistung in Art. 248 Abs. 2 OR aussen vor.¹ Anwendung findet vielmehr einzig Art. 248 Abs. 1 OR.

Bei der Gewährleistung und bei der positiven Vertragsverletzung stellt sich indes die Frage, ob der Schenker nicht für jedes Verschulden einstehen muss, wenn das allgemeine Integritätsinteresse – und nicht das vertragspezifische Erfüllungsinteresse – diese Schäden erfasst.

Ein letzter Fragenkomplex richtet sich auf das Zusammenspiel von Art. 248 OR mit dem Deliktsrecht: Schlagen die Haftungsmilderungen auf den konkurrierenden Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR durch?

IV. Ergebnisse

Nach der hier vertretenen Ansicht schuldet Simon dem Beat das positive Interesse für die unmöglich gewordene Erfüllung des Hundes, sofern ihn ein *grobes Verschulden* trifft. Sodann muss Simon in der Sachverhaltsvariante dem Beat die Kosten für den zerfetzten Hamster und den angesteckten Hund vollumfänglich ersetzen, und zwar bei jedem Verschulden, da nicht das Erfüllungs-, sondern das Integritätsinteresse diese beiden Schadensposten erfasst. Die Tierarztkosten für die Heilung Hektors als Mangelschaden und den entgangenen Gewinn aus der Hundeshow schuldet Simon demgegenüber nur bei arglistigem Verschweigen der Krankheit oder bei Verabredung der Sachgewähr.

V. Diskussion

A. Grundverständnis der Verantwortlichkeit aus Schenkung

Die Schenkung spiegelt als entgeltfreies Rechtsgeschäft die Situation eines Kaufes, bei dem die Parteien stillschweigend eine maximale Freizeichnung und Wegbedin-

gung der Gewährleistung vereinbart haben.² Beim Kauf besteht grundsätzlich die volle Gewährleistung und Haftung, es sei denn, die Parteien bedingen die Gewährleistung weg und zeichnen sich von der Haftung frei. Bei der Schenkung ist es genau umgekehrt. Die *Gewährleistung* besteht nur, wenn die Parteien dies vereinbaren (Art. 248 Abs. 2 OR) und bei Absicht.³ Dies entspricht spiegelbildlich Art. 192 Abs. 3 und Art. 199 OR – den Ausschluss der Gewährleistung müssen die Parteien des Kaufvertrages verabreden, wobei Arglist die Grenze bildet. Die *Haftung* gemäss Art. 248 Abs. 1 OR besteht nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz, was wiederum der maximalen Freizeichnungsmöglichkeit gemäss Art. 100 Abs. 1 OR entspricht.⁴

B. Abgrenzung zwischen Haftung und Gewähr

Die eben dargelegte Sichtweise hilft auch, Haftung und Gewähr für die Belange des Art. 248 OR auseinanderzuhalten. Ich vertrete eine Einteilung, die sich nicht an der *Art* der Ansprüche, sondern an deren *Grund* orientiert: Alle Ansprüche, die aus Mängeln herrühren, fallen unter Abs. 2, alle anderen – beispielsweise Unmöglichkeit und Verzug – unter Abs. 1 des Art. 248 OR. Es handelt sich somit genau betrachtet nicht um eine Abgrenzung zwischen *Haftung und Gewähr*, sondern zwischen *Abs. 1 und Abs. 2* des Art. 248 OR. Das ist auch richtig, denn das Obligationenrecht trennt Haftung und Gewähr nicht. Art. 171, 195 und 197 OR belegen dies. Vielmehr sieht es lediglich für die verschiedenen haftungsbegründenden Tatbestände unterschiedliche Regeln vor.

Doch welche Ansprüche ergeben sich aus einer Vereinbarung über die Gewähr? Liegen eine Vereinbarung über die Gewähr oder ein arglistiges Verschweigen des Mangels vor, besteht die *Gewähr* häufig nur in der *Haftung* für den Mangelschaden, also für den Schaden am geschenkten Objekt selbst – grundsätzlich nach den Regeln

² Vgl. zu diesem Bild passend HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551, Bern 1934 (zit. BK-BECKER), Art. 248 OR N 1: «[...] die Gewährleistung aber gilt als stillschweigend wegbedungen [...]»; vgl. auch ALFRED KOLLER, Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul, in: Nedim Peter Vogt/Dieter Zobl (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze: Liber Amicorum für Hermann Schulin, Zürich 2002, 97 ff., 104 f.

³ NADJA SCHWERY, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, Diss. Freiburg i.U., Zürich 2013, N 383; BK-BECKER (FN 2), Art. 248 OR N 2 *in fine*.

⁴ Zur Frage, ob Art. 100 OR beim Kauf neben Art. 199 OR Anwendung findet, vgl. BGer, 4C.295/2004, 12.11.2004, E. 5.2; BGE 126 III 59 E. 4a; 107 II 161 E. 7b.

¹ Vgl. dazu die ähnliche Problematik im Kartoffelpülpe-Entscheid des BGH. Die Kartoffelpülpe war einwandfrei, doch müssen sich Rinder im Rahmen einer wohldosierten Verabreichung zuerst daran gewöhnen (BGH, IV a ZR 104/83, 20.11.1984, E. 3, in: NJW 1985, 794). Siehe hierzu auch V.E.

des alternativ anwendbaren Art. 97 Abs. 1 OR. Wandlung und Minderung fallen weg, weil die Reduktion oder die Rückerstattung des Kaufpreises bei der Schenkung mangels Kaufpreis gar nicht infrage kommen.⁵ Ein natürliches Interesse könnte oft auch an der Nachlieferung (Art. 206 OR) bei Gattungsschulden und – bei entsprechender Verabredung – an der Nachbesserung bestehen, die das Kaufrecht so nicht vorsieht. Ein Interesse besteht schliesslich auch an den Schadenersatzansprüchen für Folgen der Mängel.

Die verabredete Gewährleistung vermittelt Ansprüche, die ohne Abrede nur bei Absicht bestünden. Die Gewährleistungsabrede muss bei Mängeln somit *erst recht* zu Schadenersatzansprüchen bei jedem Verschulden führen.⁶ Umgekehrt ist es auch so, dass ohne Gewährleistungsabrede keine Haftung aus der Gewährleistung bestehen soll. Es wäre nämlich sinnlos, die auf demselben Grund beruhenden Ansprüche nach unterschiedlichen Verschuldensformen zu gewähren. Kaum vermittelbar wäre insbesondere die Situation, bei der ein Schenker für das mangelhafte Schenkungsobjekt mangels Arglist keine Gewährschuldet (Art. 248 Abs. 2 OR) – also beispielsweise keinen Schaden am geschenkten Objekt selbst begleichen müsste –, aber dennoch für den entgangenen Gewinn aus dem mangelbedingt geplatzten Weiterverkauf bei grobem Verschulden nach Art. 248 Abs. 1 OR haften müsste. Hat der Schenker die Sachgewähr versprochen, soll er für alle mangelbedingten Schäden einstehen – wie im Kaufrecht, also beim unmittelbaren Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR sogar ohne Verschulden.

Alle Folgen eines Mangels – sei es eine Nachlieferung, ein Mangel- oder ein Mangelfolgeschaden – gehören somit nicht in den Anwendungsbereich des Art. 248 Abs. 1 OR.⁷ Sämtliche aus dem Mangel resultierenden Folgen bestehen nur, sofern eine Gewährleistungsabrede im Sinne des Art. 248 Abs. 2 OR besteht oder Arglist vorliegt.⁸ Doch nicht alle Folgen eines Mangels rechtfertigen

die Anwendung der in Art. 248 Abs. 2 OR enthaltenen Privilegierung. Schwierig bleiben insbesondere die Einordnung des *Mangelfolgeschadens* und allgemein des *Integritätsinteresses*. Darauf richtet sich der Fokus der folgenden Überlegungen.

C. Erfüllungs- und Integritätsinteresse

Auf die Korrelation von Nutzen und Haftung im Schweizer Vertragsrecht hat SCHWERY in ihrer Dissertation ganz besonders bei der Betrachtung der Schenkung hingewiesen. Ihre These – die ich klar unterstützen – lautet, dass die Unentgeltlichkeit und damit die Wirkungsschwäche der Schenkung nur das *Erfüllungsinteresse* tangiert, nicht aber das *Integritätsinteresse*.⁹ Dort, wo die Haftung nichts mit dem Erfüllungsinteresse und den spezifischen Vertragserwartungen zu tun hat – also in den Fällen, in denen wie beim Zufallskontakt auch das ausservertragliche Haftpflichtrecht zur Anwendung gelangt¹⁰ –, sollen die mildernden Massstäbe des Schenkungsrechts ihre Wirkung nicht entfalten. Das *Integritätsinteresse* gehört zum allgemeinen Güterschutz. Diesen gilt es vertragsunabhängig schon aufgrund des Deliktsrechts einzuhalten.¹¹

Das Erfüllungsinteresse kommt insbesondere für Fälle der Unmöglichkeit und des Verzugs in Frage. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn der Beschenkte die geschenkte Sache weiterverkauft und wegen des qualifiziert schuldhaften Verzugs des Schenkers oder der ebenso verursachten Unmöglichkeit nicht liefern kann.¹² In diesen Fällen bleibt das Deliktsrecht aussen vor, da es sich nie auf das Erfüllungsinteresse richtet. Bei Verzugs- und Unmöglichkeitsfällen ist überdies ohnehin keine Verletzung eines absolut geschützten Rechts durch den Schenker denkbar. Der Beschenkte kann das Erfüllungsinteresse zwar auch bei der *Schenkung einer mangelhaften Sache* fordern, wenn der Mangel zu entgangenem Gewinn führt,¹³ doch besteht dieser Anspruch nach der hier vertretenen Ansicht nur bei Arglist oder bei einer Gewährleistungsverabre-

⁵ Die Wandlung ist nur dann von Interesse, wenn der Beschenkte die Sache kostenlos wieder loswerden will. In diesem Spezialfall sollte sie selbstredend offenstehen.

⁶ HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 184–418 OR, 2. A., Zürich 1936 (zit. ZK-OSEN/SCHÖNENBERGER), Art. 248 OR N 9; a.M. KOLLER (FN 2), 104.

⁷ Vgl. die ähnlichen Überlegungen in Deutschland bei WALTER GERHARDT, Der Haftungsmassstab im gesetzlichen Schuldverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597 ff., 600, und TIZIANA J. CHIUSI, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 516–534, Schenkungsrecht, Berlin 2013, § 524 BGB N 4.

⁸ Vgl. oben FN 3.

⁹ SCHWERY (FN 3), N 430.

¹⁰ SCHWERY (FN 3), N 430.

¹¹ PETER SCHLECHTRIEM, Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung, Habil. Freiburg i.Br., Frankfurt a.M. 1972, 335: «Es fehlt auch an überzeugenden Gründen, weshalb das Bestehen eines Schenkungsvertrages die allgemeinen Verhaltenspflichten beeinflussen bzw. die Haftung wegen ihrer Verletzung abmildern sollte. Die Freigebigkeit kann billigerweise nur zu Vertragserwartungen des Beschenkten in Beziehung gesetzt werden, nicht zum allgemeinen Güterschutz.»

¹² HANS STOLL, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 20.11.1984, JZ 1985, 386.

¹³ Als Beispiel bei einem Kauf vgl. BGer, 4A_401/2011, 18.1.2012, E. 3.5.

dung im Sinne des Art. 248 Abs. 2 OR, da Abs. 2 sämtliche Ansprüche aus Sach- und Rechtsgewähr erfassen will (siehe oben V.B.). Diese Ansichten entsprechen indes nicht der herrschenden Lehre, die Art. 248 Abs. 1 OR auf alle Schadenersatzansprüche anwendet, also auch auf die gewährleistungsrechtliche Schadenshaftung, und den verschärften Verschuldensmassstab sogar auf den alternativ anwendbaren deliktsrechtlichen Anspruch überträgt.¹⁴

Die in der Lehre vertretenen Ansichten, wonach Art. 248 Abs. 1 OR auch den Mangelfolgeschaden regelt, die Gewährleistung aber erst bei entsprechender Verabredung bestehe,¹⁵ wirken nicht stimmig. Der *Mangelschaden*, das heißt der mangelbedingte Schaden an der geschenkten Sache selbst, umfasst thematisch dasselbe wie die Gewähr, die gemäss Gesetz nicht schon bei Grobfahrlässigkeit und Vorsatz (Art. 248 Abs. 1 OR), sondern erst bei Arglist oder entsprechender Abrede offensteht (Art. 248 Abs. 2 OR). Der *Mangelfolgeschaden* gehört thematisch auch zur Gewähr, doch betrifft er oft andere Güter des Beschenkten und zählt damit zum *Integritätsinteresse*. Müsste der Beschenkte die Gefährlichkeit der geschenkten Sache übernehmen und damit ein Schutzniveau unter dem des allgemeinen Deliktsrechts akzeptieren, stünde die *Unentgeltlichkeit der Schenkung irgendwie im Zweifel* – zumindest bei wirtschaftlicher Beurteilungsweise, denn er würde gleichsam durch die Risikoübernahme «bezahlen».¹⁶ Das Integritätsinteresse soll deshalb parallel zu den Wertungen des Deliktsrechts *bei jedem Verschulden* offenstehen. Geht es um entgangenen Gewinn und damit um das Erfüllungsinteresse, weil man die geschenkte Sache aufgrund der Mängel nicht wie gewünscht einsetzen konnte, greift das gewährleistungsspezifische Regime: Der Schenker soll für diesen Schaden nur bei Vorliegen von Arglist oder einer Gewährleistungsvereinbarung haften.

D. Anwendung der Grundsätze auf den konkreten Fall

Somit ergeben sich beim Grundsachverhalt unter Anwendung der obigen Gedanken die folgenden Ansprüche:

¹⁴ BEAT SCHÖNENBERGER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 248 OR N 2; MARGARETA BADDELEY, Art. 248 N 9, in: Luc Thévenoz/ Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012.

¹⁵ SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss., Freiburg i.Ue. 1996, N 387; SCHWERY (FN 3), N 350.

¹⁶ Dieser zutreffende Gedanke findet sich bei STEFAN GRUNDMANN, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 1998, 457 ff., 468.

Wenn Simon die objektive Unmöglichkeit der Übergabe des Hundes herbeigeführt hat, schuldet er das Erfüllungsinteresse. Das positive Interesse beträgt CHF 100, da Beat so gestellt werden möchte, wie wenn Simon richtig erfüllt hätte:¹⁷ Bei korrekter Erfüllung durch Simon hätte Beat von seinem Käufer den Kaufpreis über CHF 100 erhalten. Beat hat aber nur dann einen Anspruch darauf, wenn Simon ein grobes Verschulden trifft (Art. 248 Abs. 1 OR). Dieses Erfüllungsinteresse ist exklusiv vertragsrechtlicher Natur. Es ergeben sich somit keine Abgrenzungsprobleme zum Deliktsrecht.

Die in der Sachverhaltsvariante erwähnte Krankheit des Hundes fällt als Mangel unter die Gewährleistung, für die Simon nur bei entsprechender Abrede (Art. 248 Abs. 2 OR) oder bei Arglist einstehen muss. Ist dies der Fall und will Simon den Hund loswerden, kann er die Wandlung wählen, nicht aber den Kaufpreis zurückerhalten oder mindern, da es keinen gibt. Haben die Parteien im Rahmen der Gewährleistung eine Nachbesserung vereinbart, könnte Beat auch die Heilung des Hundes durch Simon verlangen.¹⁸ Er kann aber auch – selbstverständlich immer noch unter der Prämisse, dass eine Gewährleistungsvereinbarung besteht oder Arglist vorliegt – in alternativer Anwendung des Art. 97 Abs. 1 OR den Mangelschaden einfordern. Im Falle einer Gewährleistungsvereinbarung bedarf es dann eines Verschuldens, das indes auch leicht ausfallen kann. Im vorliegenden Fall sind es die Kosten des Tierarztes in der Höhe von CHF 100. Dasselbe gilt für den entgangenen Gewinn von CHF 200 aus dem abgesagten Auftritt Hektors in der Hundeshow. Auch diesen schuldet Schenker Simon. Der entgangene Gewinn gehört zum Erfüllungsinteresse und fällt damit grundsätzlich unter die Wirkungsschwäche der unentgeltlichen Schenkung, doch tut dies nichts zur Sache, wenn eine Gewährleistungsvereinbarung im Sinne des Art. 248 Abs. 2 OR besteht. Es ergeben sich keine Abgrenzungsschwierigkeiten zum Deliktsrecht, da das Bundesgericht die Lieferung mangelhaften Eigentums nicht als widerrechtliche Eigentumsverletzung betrachtet, selbst in der Variante des Weiterfresserschadens nicht.¹⁹

¹⁷ KOLLER (FN 2), 104 f.; MAISSEN (FN 15), N 384; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 6), Art. 248 OR N 11; BK-BECKER (FN 2), Art. 248 OR N 4; a.M. ERNST RABEL, Der sog. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht, ZSR 27, 290 ff., 314, der nur den *Vertrauensschaden* ersetzen lassen will.

¹⁸ Vgl. dazu BGH, VIII ZR 1/05, 22.6.2005, E. II.1, in: NJW 2005, 3211.

¹⁹ BGer, 4A_261/2015, 30.10.2015, E. 4.3, und dazu ARNOLD F. RUSCH, Besprechung des Urteils BGer 4A_261/2015 vom 30. Oktober 2015, AJP 2016, 531 ff.

Beats zerfetzter Hamster fällt unter den allgemeinen Güterschutz, der zum *Integritätsinteresse* zählt. Da der Hund rassebedingt Aggressionen aufweist, liegt kein Mangel vor, sondern eine Nebenpflichtverletzung. Simon hätte Beat über diese Eigenschaft des Hundes informieren müssen. Die Anwendung des Art. 248 Abs. 1 OR unterbleibt dennoch, weil diese Haftungseinschränkung nur beim Erfüllungsinteresse greift. Dasselbe gilt für den anderen Hund Beats, der aufgrund der Ansteckung durch Hektor stirbt. Dieser gehört thematisch zwar zur Gewährleistung unter Abs. 2. In beiden Fällen ist die Verantwortlichkeit indes bei jedem Verschulden angezeigt, da der Beschenkte sonst bei der Schenkung schlechter geschützt wäre als bei einem Zufallskontakt. Auch bei diesem Anspruch ergibt sich somit kein Konflikt zur Anwendung des Deliktsrechts. Die Ansprüche aus Art. 41 Abs. 1 OR bleiben alternativ anwendbar und führen zu denselben Ergebnissen.

E. Volle Haftung trotz Schenkung?

Bei näherer Betrachtung der Ergebnisse des konkreten Sachverhalts fällt *erstens* auf, dass sich zwischen den Wertungen des Vertrags- und Deliktsrechts keinerlei Widersprüche ergeben. *Zweitens* bleibt das vordergründig ungute Gefühl, dass bei Vorliegen einer Schenkung eine volle Haftung ausserhalb des Erfüllungsinteresses *eine schwierig zu vermittelnde Härte darstellt*.

Wahrscheinlich deshalb wendet der Bundesgerichtshof (BGH) das Privileg auch bei nebenvertraglichen Schutzpflichten an, die im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand selbst stehen.²⁰ Der BGH-Entscheid zur Kartoffelpülpe mag dafür als Beispiel dienen. Die dem Bullenmäster von der Kartoffelchips-Herstellerin kostenlos überlassene Pülpe war nicht mangelhaft, sondern als Pülpe für Bullen gefährlich. Deshalb hätte die Herstellerin der Kartoffelchips den Mäster darüber informieren müssen, damit dieser die Bullen langsam an das neue Futter gewöhnt. Weil diese positive Vertragsverletzung mit der Erfüllung zusammenhängt, bleibt gemäß BGH die schenkungsrechtliche Haftungsmilderung anwendbar.²¹ Das ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht richtig und im Alltag auch nicht praktikabel. Der Fall ist vergleichbar mit der Konstellation, bei der die Herstellerin der

Kartoffelchips beim Transport der Gratis-Pülpe ein paar Bullen des Mästers überfährt. *Hängt das noch genügend eng mit der Erfüllung zusammen?* Der mildere Massstab des Art. 248 Abs. 1 OR darf in dieser Konstellation nicht greifen. Dies alles gilt natürlich nur unter der Prämisse, dass man beim Kartoffelpülpe-Fall überhaupt eine Schenkung bejaht. Nach richtiger Auffassung erfolgt die kostenlose Überlassung der Kartoffelpülpe nicht im Rahmen einer Schenkung, sondern eines entgeltlichen Innominatkontrakts, den man Entsorgungsvertrag nennen könnte. Schon in der Abnahme der Pülpe, sicher aber in deren Rezyklierung und Entsorgung lässt sich eine Gegenleistung zur Überlassung der Pülpe erblicken.²² Das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrags wischt ohnehin alle Haftungsmilderungen vom Tisch.

Beim Blick auf das Deliktsrecht allein lassen sich, ich gebe es zu, haftungsmildernde Tendenzen nicht leugnen. Beim sogenannten *Glatt-Kind-Fall* urteilte das Bundesgericht, dass die helfende Frau nur nach den Regeln der *diligentia quam in suis* für den Schaden des sich in ihrer Obhut befindlichen Nachbarkindes aufkommen muss. Sie liess das Kind der Nachbarn mit den eigenen Kindern vor dem Haus spielen, weil die Eltern des Kindes kurz fortgehen wollten. Das Kind verunfallte in der Glatt. Das Bundesgericht betrachtete die versprochene unentgeltliche Betreuung des Kindes als *Gefälligkeitsverhältnis*. Da die Nachbarin offensichtlich dieselbe Vorsicht wie bei den eigenen Kindern angewendet hatte, musste sie keinen Schadenersatz bezahlen.²³ Diese Reduktion erfolgte in Anwendung des Art. 99 Abs. 2 OR – einer Norm, die wie Art. 248 OR die Haftung mildert.

Spricht dies allgemein dafür, jegliche Haftungsmilderung des Schenkungsrechts auf das Deliktsrecht zu übertragen – also auch klar in den Bereich des Integritätsinteresses? Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies nicht der Fall. Die Anwendung des Art. 99 Abs. 2 OR im Deliktsrecht zeigt *erstens* gerade, dass die Übertragung der schenkungsrechtlichen Privilegierung auf alternativ vorliegende Deliktsansprüche nicht notwendig ist. In den Fällen, in denen die Schenkung der Sache im Rahmen der

²⁰ Vgl. JENS KOCH, Münchener Kommentar, 7. A., München 2016, § 521 BGB N 4 m.w.H. auf diverse Entscheidungen, insb. BGH, IV a ZR 104/83, 20.11.1984, E. 3, in: NJW 1985, 794; vgl. OLG Saarbrücken, 1 U 97/12-28, 28.8.2013, E. 3a/b, in: BeckRS 2013, 15719.

²¹ BGH, IV a ZR 104/83, 20.11.1984, E. 3, in: NJW 1985, 794.

²² Das mit dem Kartoffelpülpe-Fall vergleichbare Roden eines Waldes mitsamt Verwertung des Holzes fällt als objektiv garantiefähiger Erfolg unter das entgeltliche Werkvertragsrecht (BGer, 4C.180/2003, 17.11.2003). Der Lohn besteht dabei nicht nur aus Geld, sondern aus dem Werk oder Teilen des Werkes selbst. Beim baurechtlichen Werkvertrag zeigt sich eine ähnliche Situation, wenn der Unternehmer einen Aushub zu bewerkstelligen hat, dabei durch Vereinbarung Eigentum am Aushub erwirbt und der Aushub als solcher Teil des Werklohnes im Sinne einer Naturalvergütung darstellt (vgl. dazu Art. 121 Abs. 1 SIA 118). Anderer Meinung (zum Pülpelfall) STOLL (FN 12), 384 f.

²³ BGE 137 III 539 E. 5.2.

altruistischen Hilfe erfolgt, lassen sich Art. 99 Abs. 2 OR und Art. 43 Abs. 1 OR auf den Deliktsanspruch auf vertretbare Weise anwenden.²⁴ Diese Anwendung sollte indes nicht wie im *Glatt-Kind-Fall* beim *Verschuldensmassstab*, sondern bei der *Schadenersatzbemessung* ansetzen.²⁵

Schwieriger zu beantworten ist *zweitens* die Frage, weshalb Art. 99 Abs. 2 OR im Delikts- und Vertragsbereich auch das Integritätsinteresse zu reduzieren vermag, während sich nach hier vertretener Ansicht die Reduktion in Art. 248 OR nur auf das Erfüllungsinteresse richtet. Der Schlüssel liegt in Art. 99 Abs. 2 OR, dessen Wortlaut sich auf die «*besondere Natur des Geschäfts*» bezieht. Die besondere Natur des Geschäfts reduziert nach der hier vertretenen Ansicht eben nur die *erfüllungsspezifischen Erwartungen* des Vertragsrechts, nicht aber die allgemeinen Erwartungen des Deliktsrechts. Die systematische Einordnung des Art. 99 OR legt diese Sichtweise nahe – der Artikel gehört zum Titel A, der das *Ausbleiben der Erfüllung* regelt.²⁶

²⁴ KOLLER (FN 2), 111; vgl. die Hinweise bei ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 43 OR N 55–56.

²⁵ SCHWERY (FN 3), N 314–318, und EVA MAISSEN/TINA PURTSCHERT/ARNOLD F. RUSCH, Unentgeltliche Hilfeleistung: GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag?, Jusletter vom 9.9.2013, N 21.

²⁶ Dies relativiert BSK OR I-WIEGAND, Art. 99 N 3, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015: «Die Regelung wird jedoch zu Recht so verstanden und angewandt, dass sie generell die Grundmaximen für die vertragliche Verschuldenshaftung festlegt.»