

22. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. April 1935
i. S. Wüest gegen Haltiner.

Auftrag, nicht Dienstvertrag, das Schütteln eines Baumes für einen Nachbarn.

Haftung des Auftraggebers für Schaden des Beauftragten beim unentgeltlichen Auftrag gleich wie die des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag; kein Verschulden des Auftraggebers erforderlich. Art. 402, 422 OR. Bestätigung der Praxis.

Lückenausfüllung durch den Richter. Art. 1 ZGB. Begriff der Entgeltlichkeit des Auftrags.

A. — Die Parteien bewirtschaften zwei benachbarte Bauerngewerbe. Am 28. September 1932 bat der Beklagte den Kläger, für ihn einen Birnbaum zu schütteln; er selbst könne wegen Schwindels nicht mehr auf Bäume steigen. Der Kläger entsprach diesem Ansuchen. Beim Schütteln brach ein grosser Ast, und der Kläger, der auf diesem stand, stürzte vom Baum. Er erlitt schwere Verletzungen, vor allem einen Bruch des 12. Brustwirbels, der eine langwierige Behandlung erforderte und einen bleibenden Nachteil hinterliess.

Die Versicherungsgesellschaft « Helvetia », bei der der

Beklagte gegen Unfall und Haftpflicht versichert ist, bezahlte dem Kläger einen Betrag von 830 Fr. ; die nähern Umstände, unter denen diese Zahlung erfolgte, sind aus den Akten nicht ersichtlich.

B. — Mit Klage vom 3. November 1933 belangte der Kläger den Beklagten auf Bezahlung einer Schadenersatzsumme von 27,672 Fr. 20 Cts. abzüglich der erhaltenen 830 Fr., also 26,843 Fr. 20 Cts. nebst 5 % Zins seit 29. September 1932. Die Klage wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Beklagte dem Kläger die unzutreffende Zusicherung gemacht habe, der Baum sei gesund ; er hafte daher nach Art. 41 ff. OR ; eventuell, da der Kläger infolge der Übertragung der in Frage stehenden Arbeit im Dienste des Beklagten gestanden habe, liege in der unzutreffenden Zusicherung ein Verstoss gegen die Schutzpflicht des Dienstherrn nach Art. 339 OR.

Der Beklagte bestritt, die vom Kläger behauptete Zusicherung abgegeben zu haben und beantragte Abweisung der Klage.

C. — Die Klage wurde sowohl vom Bezirksgericht Weinfelden, wie vom Obergericht des Kantons Thurgau abgewiesen, im Wesentlichen mit der Begründung, eine Haftung des Beklagten komme nur in Frage, wenn ihn ein Verschulden treffe, ob nun Dienstvertrag oder Auftrag angenommen werde ; ein Verschulden des Beklagten liege aber nicht vor, da nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens einerseits nicht erwiesen sei, dass der Beklagte die vom Kläger behaupteten Zusicherungen gemacht habe, und andererseits feststehe, dass der Baum und der abgebrochene Ast gesund gewesen seien.

D. — Gegen das Urteil des Obergerichtes hat der Kläger rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf grundsätzlichen Schutz der Klage und Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zur Beurteilung des Quantitativen. Aktenwidrigkeiten werden in der Berufungserklärung nicht gerügt.

E. — An der heutigen Verhandlung hat der Kläger seine Berufungsanträge wiederholt. Der Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Prozessuales).

2. — Ist somit von den durch das Obergericht festgestellten tatsächlichen Unterlagen auszugehen, so muss ein Verschulden des Beklagten zweifellos verneint werden, was eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, Art. 41 ff. OR, ohne weiteres ausschliesst, wie auch eine solche aus Art. 339 OR. Denn da der Baum und der abgebrochene Ast nicht etwa morsch, sondern gesund waren, so fehlte es an einer besonderen Gefahr, die über das mit dem Besteigen jeden Baumes verbundene und als solches auch dem Kläger ohne weiteres erkennbare Risiko hinausgegangen wäre und den Beklagten zur Erteilung besonderer Warnungen und Verhaltensmassregeln verpflichtet hätte. Zudem kann keine Rede davon sein, dass zwischen den Parteien ein Dienstvertrag bestanden habe ; hiefür fehlt es schon an dem unumgänglich notwendigen Zeitmoment, und auch im übrigen täte man dem Verhältnis der Parteien mit der Unterstellung ihrer gegenseitigen Beziehungen unter die Regeln des Dienstvertragsrechtes offensichtlich Gewalt an.

3. — Die Übertragung der Arbeit, den Baum zu schüttern, muss vielmehr nach den gesamten Umständen als Auftrag (Art. 394 ff. OR) betrachtet werden ; handelte es sich doch um eine einmalige, begrenzte Aufgabe, deren Ausführung der Kläger, der selber Landwirt mit einem eigenen Gewerbe ist, wesentlich auf Grund der guten nachbarlichen Beziehungen zum Beklagten übernahm.

Nach dem Wortlaut von Art. 402 OR haftet nun allerdings auch der Auftraggeber nicht für den Schaden, der dem Beauftragten aus der Ausführung des Auftrages erwachsen ist, sofern er nachzuweisen vermag, dass ihn

an der Entstehung des Vertrages kein Verschulden treffe. Allein diese Regelung, auf Grund deren die Vorinstanz gleich wie bei Annahme eines Dienstvertrages zur Abweisung der Klage mangels Verschuldens des Beklagten gekommen ist, bezieht sich nur auf den Fall des entgeltlichen Mandates, wie das Bundesgericht bereits in Band 48 II S. 490 ff. entschieden hat. Beim unentgeltlichen Mandat hingegen hat der Auftraggeber dem Beauftragten seinen Schaden nach richterlichem Ermessen zu ersetzen, wie dies Art. 422 OR für die Geschäftsführung ohne Auftrag bestimmt. Dies deshalb, weil es offensichtlich auf ein nach Art. 1 ZGB durch den Richter zu korrigierendes Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen ist, wenn der Beauftragte beim unentgeltlichen Auftrag schlechter gestellt wird als der Geschäftsführer ohne Auftrag, während doch der innere Grund, aus dem der letztere einen Schadenersatzanspruch haben soll, wo es die Billigkeit erheischt, auch beim unentgeltlichen Auftrag zutrifft; denn in beiden Fällen handelt es sich um die Übernahme eines rein altruistischen Geschäftes.

4. — Sofern daher im vorliegenden Fall der Kläger keinen Anspruch auf Entgelt haben sollte, so wäre nach den vorstehenden Ausführungen die Ersatzpflicht des Beklagten grundsätzlich zu bejahen. Wie es sich mit der entscheidenden Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit verhält, bedarf hingegen noch der Abklärung. Den Kläger etwa dabei behaften zu wollen, dass er selber mit der Behauptung des Dienstvertrages den Standpunkt eingenommen habe, es sei ein entgeltliches Geschäft gewollt gewesen, geht nicht an; denn abgesehen davon, dass diese rechtliche Konstruktion des Klägers der ganzen Sachlage nach ja gar nicht ernsthaft in Betracht kommen kann, ist aus den Akten auch nicht ersichtlich, worin nach der Ansicht des Klägers der angebliche Entgelt eigentlich bestanden haben sollte. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei hat es die Meinung, dass die Leistung von Gegendiensten, wie z. B. die Überlassung

des Pferdes durch den Beklagten an den Kläger und dergleichen, die nach den Ausführungen des Beklagten in der Klageantwort als « Entgelt » gedacht gewesen sein sollen, das Geschäft noch nicht zu einem entgeltlichen im hier massgebenden Sinne zu stempeln vermöchten. Wenn auch ein solcher Dienst vielleicht erwiesen werden mag in der Hoffnung, dass der Nachbar gegebenenfalls dann Gegenrecht halten werde, so kann doch nicht schon deswegen der altruistische Charakter der Handlung verneint werden, sondern es wird sich im allgemeinen eben doch um freundschaftliche Hilfeleistungen handeln, die ihrem Wesen nach unentgeltlich sind. Immerhin ist es denkbar, dass auch derartige Dienstleistungen unter Nachbarn, sei es nach allgemeiner Ortsübung, sei es im konkreten Fall, als entgeltliche Geschäfte anzusehen sind, und hierüber wird die Vorinstanz nun eben die erforderlichen Erhebungen zu treffen haben. Je nach dem Ergebnis derselben wird dann auch die Höhe des gesamten dem Kläger erwachsenen Schadens zu ermitteln sein, und endlich wird die Vorinstanz unter Berücksichtigung aller Umstände nach ihrem billigen Ermessen den Anteil festsetzen, zu dessen Ersatz der Beklagte verpflichtet ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, der Entscheid des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 19. Februar 1935 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung der Akten und zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
