

Separatum aus:

**Der Allgemeine Teil und das Ganze –
Liber Amicorum für Hermann Schulin**

Herausgegeben von
Nedim Peter Vogt und Dieter Zobl

**Einem geschenkten Gaul schaut man
nicht ins Maul**

Bedeutung und Herkunft der Parömie und ihre Umsetzung in
Art. 248 OR und den Nachbarrechten

Alfred Koller

Helbing & Lichtenhahn

Erstmals erschienen in:

Der Allgemeine Teil und das Ganze – Liber Amicorum für Hermann Schulin, herausgegeben von Nedim Peter Vogt und Dieter Zobl. Basel, Genf, München 2002, S. 97–112.

ISBN 3-7190-2128-9 (Helbing und Lichtenhahn)

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (technisch, elektronisch und/oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab Datenbank sowie via Netzwerke zu kopieren und zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag.

ISBN 3-7190-2128-9

© 2002 by Helbing & Lichtenhahn, Basle, Switzerland

Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul

Bedeutung und Herkunft der Parömie und ihre Umsetzung in
Art. 248 OR und den Nachbarrechten

Alfred Koller*

Inhaltsübersicht

- I. Bedeutung, Herkunft und Verbreitung der Parömie
 - 1. Bedeutung und Herkunft
 - 2. Rechtsvergleichende Hinweise auf das Haftungsprivileg des Schenkers
- II. Die Umsetzung der Parömie in Art. 248 OR
 - 1. Überblick
 - 2. Echte Gewährleistung
 - 3. Unechte Gewährleistung
 - 4. Pflichtwidrige Verschweigung eines Mangels
- III. «Der Allgemeine Teil und das Ganze»: Das Verhältnis von Art. 248 OR zu Art. 97 OR und zu Art. 41 OR
 - 1. Einleitung
 - 2. Art. 248 OR/allgemeines Schlechterfüllungsrecht
 - 3. Art. 248 OR/Deliktshaftung nach Art. 41 OR
- IV. Zu guter Letzt

I. Bedeutung, Herkunft und Verbreitung der Parömie

1. Bedeutung und Herkunft

«Das Sprichwort ist vom Pferdehandel entlehnt. Der Pferdekäufer öffnet das Maul des Thiers, um das Alter desselben zu erfahren, wie er überhaupt die Mängel desselben aus Zähnen, Füssen und Augen beurtheilt.» (Wander [zit. in

* Dank schulde ich vorab meinem Assistenten Herrn Dr. iur. BEAT ZUMSTEIN; er war für die Materialsammlung besorgt und hat den Text formal bereinigt. Ein weiterer Dank geht sodann an meinen Kollegen und Freund BRUNO HUWILER, Professor in Bern. Er hat sich die Mühe genommen, eine nicht ganz leichte Digestenstelle zu übersetzen (s. Anm. 3).

Anm. 2], I Sp. 1362 Nr. 25) Eine solche Prüfung gebührt sich für den Beschenkten nicht. Ob er das schenkungsweise angebotene Pferd annehmen will oder nicht, steht ihm frei. Nimmt er es aber an, so darf er wegen allfälliger (Sach-) Mängel «keine Beschwerde führen, noch weniger Gewährleistung fordern» (Wander, wie Anm. 2). Dass der Beschenkte allerdings überhaupt nie «Beschwerde führen» darf, will das Sprichwort nicht besagen. Sonderfälle waren von jeher vorbehalten, insbesondere war der Schenker bei arglistiger Verschweigung eines Mangels haftbar¹. Im übrigen galt das Sprichwort selbstverständlich nicht nur für Pferde («Gäule»), sondern für beliebige schenkungsweise überlassene Gegenstände².

Der Gedanke, dass der Schenker milder haftet als der Schuldner aus einem entgeltlichen Vertrag, findet sich bereits im römischen Recht, freilich nicht als Sprichwort und ohne den Bezug zum Pferdehandel³. Schon beim Kirchenvater Hieronymus (um 347–420) ist dann nachzulesen, dass man einem geschenkten Pferd nicht ins Maul schaut. «*Noli equi dentes inspicere donati*», heisst es im Vorwort seines Kommentars zum Epheserbrief⁴. Dann finden wir unser Sprich-

¹ S. Anm. 3 zum römischen Recht.

² EISENHART JOHANN FRIEDRICH, Deutsches Recht in Sprichwörtern, neu bearbeitet von Dr. Waldmann, Berlin 1935, S. 108; WANDER KARL FRIEDRICH WILHELM (Hrsg.), Deutsches Sprichwörter-Lexikon, Ein Hausschatz für das deutsche Volk, Darmstadt 1964.

³ L. 18 § 13 D. de don. 39.5. *Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur; nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.* – Wenn jemand mir eine fremde Sache schenkt, ich dafür grosse Kosten habe und sie mir evinziert wird, so steht mir, sagt Labeo, keine Klage gegen den Schenker zu; wegen Arglist könne ich allerdings gegen diesen klagen, wenn er arglistig gewesen sei. (Übersetzung von HANSJÖRG PETER, Texte zum römischen und schweizerischen Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2000, S. 179 f.) Die wiedergegebene Digestenstelle betrifft zwar die Rechtsgewährleistung. Hinsichtlich der – hier allein interessierenden – Sachgewährleistung galt jedoch Entsprechendes: L. 62 D. de aedil. ed. 21.1. *Modestinus libro octavo differentiarum. Ad res donatas edictum aedilium curulium non pertinere dicendum est; etenim quid se restitutum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? quid ergo si res ab eo cui donata est melior facta sit, numquid quanti eius qui meliorem fecit interest donator conveniatur? quod minime dicendum est, ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiat: itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quae in rebus venalibus aediles repromitti iubent. sane de dolo donator obligare se et debet et solet, ne quod benigne contulerit fraudis consilio revocet.* – Es ist davon auszugehen, dass das Edikt der kurulischen Aedilen auf eine geschenkte Sache nicht angewendet werden kann. Denn was sollte der Schenker mangels eines Preises zurückerstatten? Was soll ferner gelten, wenn die Sache vom Beschenkten aufgewertet worden wäre, soll diesfalls der Schenker auf das Interesse dessen, welcher den Mehrwert schuf, belangt werden können? Dies trifft keinesfalls zu, damit nicht in einem derartigen Falle der Schenker für seine Freigebigkeit noch zusätzlich benachteiligt wird. Wenn also eine Sache verschenkt werden soll, wird es nicht erforderlich sein, das zu versprechen, was die Aedilen bei einer zum Verkaufe stehenden Sache zuzusichern anordnen. (Das Unterbleiben) von Arglist soll und muss der Schenker freilich garantieren, damit er nicht in betrügerischer Absicht widerrufen, was er wohlwollenderweise zugewendet hat. (Übersetzung von Professor BRUNO HUWILER, Bern)

wort «während des Mittelalters in vielen Quellen und mancherlei Gestalt» (Foth [Anm. 4], S. 175). Wander⁵ erwähnt mehrere Sammlungen von Rechtssprichwörtern, in denen es aufgeführt ist, so etwa Gruter's Florilegium aus dem Jahre 1612.

Das inhaltsgleiche französische Rechtssprichwort «A cheval donné, on ne regarde point à la bouche» soll folgenden Ursprung haben: «Calvo, ein Spanier, der in den Feldzügen gegen die Mauren Wunder der Tapferkeit gethan hatte, nahm unter Ludwig XIV. [1643–1715] französische Dienste. Er war ein leidenschaftlicher Pferdeliebhaber. Sein Reitpferd nannte er Moncoeur. Nachdem er Maastricht gegen die Belagerung Wilhelms III. von Oranien 40 Tage so vertheidigt hatte, dass die Belagerung aufgehoben werden musste, während Ludwig geglaubt hatte, die schwache Stadt werde sich nicht 15 Tage halten können, liess er Calvo zu sich kommen, um ihm persönlich seine Achtung zu bezeigen. Der König leitete die Unterhaltung auf die Pferde, bewunderte besonders das Reitpferd Calvo's und bot ihm zuletzt einen Tausch an. «Sire», erwiderte der brave Krieger, «fordern Ihre Majestät meine Gattin, ich werde sie Ihnen geben, aber lassen Sie mir Moncoeur.» – «Ventre saint gris», unterbrach ihn der König, «Ihre Frau hat ja keine Zähne mehr.» – «Sire», antwortete Calvo, «einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul». Der König brach in lautes Gelächter aus. Diese Antwort soll nun, unzähligemal wiederholt, in ein Sprichwort übergegangen sein.» (Wander [Anm. 2], I Sp. 1363 Nr. 25) Das sagt der Volksmund, in Wirklichkeit bestand das Rechtssprichwort – wie gesehen – bereits viel früher, und mit anderem Ursprung.

2. Rechtsvergleichende Hinweise auf das Haftungsprivileg des Schenkers

Der Grundsatz, dass der Schenker milder als andere Schuldner haftet, galt im römischen und im Gemeinen Recht⁶ und floss auch in die meisten Kodifikationen ein, welche ausgangs des 18. und im 19. Jahrhundert entstanden, so in das Allgemeine Landrecht Preussens⁷, das Sächsische Civilgesetzbuch⁸ und das ABGB (hier freilich nur mit Bezug auf die – hier nicht interessierende – Rechtsgewähr-

⁴ Vgl. BÜCHMANN GEORG, Geflügelte Worte, Der Zitatenschatz des deutschen Volkes, 31. A., Zürich 1964, S. 567; FOTH ALBRECHT, Gelehrtes römisch-kanonisches Recht in deutschen Rechtssprichwörtern, Tübingen 1971, S. 175.

⁵ WANDER (Anm. 2) I Sp. 1363 Nr. 25.

⁶ VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, System des heutigen römischen Rechts, 4. Band, Berlin 1841, S. 121; REGELSBERGER FERDINAND, Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893, S. 3 ff.

⁷ Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, in Kraft getreten am 1. Juni 1794, §§ 1083 f.

⁸ Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, in Kraft getreten am 1. März 1865, §§ 949, 1055.

leistung, s. unten). «Nur der Code civil enthält [enthielt] sich besonderer Bestimmungen.» (Oertmann Paul, Kommentar zum BGB, 3. A., Berlin 1910, N 1 zu § 521) In den modernen Kodifikationen findet sich der Grundsatz ebenfalls, so im BGB, im OR und im Codice civile italiano (CCit.) aus dem Jahre 1942. Allerdings bestehen inhaltliche und sprachliche Differenzen.

Der CCit. unterscheidet zwischen Mängeln, welche bereits bei Vertragsabschluss vorlagen (ursprüngliche Mängel), und später entstandenen Mängeln (nachträgliche Mängel). Für ursprüngliche Mängel haftet der Schenker vorbehaltlich einer besonderen Abmachung nur bei arglistiger Verschweigung (Art. 798⁹). Für nachträgliche Mängel haftet er im Falle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (Art. 789¹⁰).

Anders das österreichische Recht. Das ABGB regelt nur die – hier nicht interessierende – Rechtsgewährleistung und sieht insoweit vor, dass (bloss) die wissentliche Verschweigung eines Mangels bei Vertragsabschluss haftbar macht (§ 945¹¹). Nach dem ursprünglichen Entwurf zum ABGB sollten Sachmängel gleich behandelt werden wie Rechtsmängel. Schliesslich hat man jedoch auf eine entsprechende Regelung verzichtet. Daraus leitet Krasnopolski ab, jede Verschweigung eines Sachmangels schade, also nicht nur eine wissentliche, sondern auch eine fahrlässige¹². Die (heute) herrschende Lehre ist demgegenüber der Meinung, § 945 ABGB sei auf Sachmängel analog anwendbar¹³. Unbestritten ist, dass § 945 ABGB nur ursprüngliche Mängel betrifft. Für nachträgliche Mängel fehlt – anders als im italienischen Recht – eine spezielle Regelung. Daraus wird geschlossen, der Schenker hafte nach allgemeinem Grundsatz für jedes Verschulden¹⁴. «Gewöhnlich wird allerdings angenommen, dass die Parteien die Haftung

⁹ Art. 798. *Salvo patto speciale, la garanzia del donante non si estende ai vizi della cosa, a meno che il donante sia stato in dolo* (1490 ss.). – Vorbehaltlich einer besonderen Abmachung erstreckt sich die Gewährleistung des Schenkers nicht auf Mängel, mit denen die Sache behaftet ist, ausser wenn der Schenker arglistig war (1490 ff.).

¹⁰ Art. 789. *Il donante, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'eseguire la donazione, è responsabile soltanto per dolo o per colpa grave.* – Der Schenker haftet im Fall der Nichterfüllung oder der verspäteten Durchführung der Schenkung nur wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

¹¹ § 945. Wer wissentlich eine fremde Sache verschenkt, und dem Geschenknehmer diesen Umstand verschweigt, haftet für die nachteiligen Folgen. – Die genau gleiche Regelung kennt das liechtensteinische ABGB (§ 945). Das verwundert freilich nicht, hat doch das Fürstentum Liechtenstein das österreichische ABGB in seiner Gesamtheit rezipiert (vgl. z.B. KARL V. IN DER MAUR, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911, Wien 1911, S. 759).

¹² KRASNOPOLSKI HORAZ, Österreichisches Obligationenrecht, herausgegeben und bearbeitet von Bruno Kafka, Wien 1910, S. 326.

¹³ SCHWIMANN/BINDER, Kommentar zum ABGB, 2. A., Wien 1997–2001, N 4 zu § 945 («Hier müssen dieselben Grundsätze gelten.»).

¹⁴ Z.B. KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht, Band II, 12. A., Wien 2001, S. 180.

Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul

des Schenkenden für leicht fahrlässiges Verhalten ausschliessen.» (Koziol/Welser [Anm. 14], S. 180).

Das deutsche BGB unterscheidet ursprüngliche und nachträgliche (Sach-) Mängel. Seine Regelung entspricht weitgehend der italienischen: Für ursprüngliche Mängel haftet der Schenker nur bei arglistiger Verschweigung (§ 524 Abs. 1¹⁵), für nachträgliche Mängel haftet er bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit (§ 521¹⁶)¹⁷.

II. Die Umsetzung der Parömie in Art. 248 OR

Alles bisher Gesagte bezieht sich – unausgesprochen – nur auf *Stückschenkungen*. Diese Einschränkung gilt auch für die folgenden Ausführungen¹⁸. Die besonderen Probleme, welche eine Gattungsschenkung aufwirft (vgl. etwa § 524 Abs. 2 BGB), bleiben somit ausser Betracht. Gegenstand der folgenden – wie auch der bisherigen – Ausführungen bilden sodann nur *Sachmängel*. Für Rechtsmängel gilt jedoch nach schweizerischem Recht *mutatis mutandis* dasselbe wie für Sachmängel¹⁹ (vgl. demgegenüber zum österreichischen Recht oben I/Ziff. 2).

1. Überblick

Art. 248 Abs. 1 OR regelt die Nicht- oder Schlechterfüllung einer Schenkung. Er betrifft beliebige Leistungsstörungen, insbesondere Verzug, nachträgliche Unmöglichkeit und Schlechtleistung. Demgegenüber betrifft Abs. 2 von Art. 248 OR ausschliesslich die Sachgewährleistung. Genauer geht es um den Fall, dass der Schenker eine Sache liefert, welche bereits bei Vertragsabschluss einen Mangel aufwies. Ist der Mangel erst nach Vertragsabschluss entstanden, so richtet sich die Haftung des Schenkers nach Art. 248 Abs. 1 OR; es liegt dann ein Fall von Schlechtleistung vor. Die Haftung für Schlechtleistung kann man auch als *un-*

¹⁵ § 524. (1) Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

¹⁶ § 521. Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

¹⁷ S. neustens MEDICUS DIETER, Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen, FS für Walter Odersky, Berlin/New York 1996, S. 589 ff.

¹⁸ Gattungsschenkungen kommen zwar vor, spielen aber eine vergleichsweise geringe Rolle. Das mag erklären, weshalb von den Nachbarrechtsordnungen nur das BGB eine einschlägige Regelung getroffen hat (§ 524 Abs. 2).

¹⁹ Im deutschen Recht ist dies gesetzlich festgeschrieben (vgl. § 523 Abs. 1 BGB einerseits, § 524 Abs. 1 BGB andererseits).

echte Gewährleistung bezeichnen, im Gegensatz zur *echten Gewährleistung*, welche die Einstandspflicht für einen anfänglichen Mangel beschlägt²⁰.

Damit wird eine Unterscheidung des Kaufrechts auf das Schenkungsrecht übertragen. Sie hat folgenden Hintergrund: Der Verkäufer einer bereits bei Vertragsabschluss mangelhaften Sache ist zu nichts anderem als zur Lieferung gerade dieser Sache verpflichtet. Er verletzt daher seine Obligation nicht, wenn er den Mangel vor der Lieferung nicht beseitigt²¹. Trotzdem hat er unter bestimmten Voraussetzungen für den Mangel einzustehen: nicht deshalb, weil er pflichtwidrig gehandelt hätte, sondern weil der Käufer nicht das erhalten hat, was er nach dem Vertrag erwarten durfte. Diese Einstandspflicht des Verkäufers wird als *echte Gewährleistung* bezeichnet²². *Echte Gewährleistung* bedeutet «soviel wie Garantie», *Garantie* aber setzt eine «Hauptleistung» voraus, «die bloss erwartet, nicht geschuldet ist» (von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 18). Nach dem Gesagten knüpft die *echte Gewährleistung* nicht an eine *Schlechtleistung* (Pflichtwidrigkeit) des Verkäufers an. Aus der Sicht des Käufers ist freilich auch die Lieferung einer von Anfang an mangelhaften Sache «schlecht». Man mag daher von *Schlechtleistung* im uneigentlichen Sinne sprechen. Um *Schlechtleistung* im eigentlichen Sinne geht es hingegen bei der *unechten Gewährleistung*; diese ist Reaktion auf eine Verletzung der Pflicht, die verkaufte Sache in dem verkauften Zustand zu liefern und sie nicht nachträglich zu verschlechtern.

Schlechtleistung (in jeder Form) bedeutet Lieferung einer mangelhaften Sache, d.h. einer Sache, der eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder eine Eigen-

²⁰ Den Ausdruck *echte Gewährleistung* findet man bei SCHOLLMAYER (Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht beim Kauf, Jher. Jahrbücher 1905, S. 93 ff.), ferner bei GIGER (Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 197–210 OR, N 16) und bei NEUENSCHWANDER (Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, S. 25).

²¹ Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Vorschlag des Bundesrats, dem Käufer künftig ein Nachbesserungsrecht zuzugestehen (Entwurf für ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr [Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb], Art. 205 Abs. 1 lit. c E OR), Gesetz werden sollte. Denn auch dann ist der Verkäufer nicht gehalten, die Sache von sich aus noch vor der Lieferung zu verbessern und in der verbesserten Form zu liefern. Er kann es vielmehr dem Käufer überlassen, ob er Nachbesserung verlangen oder ein anderes Mängelrecht (Minderung, Wandelung) geltend machen will.

²² Dieser Gewährleistungstheorie steht die Erfüllungstheorie gegenüber (vgl. HONSELL, Basler Kommentar, Vorbem. zu Art. 192–210 OR, N 2; eingehend zur Problematik die bei Neuschwander [Anm. 20], S. 25 Anm. 18, zitierten Autoren; eingehend aus deutscher Sicht NEUMANN IRMGARD, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, Heidelberg 1989, S. 75 ff.). Nach dieser vor allem von Giger vertretenen Ansicht ist die «Qualität als Vertragsinhalt» anzusehen. Infolgedessen gehöre auch die Mängelfreiheit zum Leistungsinhalt. In der Sache variieren die Auffassungen freilich kaum, weil auch Giger anerkennt, dass der Verkäufer nicht verpflichtet ist, allfällige Mängel vor der Lieferung zu beseitigen (GIGER, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 197–210 OR, N 16 f.). Will man den Theorienstreit entscheiden, so spricht alles für die Gewährleistungstheorie. Zwar gehört die Qualität durchaus zum Vertragsinhalt (jedenfalls soweit es um zugesicherte Eigenschaften geht). Da sich aber die vertragliche Abmachung nicht in einer Erfüllungspflicht niederschlägt, ist schwer zu ersehen, wie man der Erfüllungstheorie folgen könnte. Giger ist offenbar der Meinung, jede Vertragswidrigkeit bedeute eine Schlechterfüllung (im engen Sinne). Das trifft offensichtlich nicht zu.

schaft, die der Beschenkte nach Treu und Glauben voraussetzen darf (vgl. Art. 197 OR). Davon zu unterscheiden ist die *Verletzung einer Nebenpflicht*. Beides kann sich allerdings eng berühren. Insbesondere steht einem Sachmangel die Verletzung einer Aufklärungspflicht, welche über den richtigen Gebrauch der geschenkten Sache orientieren soll, nahe²³. Angenommen, ein Bauer verschenkt nicht mehr benötigtes Tierfutter einem befreundeten Landwirt, der Kälber züchtet. Ist das Futter für die Kälberzucht an sich geeignet, muss jedoch eine bestimmte Dosierung beachtet werden, ansonsten die Kälber Schaden nehmen, so ist das Futter nicht mangelhaft, hingegen ist der Schenker unter Umständen nach Treu und Glauben verpflichtet, den Beschenkten auf das Dosierungserfordernis aufmerksam zu machen²⁴. Die Verletzung einer solchen Nebenpflicht richtet sich nicht nach den Regeln über die Schlechtleistung (vgl. mit Bezug auf den Kauf BGE 96 II 115 [falsche Verpackung]). Was das Haftungsmass anbelangt, gilt allerdings Art. 248 Abs. 1 OR. Nicht um Schlechtleistung, sondern um die Verletzung einer Nebenpflicht geht es auch dann, wenn der Schenker nachträglich entdeckte Mängel dem Beschenkten pflichtwidrig nicht mitteilt (s. unten Ziff. 4).

2. *Echte Gewährleistung*

a) Der Schenker ist vorab dann gewährleistungspflichtig, wenn er die Mängelfreiheit **zugesichert** hat (Art. 248 Abs. 2 OR; vgl. Art. 798 CCit.). Inhalt und Umfang der Gewährleistung bestimmen sich in erster Linie nach der Zusage. Soweit diese schweigt, kommen die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts analog zur Anwendung (vgl. § 524 Abs. 2 BGB)²⁵. Danach kann der Beschenkte die Sache zurückweisen (Wandelung, Art. 205 OR) und Ersatz des Schadens verlangen, welcher ihm durch die Lieferung der Sache unmittelbar verursacht wurde (Art. 208 Abs. 2 OR). Trifft den Schenker ein Verschulden, hat der Beschenkte auch Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens (Art. 208 Abs. 3 OR). Die in Art. 205 OR ebenfalls vorgesehene Minderung des Kaufpreises fällt hier ausser Betracht, da der Beschenkte kein Entgelt versprochen hat und damit für eine Minderung das Substrat fehlt²⁶.

²³ Vgl. das Beispiel bei GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 31 Nr. 15.

²⁴ Vgl. BGHZ 93,23 ff.

²⁵ MAISSEN SANDRA, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Freiburg 1996, Nr. 382, welche dann jedoch in den Schlussfolgerungen von der im Text vertretenen Ansicht abweicht; OSER, Zürcher Kommentar, 1. A., N 5c zu Art. 248 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 4 zu Art. 248 OR; BECKER, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 248 OR.

Beispiel: S schenkt dem B einen Computer. Dieser weist erhebliche, den ordentlichen Gebrauch ausschliessende Mängel auf. Weil B dringend auf einen funktionstüchtigen PC angewiesen ist, deckt er sich anderweitig ein, indem er bei Z einen PC kauft. Am geschenkten Computer ist er nun nicht mehr interessiert. Er möchte daher vom Vertrag zurücktreten, die Obligation des S beseitigen, sich damit aber auch von seiner Annahmepflicht (Art. 91 OR) befreien. Diese Möglichkeit steht ihm nach Art. 248 Abs. 2 OR offen, sofern S die Funktionstüchtigkeit des PC zugesichert hatte. Unter dieser Voraussetzung muss S den PC auf Aufforderung von B zurücknehmen, andernfalls B das Gerät – auf Kosten von S – hinterlegen kann (Art. 92/94 OR).

Was unter mittelbarem bzw. unmittelbarem Schaden zu verstehen ist, ist strittig. Nach der bundesgerichtlichen, m.E. zutreffenden Ansicht ist damit das positive bzw. negative Vertragsinteresse gemeint (BGE 79 II 376). Die kausale Haftung des Schenkers gemäss Art. 248 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 208 Abs. 2 OR beschränkt sich somit auf das negative Vertragsinteresse. «Beizufügen ist, dass OR 208,2 nur sog. reine Vermögensschäden erfasst, weshalb mangelbedingte Beeinträchtigungen des Erhaltungsinteresses, wiewohl zum negativen Vertragsinteresse gehörend, nicht darunter fallen.» (Guhl/Koller/Schnyder/Druey [Anm. 23], § 42 Nr. 40²⁷). Strittig ist ferner, ob die Haftung des Schenkers für das positive Vertragsinteresse ein grobes Verschulden voraussetzt oder ob jedes Verschulden genügt²⁸. M.E. gilt Ersteres, gestützt auf Art. 248 Abs. 1 OR, der Art. 99 Abs. 1 OR auch in diesem Kontext verdrängt. In dem eben gemachten Beispiel haftet also S nur dann auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses von B, wenn er die Funktionstüchtigkeit des PC in grob fahrlässiger Weise oder gar wider besseres Wissen zugesichert hat.

b) Der Schenker ist ferner dann gewährleistungspflichtig, wenn er einen Mangel bei Vertragsabschluss **absichtlich (arglistig) verschwiegen** hat. Das ist zwar in Art. 248 Abs. 2 OR – anders als etwa im deutschen oder italienischen Recht (§ 524 Abs. 1 BGB, 798 CCit.) – nicht ausdrücklich vorgesehen, versteht sich

²⁶ Sollte der vom Bundesrat gemachte Vorschlag, dem Käufer ein Nachbesserungsrecht einzuräumen (vgl. Anm. 21), Gesetz werden, müsste man wohl auch dem Schenker – bei Vorliegen eines Gewährleistungstatbestandes – ein solches Recht einräumen.

²⁷ Ob Beeinträchtigungen des Integritätsinteresses wirklich unter das negative Vertragsinteresse fallen, braucht hier nicht entschieden zu werden. Richtiger dürfte es wohl sein, die Frage zu verneinen und jeweils immer gesondert zu prüfen, ob hinsichtlich des Integritätsinteresses ein eigener Haftungstatbestand gegeben ist. Haftet beispielsweise der Schuldner nach Art. 109 Abs. 2 OR auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, so hat er zwar den Vertrauensschaden (insbesondere frustrierte Aufwendungen) des Gläubigers zu ersetzen, Integritätsschäden hingegen nur dann, wenn sich das Verschulden nicht bloss auf den Verzug (wie in Art. 109 Abs. 2 OR vorausgesetzt) bezieht, sondern auf die Ursache der Integritätsbeeinträchtigung.

²⁸ Im letzteren Sinne offenbar OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 248 OR.

aber von selbst (vgl. Art. 41 Abs. 2, 199 OR) und ist denn auch völlig unbestritten²⁹. Grobe Fahrlässigkeit ist der Absicht nicht gleichzustellen. Art. 248 Abs. 1 OR findet keine Anwendung (anwendbar ist die Bestimmung hingegen bei nachträglicher Verschweigung eines Mangels, s. unten Ziff. 4 lit. a).

Die absichtliche Verschweigung eines Mangels hat vorab die gleichen Folgen wie das Nichtvorliegen einer zugesicherten Eigenschaft³⁰ (vgl. Art. 197 OR). Darüber hinaus hat sie zur Folge, dass der Schenker dem Beschenkten für allen Schaden haftet, der diesem aus der Schenkung erwächst. Der Beschenkte kann diesfalls Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangen³¹, einschliesslich des sog. Mangelfolgeschadens, welcher auch Schäden aus einer allfälligen Beeinträchtigung des Integritätsinteresses erfasst.

Beispiel: S schenkt B einen Hund, den er als äusserst liebenswürdig darstellt, obwohl das Tier – wie S weiss – in Wirklichkeit aggressiv und bissig ist. B wird denn auch sogleich gebissen. Diesfalls kann B einerseits den Hund zurückgeben (Wandelung) und bei Annahmeverzug von S den Hund auf dessen Kosten hinterlegen (Art. 92 OR), andererseits allen Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch den Biss entstanden ist (z.B. Spitalaufenthaltskosten, Lohnausfall usw).

Arglist kommt im übrigen nicht selten vor. Unser Beispiel mit dem Hund ist noch harmlos. Viel drastischere Beispiele finden sich in der griechischen Mythologie: Ganz arg arglistig war die Geschichte mit dem trojanischen Pferd, dann auch Medeas Hochzeitsgeschenk an Glauke.

3. Unechte Gewährleistung

Der Schenker ist auch dann gewährleistungspflichtig, wenn er nach Vertragsabschluss den Leistungsgegenstand schuldhaft beeinträchtigt. Allerdings macht nur ein grobes Verschulden haftbar³² (Art. 248 Abs. 1 OR; ebenso Art. 789 CCit., § 521 BGB). Nebst Absicht fällt hier auch grobe Fahrlässigkeit in Betracht. Die Rechtslage ist in solchen Fällen dieselbe wie bei absichtlicher Verschweigung eines Mangels (dazu oben Ziff. 2 lit. b): Dem Beschenkten steht nebst der Wandelung auch ein Schadenersatzanspruch zu. Dieser umfasst das positive

²⁹ VOGT, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 248 OR; MAISSEN (Anm. 25), Nr. 385; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 3 zu Art. 248 OR.

³⁰ MAISSEN (Anm. 25), Nr. 361.

³¹ OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 8 zu Art. 248 OR, ferner BECKER, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 248 OR. A.A. für das deutsche Recht OERTMANN (oben I/Ziff. 2), N 1a zu § 524 BGB.

³² Nach OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 248 OR, macht im Falle einer Zusicherung jedes Verschulden haftbar; es gelte diesfalls Art. 208 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 248 Abs. 2 OR, nicht Art. 248 Abs. 1 OR.

Vertragsinteresse, einschliesslich allfälliger Mangelfolgeschäden. Entgegen Oser fallen Beeinträchtigungen des Integritätsinteresses auch, aber nicht nur, unter Art. 248 Abs. 1 OR.

Nach Oser hat Art. 248 Abs. 1 OR nur «den Schaden im Auge, der dem Beschenkten erwächst durch Zuwiderhandlung des Schenkers gegen die durch die Schenkung übernommene Verbindlichkeit, *abgesehen von der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung* [Hervorhebung hinzugefügt], z.B. es wird ein Pferd geschenkt, das zwar den Eigenschaften des versprochenen Reitpferdes an sich entspricht, aber mit einer ansteckenden Krankheit behaftet ist und den ganzen Stall des Beschenkten verseucht.» (Zürcher Kommentar, 1. A., N 3 zu Art. 248 OR) Art. 248 Abs. 1 OR soll also nur Beeinträchtigungen des Integritätsinteresses betreffen. Demgegenüber soll die Nichterfüllung bzw. nicht gehörige Erfüllung, soweit nur das Erfüllungsinteresse betroffen ist, Art. 97 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 2 OR unterliegen³³. Indes bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass das Gesetz Art. 248 Abs. 1 OR in der von Oser umschriebenen Weise auffassen würde. Im Gegenteil ist die naheliegende Lösung die, dass Art. 248 Abs. 1 OR alle Fälle von Nicht- und nicht gehöriger Erfüllung erfasst, nebst Unmöglichkeit und Verzug insbesondere auch Schlechterfüllungstatbestände, mag nun daraus eine Beeinträchtigung des Integritätsinteresses des Beschenkten resultieren oder nicht. Eine dem Art. 248 Abs. 1 OR vergleichbare Regel enthält auch das italienische Recht (Art. 789 CCit.), und in Italien denkt niemand daran, Unterscheidungen im Sinne Osers zu treffen. Dasselbe gilt für Deutschland (§ 521 BGB).

4. Pflichtwidrige Verschweigung eines Mangels

Gesondert zu betrachten ist die pflichtwidrige Verschweigung eines Mangels. Bezieht sich die pflichtwidrige Nichtaufklärung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, kommt Art. 248 Abs. 2 OR zur Anwendung; bei Arglist ist der Schenker – wie gesehen – gewährleistungspflichtig. Bezieht sich hingegen die Pflichtwidrigkeit auf die Zeit nach Vertragsabschluss, so handelt es sich um eine Nebenpflichtverletzung, nicht um einen Gewährleistungstatbestand (oben Ziff. 1). Nachstehend interessiert nur mehr dieser letztere Fall:

a) Pflichtwidrig handelt der Schenker in aller Regel dann, wenn er nachträglich *entdeckte* Mängel nicht anzeigt. Anders nur dann, wenn er im Einzelfall davon ausgehen darf, der Mangel sei dem Beschenkten bekannt³⁴. Die Pflichtwidrigkeit kann aber auch darin bestehen, dass der Schenker einen Mangel, den er bei Entdeckung hätte anzeigen müssen, nicht entdeckt hat. Jede Pflichtwidrigkeit, welche dem Schenker zum groben Verschulden gereicht, macht haftbar (Art. 248 Abs. 1 OR), nebst Absicht auch grobe Fahrlässigkeit. Der Schenker haftet also

³³ OSER, Zürcher Kommentar, 1. A., N 2 und 5a zu Art. 248 OR.

³⁴ Vgl. SCHMID, Die Schenkung nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1909, S. 106.

bei Vertragsabschluss weniger streng als nachher, wo er durch den Vertrag bereits in ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Beschenkten gerückt ist³⁵.

b) Soweit der Schenker haftbar ist, hat er nur für die Folgen der Verschweigung einzustehen, nicht auch für den Mangel an sich. Zur Illustration ein Beispiel: S erhält einen Hund geschenkt. Da er bereits einen Hund hat und dieser den Neuankömmling nicht verträgt, fragt er B an, ob er den Hund wolle. B ist einverstanden, doch könne er, sagt B, das Tier erst in zwei Wochen in Empfang nehmen. Noch vor dem Liefertermin bemerkt S, dass der geschenkte Hund an Staupe leidet. S ist in einem solchen Fall nicht gewährleistungspflichtig, hingegen hat er dem B die Krankheit mitzuteilen. Unterlässt er dies grob schuldhaft, so wird er dem B ersatzpflichtig für Schaden, den B bei rechtzeitiger Mitteilung hätte abwenden können. Hingegen muss sich S mangels Gewährleistungspflicht nicht die Wandlung des Vertrags gefallen lassen, er muss also den Hund nicht zurücknehmen. Anders, wenn S von der Krankheit bereits im Zeitpunkt der Schenkung an B Kenntnis hatte und davon dem B absichtlich keine Mitteilung machte, z.B. aus Furcht, B könnte sonst die Schenkung ablehnen. In einem solchen Fall gilt das oben unter Ziff. 2 lit. b Gesagte: B kann den Hund zurückgeben und ihn auf Kosten des S hinterlegen, wenn dieser die Annahme verweigert (Art. 92/94 OR).

III. «Der Allgemeine Teil und das Ganze»: Das Verhältnis von Art. 248 OR zu Art. 97 OR und zu Art. 41 OR

Die Herausgeber des vorliegenden *liber amicorum* wünschten Beiträge zum Thema «Der Allgemeine Teil und das Ganze». Diese Vorgabe suche ich mit den folgenden Ausführungen umzusetzen.

1. Einleitung

Ein und derselbe Schlechterfüllungstatbestand kann – isoliert betrachtet – in den Anwendungsbereich zweier (oder mehrerer) Bestimmungen fallen. So kann die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache (etwa eines unechten Bildes) einerseits einen Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) begründen, andererseits einen Gewährleistungstatbestand (Art. 197 ff. OR); oder durch die Schlechterfüllung eines Arztvertrages wird nicht nur der Tatbestand von Art. 97 OR (i.V.m.

³⁵ Vgl. BECKER, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 208 OR, und GIGER, Berner Kommentar, N 48 ff. zu Art. 208 OR.

398 OR) erfüllt, sondern auch derjenige von Art. 41 OR, weil das vertragswidrige und schuldhafte Verhalten des Arztes gleichzeitig gegen eine allgemeine Pflicht (Pflicht zur Wahrung der körperlichen Integrität des Patienten) verstösst. Für den Rechtsanwender stellt sich in solchen Fällen die Frage, wie sich die beiden (mehreren) Normen zueinander verhalten. Denkbar ist, dass die eine Norm die andere verdrängt, denkbar ist aber auch, dass beide Normen nebeneinander Anwendung finden, sei es mit oder ohne gegenseitige Beeinflussung. Wo sie nebeneinander Anwendung finden, ist weiter denkbar, dass die normgemässen Rechtsbehelfe – bei gegebenen Voraussetzungen – dem Berechtigten kumulativ zur Verfügung stehen (z.B. ein Schadenersatzanspruch und ein Unterlassungsanspruch)³⁶. Häufiger aber stehen sie dem Berechtigten nur alternativ zu. Geht es bei den in Frage stehenden (alternativen) Rechtsbehelfen um Ansprüche (Forderungen), spricht man von Anspruchskonkurrenz. Wird einer der konkurrierenden Ansprüche erfüllt, geht auch der andere unter (sie bestehen eben nur alternativ). Was jeweiligen zutrifft, ist durch (systematische) Interpretation der in Frage stehenden Bestimmungen zu ermitteln³⁷.

Ein Teil der Lehre will nur *einen* materiellrechtlichen Anspruch anerkennen; dieser sei allerdings doppelt (z.B. aus Vertrag und Delikt) begründet³⁸. Die Vertreter dieser Auffassung sprechen von Anspruchsnormenkonkurrenz. Diese Lehre ist m.E. abzulehnen; sie ist nicht die vom Gesetzgeber gewollte Konkurrenz³⁹.

Im folgenden wird auf das Verhältnis der Gewährleistung aus Art. 248 OR zum allgemeinen Schlechterfüllungsrecht und zum Deliktsrecht eingegangen.

2. Art. 248 OR/allgemeines Schlechterfüllungsrecht

BGE 114 II 131 (136) postuliert die allgemeine Regel, dass bei Gesetzeskonkurrenz «vermutungsweise» Alternativität der Rechtsbehelfe gelte, also *Anspruchskonkurrenz* besteht, wo es sich bei den Rechtsbehelfen um Ansprüche handelt. «Eine solche Vermutung erscheint schwer begründbar» (Kramer [Anm. 36], S. 85 Anm. 234). Jedenfalls kann sie in Fällen sog. vollkommener Spezialität keine Geltung beanspruchen. Diesfalls gilt im Gegenteil die Regel *lex specialis derogat legi generali*. Vollkommene (reine) Spezialität liegt vor, wenn der Regelungsgegenstand einer speziellen Bestimmung von einer allgemeinen Bestimmung voll-

³⁶ KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, Bern/München 1998, S. 85.

³⁷ KRAMER (Anm. 36), S. 81.

³⁸ FIKENTSCHER WOLFGANG, Schuldrecht, 9. A., Berlin/New York 1997, Nr. 1195.

³⁹ Zu den Gründen s. MEDICUS DIETER, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. A., München 2000, Nr. 357.

ständig abgedeckt wird, so dass der speziell geregelte Nichterfüllungstatbestand *immer* auch unter die allgemeine Regel fällt⁴⁰. Würde in solchen Fällen eine Berufung auf die allgemeine Regel zugelassen, so verlöre die spezielle Regel jede praktische Bedeutung. Das kann offenbar nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Dessen Intention war vielmehr gerade gegenteilig: Mit der speziellen Regelung sollte die allgemeine verdrängt werden. Die spezielle Regel muss daher den Vorrang haben. Daraus folgt für den vorliegenden Kontext, dass Art. 248 Abs. 1 OR Art. 97 OR verdrängt⁴¹.

Art. 97 OR scheidet zum vornherein insoweit aus, als es um *anfängliche* Mängel geht. Denn die schuldhafte Verschweigung eines Mangels bei Vertragsabschluss stellt eine *culpa in contrahendo*, keine Vertragsverletzung, dar: Es wird eine vorvertragliche Pflicht verletzt, nicht eine – noch gar nicht bestehende – vertragliche. So gesehen, stellt sich daher die Frage, ob die allgemeine Haftung für *culpa in contrahendo* (*cic*)⁴² neben dem Gewährleistungsrecht (Art. 248 Abs. 2 OR) Platz hat. Das ist wiederum zu verneinen⁴³, denn die schuldhafte Verschweigung eines Mangels ist zur allgemeinen *cic*-Haftung wiederum im Verhältnis vollkommener Spezialität. Demgegenüber fällt die schuldhafte Verursachung von Mängeln nach Vertragsabschluss zwar tatbestandsmässig unter Art. 97 OR⁴⁴, doch wird diese Bestimmung – wie erwähnt – durch Art. 248 Abs. 1 OR verdrängt.

3. Art. 248 OR/Deliktschaffung nach Art. 41 OR

Nicht selten stellen Schlechterfüllungstatbestände eine unerlaubte Handlung dar. In solchen Fällen gilt im Grundsatz, dass Art. 41 OR alternativ nebst der einschlägigen Nichterfüllungsregel (Art. 97 OR, 368 Abs. 2 OR usw.) zur Anwendung kommt. Es besteht somit – bei gegebenen Voraussetzungen – Anspruchskonkur-

⁴⁰ Vgl. KRAMER (Anm. 36), S. 82.

⁴¹ Art. 248 Abs. 1 OR ist eine Sonderregel zum allgemeinen Grundsatz, dass der Schuldner für jede schuldhafte nachträgliche Beeinträchtigung des Leistungsgegenstandes einzustehen hat (Art. 97 OR). Art. 248 Abs. 1 OR verdrängt diese allgemeine Regel. Würde die alternative Berufung auf Art. 97 OR zugelassen, so wäre Art. 248 Abs. 1 OR praktisch obsolet. Statt dass der Schenker nur für grobes Verschulden haftbar wäre, wäre er im Ergebnis doch wieder für jedes Verschulden haftbar. Das widerspricht offensichtlich dem Zweckgedanken von Art. 248 Abs. 1 OR.

⁴² Die Haftung für *culpa in contrahendo* wird allerdings von einem Teil der Lehre den Art. 97 ff. OR unterstellt. Diese Bestimmungen können jedoch zum vornherein nur analoge Anwendung finden. M.E. finden sie grundsätzlich überhaupt keine Anwendung (s. KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1996, Nr. 1768 ff.).

⁴³ Ebenso die herrschende Lehre in Deutschland, Nachweise bei HONSELL, Jura 1979, S. 189 Anm. 25.

⁴⁴ Vgl. NEUMANN (Anm. 22), S. 76 lit. bb.

renz (z.B. BGE 113 II 247). So ist der Patient in unserem Arzt-Beispiel von oben Ziff. 1 sowohl nach Art. 97 OR als auch nach Art. 41 OR anspruchsberechtigt. Grundsätzlich beeinflussen sich konkurrierende Haftungsnormen nicht^{45, 46}. Das gilt ausnahmslos, soweit Einwirkungen des Deliktsrechts auf den Vertragsanspruch in Frage stehen: «Solche Einwirkungen gibt es nicht» (Medicus [Anm. 39], Nr. 359)⁴⁷. Dagegen wirkt sich unter Umständen das Vertragsrecht auf das konkurrierende Deliktsrecht aus. So gilt etwa der in Art. 321e OR vorgesehene Haftungsmassstab auch für die Deliktshaftung des Arbeitnehmers. Seine Deliktshaftung wird daher milder beurteilt, wie wenn Art. 41 OR ohne Berücksichtigung von Art. 321e OR zur Anwendung käme. Dies freilich nur insoweit, als es um eine Haftung aus typisch arbeitsvertraglichen Verrichtungen geht. Für Delikte, die der Arbeitnehmer bloss bei Gelegenheit der Arbeit oder sogar gänzlich ausserhalb der Arbeitstätigkeit begeht, greift uneingeschränkt Art. 41 OR Platz.

Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes interessiert, ob und allenfalls inwieweit die Haftungsmilderung gemäss Art. 248 OR auch auf das Deliktsrecht durchschlägt. Das ist umstritten⁴⁸. M.E. ist ein solcher «Durchgriff» gänzlich abzulehnen. Das kann allerdings kaum damit begründet werden, dass derjenige,

⁴⁵ Beispielsweise verfahren vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzansprüche nach der je einschlägigen Norm (Art. 127 bzw. Art. 60 OR, soweit keine Sonderregeln wie z.B. Art. 210 OR bestehen).

⁴⁶ Das ist insbesondere mit Bezug auf das kaufrechtliche und werkvertragsrechtliche Rügeerfordernis von Bedeutung: In Fällen, in denen die Lieferung eines mangelhaften Werks oder einer mangelhaften Kaufsache ein Delikt begründet, ist das Rügeerfordernis (Art. 201, 367/70 OR) für den Deliktsanspruch unbeachtlich (BGE 64 II 254, gegenteilig 67 II 137 [vgl. dazu SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 192 zu Art. 184 OR], unentschieden 90 II 86). Beispiele: In dem erwähnten Entscheid BGE 64 II 254 ff. hatte ein Telefonmonteur seinen Steiggurt durch X reparieren lassen. Dieser bzw. dessen Arbeitnehmer Y nahm die Reparatur unsorgfältig vor, worauf der Monteur bei der Benutzung des Gurtes von einem Mast fiel und sich schwer verletzte. Da der Monteur den Mangel nicht rechtzeitig (nämlich unmittelbar nach dem Unfall) rügte, stand ihm Schadenersatz nach Art. 368 Abs. 1 bzw. 2 OR nicht zu. Hingegen haftete ihm X nach Art. 55 OR. – Wenn der mit dem Streichen eines Zimmers beauftragte Maler den Teppich bespritzt, weil er es pflichtwidrig unterlassen hat, für dessen Abdeckung zu sorgen, so haftet er für den Schaden des Auftraggebers nicht nur aus Vertrag (Art. 97 OR), sondern auch aus Art. 41 OR. Von praktischer Bedeutung ist dies freilich selten, weil der vertragliche Anspruch dem deliktischen in aller Regel überlegen ist (anders verhält es sich hinsichtlich der Schlechterfüllung, wie BGE 64 II 254 ff. illustriert).

⁴⁷ Anders BGE 113 II 251 E. 8. Danach sollen Gefährdungshaftungen, z.B. jene nach SVG oder EHG, ausschliessliche Geltung beanspruchen und jedwelche andere ausservertragliche, aber auch vertragliche Haftungsgrundlage verdrängen (so auch OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. A., Zürich 1995, § 13 N 6 ff.; gegenteilig hingegen KRAMER [Anm. 36] S. 84). Differenzierend SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 196 zu Art. 184 OR.

⁴⁸ Vgl. einerseits MEDICUS (Anm. 39), Nr. 359, andererseits JAUERNIG/VOLLKOMMER, Kommentar zum BGB, 8. A., München 1997, N 1 zu § 521 BGB; ausführlich zur Problematik KOLLHOSSER, Münchener Kommentar zum BGB, 3. A., München 1997, N 5 ff. zu § 521.

der «gleichzeitig ausservertraglich und vertraglich geschädigt worden ist», nicht schlechter gestellt werden darf «als derjenige, der ausschliesslich ausservertraglich geschädigt worden ist» (so Kramer [Anm. 36], S. 85). Immerhin steht der Beschenkte zum Schenker in einer Sonderbeziehung und hat von dessen Freigiebigkeit profitiert. Indes rechtfertigt dieser Gesichtspunkt nicht eine gänzliche Befreiung von der deliktischen Haftung⁴⁹. Allemal kann aber die Freigiebigkeit des Schenkers einen Grund zur Haftungsreduktion abgeben (Art. 43 f., 99 Abs. 2 OR)⁵⁰. Die durch die Schenkung begründete Sonderbeziehung findet dadurch und durch die Tatsache, dass im Rahmen des Haftungsprivilegs *vertragliche* Ansprüche ausgeschlossen sind, genügende Berücksichtigung.

Beispiel: S schenkt B einen Hund. Dabei vergisst er den Hinweis, dass der Hund in gewissen Situationen beisst. Unterstellen wir, dass das Unterlassen des Hinweises ein Verschulden darstellt, jedoch ein leichtes. Diesfalls haftet S wegen Art. 248 Abs. 2 OR nicht für Schaden, welcher in der mit der Bissigkeit verbundenen Wertverminderung des Hundes begründet ist (B entgeht z.B. Gewinn, weil er den Hund nicht wie vorgesehen verkaufen kann). Nach der gleichen Bestimmung ist eine *vertragliche* Haftung ausgeschlossen für Schaden, der dem B daraus entsteht, dass er gebissen wird. Für solchen Schaden (Heilungskosten, Kosten für eine neue Hose etc.) haftet S hingegen nach Art. 41 OR. A.A. ist freilich der Jubilar selbst (vgl. Anm. 49). Er ist der Meinung, bei bloss leichter Fahrlässigkeit sei eine Haftung des Schenkers generell ausgeschlossen. Es geht hier letztlich um eine Wertungsfrage, die man nicht mit zwingenden Gründen in der einen oder anderen Weise beantworten kann.

IV. Zu guter Letzt

Zwar trifft es zu, dass man einem geschenkten Gaul nicht ins Maul schaut, doch will das Sprichwort nicht besagen, man müsse jeden geschenkten Gaul und ganz allgemein beliebige Geschenke annehmen. Das Gegenteil trifft zu: Jedermann ist frei, Schenkungen abzulehnen. Doch sind Ablehnungen selten. Schenkungen üben offenbar eine seltsame Faszination auf den Beschenkten aus, selbst dann, wenn eigentlich mit bösen Absichten des Schenkers gerechnet werden müsste. Erinnern wir uns nur an das trojanische Pferd, das die Trojaner trotz deutlicher Warnungen Laokoons in ihre Stadt zogen. Ein drastisches Beispiel ist auch Glauke, welche doch hätte wissen müssen, dass Medea mit dem Hochzeitskleid nichts Gutes im Schilde führen konnte. Oder Epimetheus, welcher nicht auf seinen Bruder Prometheus hören wollte und dafür die Pandora mit ihrer Büchse bekam⁵¹.

⁴⁹ A.A. VOGT, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 248 OR; SCHULIN/VOGT, Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht II, Besonderer Teil ohne Arbeitsrecht, Zürich 1983, D 8.

⁵⁰ VOGT, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 248 OR.

Ob das vorliegende *liber amicorum* die Annahme verdient, bleibe dahingestellt: Wenn der Jubilar diese Zeilen liest, wird er es bereits angenommen haben, und müssig ist es dann zu fragen, ob er es nicht doch besser hätte ablehnen sollen. Mängelrechte hat er keine, und will er die Festschrift entsorgen, so hat er dies auf eigene Kosten zu tun. Freilich ist die Schrift nicht zur Entsorgung, sondern zur Erbauung gedacht, geschrieben in der Hoffnung, dass der Jubilar an der Lektüre Freude hat, sich nun genüsslich zurücklehnen, den Ruhestand geniessen, gelegentlich einen Festschriftbeitrag und häufiger anderes lesen kann, etwa die herrlichen «Sagen des klassischen Altertums» von Köhlmeier⁵². Dort kann er alles über die erwähnten Geschenke nachlesen, und noch über andere Geschenke mehr, etwa den geschenkten goldenen Apfel des Paris, über dem es zum Trojanischen Krieg kam – viel Vergnügen!

⁵¹ Freilich handelte es sich bei Pandora und ihrer Büchse um ein Geschenk von Zeus, was natürlich eine ganz spezielle Anziehungskraft ausüben musste. Zudem war Pandora der Aphrodite nachgebildet, und Epimetheus heisst der «Hinterherdenkende», womit alles gesagt ist. Auch beim Danaer-Geschenk mischten die Götter mit: Dass die Trojaner Laokoons Warnung in den Wind schlugen, lag ja nur daran, dass Athene Schlangen schickte, um Laakoon zu erwürgen, und dies verständlicherweise als Zeichen gewertet wurde, dass Laakoon unrecht hatte.

⁵² KÖHLMEIER MICHAEL, Sagen des klassischen Altertums (12. A., 2000); neue Sagen des klassischen Altertums von Eos bis Aeneas (5. A., 2000); neue Sagen des klassischen Altertums von Amor und Psyche bis Poseidon (1998), erschienen beim Piper Verlag, München/Zürich.