



Verantwortung aus Leihe

LIZ ANNOUCK BREM*



ARNOLD F. RUSCH**

Das Obligationenrecht enthält nur wenige Regelungen zur Verantwortung aus der Leihe. Es gilt, die passende Lösung aus dem allgemeinen Teil und mit Analogien zur Schenkung zu formen. Dabei ist nicht immer klar, wann überhaupt eine Leihe und damit Unentgeltlichkeit vorliegt.

Le Code des obligations contient peu de dispositions concernant la responsabilité découlant du prêt à usage. Il convient donc de trouver la solution appropriée à partir de la partie générale et par analogie avec la donation. Il n'est toutefois pas toujours clair à quel moment il y a véritablement un prêt à usage et, par conséquent, une gratuité.

Inhaltsübersicht

- I. Abgrenzungen
 - A. Abgrenzung zur Gefälligkeit
 - B. Irreführende Bezeichnungen
 - C. Immaterielle Gegenleistungen
- II. Verantwortung
 - A. Verantwortung des Verleihers
 - B. Verantwortung des Entlehners
 - C. Vier Spezialfragen

Gemäss dem Wortlaut von Art. 305 OR handelt es sich bei der Leihe¹ um einen Gebrauchsüberlassungsvertrag, welcher den Verleiher verpflichtet, eine Sache zu unentgeltlichem Gebrauch und *Nutzung*² zu überlassen. Den Entlehner trifft – abgesehen von seiner Rückgabe- und Unterhaltungspflicht – keine weitere Leistungspflicht.³ Die Leihe ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, bei dem die erbrachten Leistungen jedoch nicht in einem Austauschverhältnis zueinanderstehen, weshalb sie zu den unvollkommen zweiseitigen Verträgen zählt.⁴ Die Unentgeltlichkeit führt

zur Notwendigkeit, die im Gesetz nicht näher geregelte Verantwortung zu mildern und zu schärfen. Dabei bedarf jedoch gerade die Unentgeltlichkeit einer näheren Betrachtung, wenn Gebrauchsüberlassungen im Interesse des Verleihers erfolgen. Zuerst richten wir den Fokus auf die Abgrenzung zur Gefälligkeit und zu anderen Verträgen.

I. Abgrenzungen

A. Abgrenzung zur Gefälligkeit

Kann es bei einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung überhaupt eine Gefälligkeit geben, wenn schon das Gesetz von der Unentgeltlichkeit der Leihe ausgeht? Unseres Erachtens ist dies der Fall.⁵ Das Bundesgericht fragt sich beispielsweise auch, ob eine unentgeltliche Hilfeleistung unter den Auftrag oder die Gefälligkeit fällt, obwohl zumindest der Gesetzeswortlaut⁶ vom Grundsatz des unentgeltlichen Auftrags ausgeht (Art. 394 Abs. 3 OR).⁷ Das Bundesgericht verwendet als Kriterium zur Bejahung ei-

* LIZ ANNOUCK BREM, B.A. HSG in Law and Economics, Universität St. Gallen.

** ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr., Rechtsanwalt, LL.M., Universität St. Gallen.

¹ Das Gesetz unterscheidet unter dem Oberbegriff der «Leihe» im neunten Titel zwischen der *Gebrauchsleihe* und dem *Darlehen*. Wenn hier von «Leihe» die Rede ist, so ist damit die Gebrauchsleihe gemeint.

² Entgegen dem Wortlaut von Art. 305 OR; s. BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER, Art. 305 N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 7. A., Basel/Zürich 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser); s.a. BGE 75 II 38, insb. E. 3, betreffend die unentgeltliche Überlassung eines Obstgartens zur Nutzung während vieler Jahre; a.M. ALFRED KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I*, Bern 2012, § 12 N 3 (Innominatkontrakt).

³ Statt vieler CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 3046 f.

⁴ BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER (FN 2), Art. 305 N 2; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, *Schwei-*

zerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2020, N 258.

⁵ A.M. PETER HIGI, *Zürcher Kommentar*, Art. 305–318 OR, Zürich 2003 (zit. ZK-HIGI), Vorb. zu Art. 305–311 N 29; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, *Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen*, Freiburg 1999, N 180 ff.

⁶ BSK OR I-OSER/WEBER (FN 2), Art. 394 N 35, sprechen im Alltag von einer *faktischen Vermutung der Entgeltlichkeit* und einer *Umkehr der gesetzlichen Vermutung* (N 16).

⁷ So qualifizierte das BGer im *Birnbaum-Fall* (BGE 61 II 95) das Rechtsverhältnis als Auftrag, während es im *Menzi-Muck-Rundholzfall* (BGE 129 III 181) eine Gefälligkeit annahm. Es ging um Schadenersatz für den Helfer. Das Bundesgericht erachtete die Anwendung der Verschuldenshaftungen bei der Gefälligkeit (Art. 41 OR) sowie beim unentgeltlichen Auftrag (Art. 402 Abs. 2 OR) als unpassend und zog in beiden Fällen Art. 422 Abs. 1 OR analog heran, was aufgrund der identischen Interessenlage stimmig wirkt.

nes Vertrags das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens: «Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird und der Interessenlage der Parteien. Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse der Person, welche die Leistung erbringt, oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten an fachkundiger Beratung oder Unterstützung [...]»⁸ Diese Erwägung bezieht sich auf eine Dienstleistung, lässt sich aber ohne Schwierigkeiten auf die Gebrauchsüberlassung übertragen. Ein Rechtsbindungswille fehlt regelmässig, wenn die Überlassung der Sache lediglich kurzfristig oder im Beisein der überlassenen Person erfolgt. Beispiele dafür wären die Überlassung eines Opernglases an den Sitznachbarn in der Oper, die Überlassung eines Schraubenziehers an den Nachbarn, die Überlassung einer Sache ohne erheblichen Wert oder die Überlassung im Rahmen ausserrechtlicher Hilfeleistung.⁹

B. Irreführende Bezeichnungen

Wer für ein Fest Würste kauft und deshalb die Hotdog-Maschine des Metzgers temporär benutzen darf, schliesst einen zusammengesetzten Vertrag ab. Gemäss HUGUENIN besteht dieser aus Leihe und Kauf.¹⁰ Doch ist das wirklich eine Leihe? Das Element der Unentgeltlichkeit liegt genau betrachtet nicht vor, denn die Hotdog-Maschine darf der Käufer nur nutzen, weil er die Würste kauft. Es liegt eine Zweckverknüpfung vor (sog. «Finalnexus»)¹¹ Es geht folglich vielmehr um einen zusammengesetzten Vertrag aus *Miete und Kauf*. Diese Präzisierung ist keineswegs irrelevant. Explodiert beispielsweise die Hotdog-Maschine beim Fest, besteht die volle Verantwortung des Metzgers, da es aufgrund der Verknüpfung mit dem Wurstverkauf um ein vollentgeltliches Rechtsgeschäft geht.

Eine weitere irreführende Bezeichnung stellt die sog. *Wertpapierleihe* («*securities lending*») dar, die gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c FIDLEG entgeltlich erfolgt (sog. «*lending fee*»)¹² Da die Leihe gemäss ihrer gesetzlichen

Definition jedoch unentgeltlich ist (Art. 305 OR), handelt es sich bei der Wertpapierleihe rechtlich vielmehr um ein *Wertpapierdarlehen*.¹³ Dies trägt auch der Tatsache Rechnung, dass man nicht dieselben Wertpapiere, sondern lediglich die gleiche Menge derselben Gattung zurückgeben muss (Art. 312 OR), was ebenfalls nicht zur Leihe passt.

C. Immaterielle Gegenleistungen

Eine Zwischennutzung eines Gebäudes im Rahmen einer Leihe erfolgt meist nur, um Hausbesetzungen zu verhindern.¹⁴ Stellt die Nutzung des Gebäudes durch den Entlehner eine *immaterielle Gegenleistung* dar, die die Unentgeltlichkeit aufhebt? Dies ist dann denkbar, wenn die Nutzung des Gebäudes Teil des Konsenses oder der Geschäftsgrundlage bildet.¹⁵ Der Apothekerfall in Deutschland kann als Beispiel dienen: Der Apotheker mietet Räume und vermietet diese billiger an einen Arzt. Er will dadurch mehr Kundschaft für die Apotheke generieren. Es geht tatsächlich um eine vollentgeltliche Miete, nicht um eine gemischte Leihe. Der Arzt hat nämlich die Vorteile für den Apotheker ebenfalls in das *wirtschaftliche Synallagma* aufgenommen.¹⁶ Dies dürfte aber eher selten vorkommen, da die Erwartungen an den Entlehner eher zu den Hintergedanken oder Motiven des Verleihers zählen. Einen ähnlichen Fall erwähnt BECKER, hält aber an der Qualifikation der Leihe fest: «[...] so z.B., wenn der Besitzer eines Reitpferdes während seiner Abwesenheit dieses einem guten Reiter leihweise überlässt, damit es richtig geritten wird.»¹⁷ Unseres Erachtens besteht in solchen Fällen ein entgeltlicher oder teilentgeltlicher Innominatkontrakt, wenn der «Mietzins» in der geschuldeten Nutzung des Pferds besteht und der Eigentümer des Pferds diese Nutzung einfordern kann. Damit es so ist, muss der Konsens diese Nutzung erfassen – der Nutzer muss begreifen,

kehr zu qualifizieren; deshalb ist das Wertpapierdarlehen immer entgeltlich. Vgl. Art. 313 Abs. 2 OR.»

¹³ G.L.M. HUGUENIN (FN 3), N 3063.

¹⁴ RAFFAEL BÜCHI/EVA GEHRIG, Erstreckung ausgeschlossen: Die Gebrauchsleihe als ideale Vertragsform für die Zwischennutzung von Liegenschaften, Jusletter 10.2.2014, N 3.

¹⁵ Vgl. dazu MICHAEL FISCHER, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln 2002, 61: «Unter Zugrundelegung des herrschenden rechtlichen Entgeltlichkeitsbegriffs können wirtschaftliche Gründe den vertraglichen Bereicherungswillen nur dann ausschliessen, wenn sie zumindest als Geschäftsgrundlage (internalisiert) worden sind.»

¹⁶ BFH, GrS 2/93, 23.6.1997, E. II.2. Das Urteil handelt primär von der steuerrechtlichen Abzugsfähigkeit von Verlusten. Siehe dazu auch FISCHER (FN 15), 60 f.

¹⁷ HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Art. 184–551 OR, Bern 1934 (zit. BK-BECKER), Art. 305 N 6.

⁸ BGE 137 III 539 E. 4.1; vgl. KOLLER (FN 2), § 12 N 5.

⁹ ZK-HIGI (FN 5), Vorb. zu Art. 305–311 N 20.

¹⁰ HUGUENIN (FN 3), N 3676.

¹¹ BGE 115 II 452 E. 3b; HUGUENIN (FN 3), N 3676, m.w.H.; ERNST A. KRÄMER, Berner Kommentar, Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 19/20 N 64.

¹² HANS KUHN, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, 2. A., Bern 2023, N 2374 Fn. 3488: «Die Wertpapierleihe ist als kaufmännischer Ver-

dass er das Pferd nicht nur zum Gebrauch erhält, sondern dass der tägliche und fachgerechte Ausritt zum Pflichtprogramm gehört. BECKER hält zwar an der Qualifikation als Leihe fest, korrigiert jedoch die Verantwortung des Entlehners, wenn der Verleiher ein Interesse an der Nutzung durch den Entlehner habe.¹⁸ Sinnvoller ist unseres Erachtens die Erfassung dieses Interesses als Gegenleistung mit entsprechender Korrektur der Verantwortung.

II. Verantwortung

Bei der Leihe als unentgeltlichem Vertrag sind Modifikationen der Verantwortung angezeigt. Der Gesetzestext gibt dazu – es ist verrückt – nur einen einzigen Hinweis: Art. 306 Abs. 3 OR hält fest, dass der Entlehner bei abredewidrigem Gebrauch auch für Zufall haftet. Es ist deshalb an Lehre und Rechtsprechung, die Verantwortung des Verleihers zu mildern und diejenige des Entlehners zu erhöhen. Die Milderungen sollten jedoch nur greifen, soweit die Unentgeltlichkeit überhaupt eine Rolle spielt. Dies führt zu einer Differenzierung anhand des *Erfüllungs- und Integritätsinteresses*. Die Unentgeltlichkeit und damit die Wirkungsschwäche der Schenkung oder Leihe tangiert nur das Erfüllungsinteresse, nicht aber das Integritätsinteresse. In den Fällen, in denen wie beim Zufallskontakt auch das ausservertragliche Haftpflichtrecht zur Anwendung gelangt, soll die gemilderte Verantwortung nicht greifen. *Weshalb ist das so?* Das Integritätsinteresse gehört zum allgemeinen Güterschutz. Erfährt dieser eine Milderung, müsste man für die Schenkung oder Leihe durch Übernahme eines Risikos gleichsam zahlen.¹⁹

A. Verantwortung des Verleihers

Für die Modifikation der Verantwortung des Verleihers bieten sich diverse Normen an. Primär drängt sich die Anwendung von Art. 99 Abs. 2 OR an, wobei nicht restlos klar wird, ob die Norm den Sorgfaltsmassstab, den Verschuldensmassstab (*«Haftungsmassstab»*) oder einfach den Schadenersatz reduzieren will.²⁰ Es ist jedenfalls ein Ermessensentscheid.²¹ Dieses Ermessen lässt sich unseres

Erachtens stimmiger entlang den Wertungen des Art. 248 OR ausüben, der für die Fälle der positiven Vertragsverletzung, des Verzugs und der Unmöglichkeit ein qualifiziertes Verschulden verlangt (Art. 248 Abs. 1 OR) und die Sachgewähr nur bei expliziter Verabredung oder bei Arglist vorsieht (Art. 248 Abs. 2 OR).²² Die nachfolgenden Sachverhalte sollen diese Prinzipien erläutern:

Entlehner Edgar erhält von Verleiher Volker ein Fahrrad, damit er während zwei Tagen als Velokurier Geld verdienen kann. Volker unterlässt es, Edgar über die nicht funktionierenden Bremsen aufzuklären. Bekommt Edgar Schadenersatz für die infolge eines Unfalls erlittenen Verletzungen und den ausgebliebenen Gewinn? Es geht um eine Aufklärungspflichtverletzung, die Art. 248 Abs. 1 OR erfasst. Bei Grobfahrlässigkeit oder Vorsatz besteht somit eine Haftung für beide Schäden. Anzumerken ist, dass die Haftung in diesem bestimmten Fall auch bei leichtem Verschulden bestehen würde, da es um einen Integritätschaden geht, bei dem die Unentgeltlichkeit keine Rolle spielt. Grund dafür ist, dass in diesen Fällen schon das Deliktsrecht Schadenersatz gewährt.²³ Der ausgebliebene Gewinn ist ausnahmsweise deliktsrechtlich geschützt, sofern er auf der Körperverletzung beruht (Art. 46 Abs. 1 OR). Beruht er hingegen darauf, dass die Verwendung des von Edgar als gefährlich erkannten Fahrrads nicht zumutbar war, schuldet Volker Schadenersatz nur bei Grobfahrlässigkeit oder Vorsatz, weil es um das deliktsrechtlich nicht erfasste Erfüllungs- oder Äquivalenzinteresse geht.

Verleiher Volker übergibt Edgar ein durchgerostetes Fahrrad, weiss davon aber nichts. In diesem Fall greift Art. 248 Abs. 2 OR analog. Die Sachgewähr besteht folglich nur, sofern sie der Verleiher versprochen hat oder im Falle von Arglist. Zur Verfügung stehen dann die entsprechenden Ansprüche des Mietrechts (Art. 259a OR analog) – das Mietrecht als entgeltliches Pendant zur Leihe²⁴ sieht passende Lösungen vor. Einzig die Herabsetzung des Mietzinses ist nicht denkbar, da es gar keinen Mietzins gibt.²⁵ Führt die Durchrostung zu einem Unfall mit Verletzungen, so zählen diese auch als Mangelfolgeschäden²⁶ zum Integritätsinteresse: Der Verleiher muss selbst

¹⁸ BK-BECKER (FN 17), Art. 305 N 11; in Art. 253 N 14 bejaht er einen mietrechtlichen Innominatkontrakt, wenn der Mietzins nicht in einer Geldzahlung besteht.

¹⁹ Siehe dazu ARNOLD F. RUSCH, Schenkung und Verantwortung, AJP 2017, 1188 ff., 1190 f.; STEFAN GRUNDMANN, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 1998, 457 ff., 468.

²⁰ BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 2), Art. 99 N 13, m.w.H.

²¹ BGE 84 II 628 E. 1.

²² Siehe dazu RUSCH (FN 19), AJP 2017, 1189 ff.; vgl. ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. A., Bern 2002, 435.

²³ RUSCH (FN 19), AJP 2017, 1190.

²⁴ KELLER (FN 22), 435.

²⁵ Denkbar wäre allerdings die Geltendmachung eines Mangelschadens, den man zwar auf Art. 97 Abs. 1 OR stützt, aber den Einschränkungen des Art. 248 Abs. 2 OR analog unterwirft, weil er zur Sachgewähr zählt; siehe dazu RUSCH (FN 19), AJP 2017, 1191.

²⁶ Anders als bei der h.L. fallen unseres Erachtens auch die Mangelfolgeschäden unter Art. 248 Abs. 2 OR. Eine nähere Begründung erfolgt weiter unten.

bei leichtem Verschulden zahlen. Müsste der Entleiher die Gefährlichkeit der geliehenen Sache übernehmen und damit ein Schutzniveau unter dem des allgemeinen Deliktsrechts akzeptieren, stünde die Unentgeltlichkeit der Leihe im Zweifel, denn er würde gleichsam durch die Risikoübernahme «bezahlen».²⁷

Dieselben Prinzipien gelten für die Rechtsgewähr. Wenn Edgar von Volker ein Fahrrad erhält, das ihm der wahre Eigentümer vorzeitig entzieht oder entziehen will, besteht nur eine Verantwortung bei Arglist oder entsprechender Abrede. Die konkreten Ansprüche richten sich wiederum nach den mietrechtlichen Ansprüchen (Art. 259a Abs. 1, Art. 259e, Art. 259f OR analog).²⁸

B. Verantwortung des Entlehnens

Beim Entleiher besteht aufgrund der Unentgeltlichkeit eine gesteigerte Verantwortlichkeit. Zeuge dafür ist die Zufallshaftung bei abredewidriger Benutzung der geliehenen Sache (Art. 306 Abs. 3 OR). Dasselbe muss beim Rückgabeverzug des Entlehnens gelten. Aus Art. 306 Abs. 3 OR lässt sich *e contrario* ableiten, dass der Entleiher für Schäden bei abredemässiger Nutzung für jedes Verschulden einstehen muss.²⁹ Die Lehre hat eine darüberhinausgehende Verantwortlichkeit des Entlehnens gemäss Art. 422 Abs. 1 OR analog in Betracht gezogen,³⁰ was das Bundesgericht für den geschädigten Gefälligen so vorsieht.³¹ Unseres Erachtens ist dies für den Entleiher abzulehnen. *Erstens* erwähnt das Bundesgericht den dieser Rechtsprechung zugrundeliegenden Risikoaspekt. Dieser ist bei der Leihe weniger ausgeprägt. Man exponiert sich weniger stark, als dies bei einer unentgeltlichen Hilfeleistung der Fall ist.³² *Zweitens* zählt die Leihe aufgrund der Unentgeltlichkeit nicht automatisch zum altruistischen Verhalten. Eine Zwischennutzung eines Gebäudes³³ im Rahmen einer Leihe erfolgt zum Beispiel nur, um Hausbesetzungen zu verhindern.³⁴ Der Eigentümer verzichtet nicht aus Gutmenschenum auf einen Mietzins, sondern weil die mietrechtliche Qualifikation den Zwi-

schennutzern später die unerwünschte Erstreckung des Mietverhältnisses ermöglicht.³⁵

C. Vier Spezialfragen

Ist es stimmig, die zur Vertragshaftung konkurrierende Deliktshaftung ebenfalls den Einschränkungen der Unentgeltlichkeit zu unterwerfen? Teile der Lehre vertreten dies.³⁶ Dies ist unseres Erachtens nicht angezeigt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat *erstens* Art. 99 Abs. 2 OR bei Gefälligkeiten im Deliktsrecht mit der *diligentia quam in suis* zur Anwendung gebracht.³⁷ *Zweitens* ist es nicht richtig, die Verantwortung bei unentgeltlichen Verträgen unter das Niveau des Zufallkontakts fallen zu lassen. Ein Geschäft verliert den Charakter der Unentgeltlichkeit, wenn man dafür mit einer Risikoübernahme «bezahlen» muss.³⁸ Es ist deshalb richtig, im Bereich der Integritätsschäden, die das Deliktsrecht abdeckt, die Einschränkungen der Unentgeltlichkeit nicht anzuwenden.

Wäre es möglich, dieselben Ergebnisse durch die Anwendung von Art. 99 Abs. 2 OR zu erzielen? Ja, das wäre denkbar.³⁹ Als Teil des allgemeinen Teils des Obligationenrechts wäre die Norm sogar direkt anwendbar, während Art. 248 OR als Schenkungsnorm nur auf dem Weg der Analogie zur Anwendung gelangt. Man könnte aber auch sagen, dass die in Art. 99 Abs. 2 OR vorgesehene Ermessensausübung idealerweise entlang den in Art. 248

²⁷ Vgl. oben FN 19.

²⁸ Die Rechtsgewährleistung führt nicht bloss zu den Folgen gemäss Art. 259f OR, sondern tritt diesen hinzu, vgl. BSK OR I-WEBER (FN 2), Art. 259f N 5.

²⁹ Siehe dazu NADJA SCHWERY, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, Zürich 2013, N 218 ff.

³⁰ SCHWERY (FN 29), N 219; KELLER (FN 22), 436.

³¹ BGE 129 III 181 E. 4.1.

³² Vgl. SCHWERY (FN 29), N 219; BGE 129 III 181 E. 4.1.

³³ Siehe zur Zwischennutzung eines Gebäudes als immaterielle Gegenleistung Kap.I.C.

³⁴ BÜCHI/GEHRIG (FN 14), N 3.

³⁵ BÜCHI/GEHRIG (FN 14), N 18; vgl. Art. 272 ff. OR; vgl. BGer, 4D_136/2010, 11.2.2011, E. 4.3.3: «Die Bestimmungen über den Kündigungsschutz einschliesslich der Erstreckungsmöglichkeit gelten nur und ausschliesslich für Mietverträge (betreffend Wohn- und Geschäftsräume), nicht aber für Gebrauchsleiheverhältnisse, auch nicht analog [...]»

³⁶ Vgl. HUGUENIN (FN 3), N 2879, m.w.H.; BSK OR I-VOGT/VOGT (FN 2), Art. 248 N 4; SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Fribourg 1996, N 357; a.M. RUSCH (FN 19), AJP 2017, 1190 f.

³⁷ BGE 137 III 539 E. 5.2: «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 Gefälligkeithandlungen Anwendung, bei denen ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille fehlt (HONSELL, a.a.O., § 9 N. 38). Bei Gefälligkeithandlungen ist mithin grundsätzlich von einer verminderten Sorgfaltspflicht auszugehen (THIER, in: OR, Kurzkomentar, Honsell [Hrsg.], 2008, N. 7 zu Art. 99 OR). 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 aufzuwenden.»

³⁸ Vgl. oben FN 19.

³⁹ Vgl. BK-BECKER (FN 17), Art. 305 N 8.

OR vorgezeichneten, differenzierenden Linien erfolgen sollte. Bei Art. 99 Abs. 2 OR bleibt letztlich unklar, ob die Norm bei der Schadenersatzbemessung, dem Verschuldensmassstab oder dem Sorgfaltsmassstab ansetzt. Die Anwendung unterliegt überdies der wenig vorhersehbaren Ermessensausübung des Richters. Unseres Erachtens ist es die Schadenersatzbemessung, da die Norm auch bei Kausalhaftungen Anwendung finden sollte.⁴⁰ Die analoge Anwendung von Art. 248 OR differenziert auf plausible Art und Weise zwischen Vertragsverletzung und Gewährleistung. Sie führt im Ergebnis zur gleichen stimmigen Lösung, die für die Leihe in Deutschland gilt (§§ 599 f. BGB), wenn man von der Erfassung des Mangelfolgeschadens absieht,⁴¹ doch dazu gleich mehr.

Ist es richtig, den Mangelfolgeschaden unter Art. 248 Abs. 2 OR analog zu subsumieren? Die h.L. ordnet diese Ansprüche Abs. 1 zu.⁴² Unseres Erachtens fallen alle Ansprüche, die aus Mängeln herrühren, unter Abs. 2, da das Gesetz für die Sachgewähr insgesamt eine Sonderordnung schafft. Das Obligationenrecht trennt Haftung und Gewähr nicht, wohl aber Sachgewähr und andere vertragliche Pflichten. Art. 171, 195 und 197 OR belegen dies.⁴³ Der Mangelschaden – also der Minderwert – lässt sich beim Kauf auch über Art. 97 Abs. 1 OR erfassen.⁴⁴ Den-

noch unterliegt dieser alternative Anspruch den Spezifika der Sachgewähr, weil er dort seine Legitimation findet. Dasselbe gilt für den Mangelfolgeschaden. Es überzeugt nicht, bei der Leihe einer mangelhaften Sache mangels Abrede keine Mangelbeseitigung zu gewähren, bei Grobfahrlässigkeit dem Entlehner jedoch den entgangenen Gewinn zuzusprechen.

Ist die gemilderte Verantwortung des Verleihers auch dann einschlägig, wenn der Entlehner den vollen Unterhalt für die Sache bezahlen muss? Bei Zwischennutzungen von Gebäuden verlangen die Eigentümer zwar keinen Mietzins, wälzen aber in Anwendung von Art. 307 Abs. 1 OR die vollen Unterhaltskosten der Sache auf den Entlehner ab: *«Dies bedeutet nicht, dass der Verleiher dem Entlehner gar nichts in Rechnung stellen darf, um sich das Mietrecht vom Leibe zu halten.»*⁴⁵ Eigentlich müsste der Entlehner den Unterhalt bewerkstelligen,⁴⁶ doch bezahlt er vertragsgemäss den Verleiher dafür. Wenn man schon den Unterhalt bezahlen muss, kann man dann nicht die volle Funktionsfähigkeit und Gefahrlosigkeit der Benutzung verlangen? Der Entlehner bezahlt dem Verleiher für den Unterhalt, den dieser nicht korrekt vornimmt. Wenn man diese Formulierung wählt, liegt bezüglich des damit abgegoltenen Unterhalts keine Unentgeltlichkeit vor: Durch die vertraglich vereinbarte Bezahlung verschiebt sich die Pflicht zum gewöhnlichen Unterhalt vom Entlehner zum Verleiher. Darin ist auch eine implizite und beschränkte Gewährleistungszusage zu sehen: Wäre der Mangel bei gewöhnlicher Unterhaltung der Sache gemäss Art. 307 Abs. 1 OR nicht entstanden oder hätte sich keine Schädigung ergeben, muss der Verleiher den Mangel beseitigen und den Mangelfolgeschaden übernehmen.

⁴⁰ EVA MAISSEN/TINA PURTSCHERT/ARNOLD F. RUSCH, Unentgeltliche Hilfeleistung: GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag?, Jusletter 9.9.2013, N 21.

⁴¹ MK-HÄUBLEIN, Münchener Kommentar BGB, 9. A., München 2023, § 599 N 9, m.w.H.

⁴² Vgl. BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER (FN 2), Art. 305 N 12, und BSK OR I-VOGT/VOGT (FN 2), Art. 248 N 4. Zur gleichen Diskussion siehe Staudinger BGB-CHIUSI, Berlin 2021, § 524 N 3, m.w.H., und BGH, IVa ZR 104/83, 20.11.1984, E. 3 (Sachgewährleistungsnorm, also § 524 Abs. 1 BGB, erfasst auch den Mangelfolgeschaden).

⁴³ Vgl. dazu RUSCH (FN 19), AJP 2017, 1189; Art. 171 OR verwendet im Rahmen der Gewährleistung das Verbum «haften». Auch Art. 173 OR verwendet diese Terminologie: *«Der Abtretende haftet vermöge der Gewährleistung [...]»* (ebenso in Art. 197 Abs. 1 OR). Das Gesetz sieht in Art. 100 und 199 OR zwei verschiedene Massstäbe für die Freizeichnung vor, einen für die Sachgewähr, einen für die übrigen Pflichten (Verzug, Unmöglichkeit, pos. Vertragsverletzung). Man haftet also nicht nur für Schadenersatz – Haftung bedeutet entstehen müssen, was auch für die Gewährleistung gilt (a.M. HUBERT STÖCKLI, Eine Jauchegrube, ein Betondeckel und die Frage, ob die vertragliche Freizeichnung gültig war, BR 2017, 352 f., 353: *«Ein anderer Zugang könnte sich über die Beobachtung ergeben, dass Art. 199 ausdrücklich von der «Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht» spricht und sich die Bestimmung deshalb auch so verstehen liesse, dass davon nur die Minderungs- und die Wandelungsbefugnis (dazu Art. 205 OR) des Käufers erfasst werden, während sich die vertragliche Freizeichnung von der Haftung auf Schadenersatz nach Art. 100 und Art. 101 OR beurteilt.»*)

⁴⁴ BGE 114 II 131 E. 1a/1b.

⁴⁵ BÜCHI/GEHRIG (FN 14), N 21.

⁴⁶ Vgl. BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER (FN 2), Art. 307 N 5: *«Soweit den Entlehner eine Pflicht zur Übernahme von Unterhaltskosten trifft, hat er – soweit nichts anderes vereinbart – eine parallele Pflicht, die entsprechenden Unterhaltsarbeiten vornehmen zu lassen. Weiter hat er alle zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um die Leihsache vor Schäden oder Wertverlust zu bewahren (BGer, 19.2.2004, 4C.307/2003, E. 5.2; Tercier/Bieri/Carron, Rz 2470).»*; vgl. ZK-HIGI (FN 5), Art. 307 N 22: *«Die Beschränkung des Gegenstands von Art. 307 auf eine Kostenverteilung unter den Parteien (vgl. vorn N 8–10) belässt zudem dem Entlehner die Möglichkeiten, bei Nichterfüllung der Unterhaltungspflichten durch den Verleiher in Natura (Reparatur usw.) entweder die Sache zurückzugeben (vgl. N 29, N 31 und N 34 zu Art. 309) und den Ersatz allfälligen Schadens zu fordern (gestützt auf Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 2 und Art. 248 Abs. 1; vgl. N 49 zu Art. 305) oder den Unterhalt bzw. die Erhaltung selbst vorzunehmen und dafür (Verwendungs-)Ersatz zu verlangen, weil er damit im Interesse des Verleihers gehandelt hat (vgl. Art. 307 Abs. 2 sowie nachstehend N 37 ff.; vgl. Oser/Schönenberger, N 2 f. zu Art. 307).»*