

## § 6 SCHENKUNG (OR 239-252)

### Literatur:

P. Cavin, SPR VII/1, p. 183-198; G./M./K., p. 354-362; P. Tercier, n. 855-967; A. v.Tuhr, Bemerkungen zur Schenkungslehre des OR, in SJZ 18 p. 201-207.  
BGB §§ 516-534.

### **I. Allgemeines**

#### 1. Begriff. Schenkung als Vertrag

- a) Die Schenkung kann definiert werden als der Vertrag, mit dem der Schenkende (ohne vorbestehenden rechtlichen Anlass, sondern aus Begünstigungsabsicht) eine unentgeltliche (dh. an keine Gegenleistung geknüpfte) Leistung sofort oder künftig zu erbringen verabredet/zusichert. - Diese Kriterien sind objektiv zu verstehen; es kann nicht darauf ankommen, ob die Parteien selber ihr Rechtsverhältnis als Schenkung verstanden haben.

Wird die Leistung bei Vertragsschluss erbracht, spricht man von "Handschenkung"; ist Leistungserbringung erst für einen späteren Zeitpunkt vorgesehen, liegt ein "Schenkungsversprechen" vor (zum Gegensatz weiterhin unten Zif. II/3).

- b) Von der Systematik des Gesetzes aus wird die Schenkung als Veräußerungsgeschäft verstanden und damit dem Kauf zur Seite gestellt. Von diesem unterscheidet sich die Schenkung vorerst durch deren Unentgeltlichkeit, das Entfallen der Preiszahlungspflicht des Erwerbers und damit zusammenhängend durch die weitgehende (wenn auch nicht vollständige; vgl. unten Zif. V/2) Ausschaltung einer Gewährleistungspflicht des Veräußerers/Schenkens. Wie der Anwendungsbereich des Kaufrechts eine Ausweitung erfahren hat und als Kaufgegenstände nicht bloss körperliche Sachen, sondern weitere, sogar immaterielle Vorteile in Betracht fallen (oben § 3/II/1c), wird auch die Schenkung ausweitend interpretiert. Offen ist, ob sogar weitergehend bis zu einem gewissen Grad sämtliche unentgeltliche und nicht gesetzlichen Sondertypen unterworfenen Verträge in Verbindung zur Schenkung gestellt werden sollen.

Anders als beim Kauf, der in jeder Hinsicht vom Gesetzgeber bloss dispositivrechtlich geregelt ist, bestehen bei der Schenkung zwingende Vorschriften (Formvorschriften, unten Zif. II/3 und ein gesetzliches Widerrufsrecht, unten Zif. VIII), was zwangsläufig zum Problem der Typenbegrenzung (vgl. oben § 2/I/1b) führt.

- c) Bezüglich der Schenkung bestehen im Publikum in wohl höherem Masse als hinsichtlich anderer Geschäfte Vorstellungen, die sich von der juristischen Deutung unterscheiden. Die Schenkung wird weitgehend als ausserrechtlicher Vorgang verstanden oder dann doch als einseitige Verfügung des Schenkenden; die Vorstellung der Schenkung als zweiseitiges Rechtsgeschäft ist dem Nichtjuristen meist fremd.

Aber die altüberlieferten Laienvorstellungen strahlen bis in die Gesetzgebung und juristische Literatur aus: - Der Gesetzgeber selber scheint der Qualifizierung der Schenkung als Vertrag nicht zu trauen, würde er doch andernfalls nicht nötig finden, eindeutig nicht-vertragliche Sachverhalte, wie das Unterlassen eines Rechtserwerbs (BGB § 517, OR 239/II), ausdrücklich als vom Schenkungsrecht ausgenommen zu deklarieren (vgl. auch die unten Zif. 2/b/aa genannten Tatbestände). Sodann wird die bei der Schenkung wie bei anderen Vertragsverhältnissen

unvermeidliche Unterscheidung zwischen Verpflichtung und Verfügung nicht nur im Publikum nicht verstanden, sondern auch vom Gesetzgeber verwischt ("Schenkung" ist im Gesetz bald Verpflichtung, bald Verfügung) und von der Gerichtspraxis in ihrer Bedeutung verkannt (dazu unten Zif. III/2/b).

## 2. Abgrenzung der Schenkung von anderen unentgeltlichen Geschäften

### a) Mögliche Gegenstände der Schenkung

Als Gegenstand einer Schenkung kommt die Zuwendung etwa folgender Vermögensvorteile in Frage:

- Sachschenkung: Eigentumsübertragung an Grundstücken oder Fahrnis sowie Geldzahlung;
- Zuwendung einer Forderung gegen Dritte durch Abtretung;
- Zuwendung einer Forderung gegen sich selbst durch Schuldversprechen ("abstraktes" Schuldversprechen; vgl. dazu OR/AT § 5/IV/1), Begründung irgendwelcher Forderungen des Beschenkten gegen den Schenkenden (z.B. Schenkung einer Rente, BGE 100 II 157 E. 2/a);
- Schulderlass, dh. Verzicht auf eine Forderung des Schenkenden gegen den Beschenkten;
- Privative Schuldübernahme, dh. Befreiung des Beschenkten von einer Schuld durch Vereinbarung mit dem Gläubiger (OR 176);
- Einräumung eines Kaufs- oder Vorkaufsrechts an Fahrnis (für Grundstücke Vormerkung; schriftlich: OR 216/II, III, ZGB 681; oben § 5/III/2), und zwar unabhängig davon, ob der allenfalls vorgesehene Preis unter dem wirtschaftlichen Wert liegt (ein Schenkungselement enthält). Bereits in der Einräumung der Möglichkeit, durch einseitige Erklärung einen Vertrag zustande zu bringen, kann eine Zuwendung erblickt werden.
- Abschluss eines bloss die eine Partei bindenden Vorvertrages, mit dem diese zum Abschluss eines anderen Vertrages gezwungen werden kann (z.B. Baubindungsvertrag in Form eines Vertrages zugunsten Dritter, vgl. Bucher, Festgabe schweiz. Juristentag, Bern 1979, p. 171 ff.).

### b) Nicht als Schenkung zu qualifizierende Tatbestände

aa) Aus der Tatsache, dass die Schenkung ein Vertrag ist, folgt, dass die folgenden nichtvertraglichen Sachverhalte nicht als Schenkung zu qualifizieren sind:

- prekaristischer Anspruchsverzicht, dh. der negative Sachverhalt des Unterlassens der Erhebung eines an sich zustehenden Anspruches (vgl. OR/AT §4/II/3 e); so, wenn ein Anwalt oder Arzt bis auf weiteres Rechnungsstellung unterlässt (anders dagegen ein Schulderlassvertrag; oben lit. a);
- Verzicht auf den Erwerb eines Rechts (so ausdrücklich nach dem Vorbild von BGB § 517, überflüssigerweise OR 239/II) wie die Ausschlagung einer Erbschaft (einseitiges Rechtsgeschäft), Nichtausübung eines Kaufrechts, Nichtannahme einer Schenkung, Verzicht auf Aneignung usw.;
- Vorteilsverschaffung, die der Schenkende nicht "aus seinem Vermögen" erbringt (so nach dem Vorbild von BGB § 516, überflüssigerweise OR 239/I), womit der Ausschluss unentgeltlicher Dienstleistungen usw. aus dem Schenkungsrecht erreicht werden soll;
- Erfüllung einer nichtklagbaren Schuld (Naturalobligation; vgl. OR/AT § 6); dazu auch unten Zif. IV/1;

- Zuwendungen, die zwar freiwillige Leistung der einen Partei sind und ihrerseits auf keinem Vertrag beruhen (Gratifikationen an Arbeitnehmer usw.), die aber im Rahmen eines zwischen den Parteien bestehenden umfassenderen Rechts-(Vertrags)verhältnisses erfolgen;
- unentgeltliche Zuwendungen durch Einschaltung Dritter (OR 112); auf diesem Wege können Zuwendungen ohne Vertrag zwischen Zuwendendem und Zuwendungsempfänger gültig in das Vermögen des letzteren übergehen. "Vertrag zugunsten Dritter", insbesondere Kaufvertrag zugunsten Dritter: der Zuwendende handelt durch Vertrag mit einem anderen einen Anspruch auf eine Leistung an den Zuwendungsempfänger aus, der forderungsberechtigt wird oder die Zuwendung erwerben kann. Nach diesem Mechanismus können Sachleistungen usw. erfolgen; gleicher Mechanismus bei Eröffnung eines Bankkontos im Namen eines Dritten, bei Drittbegünstigung durch Versicherungsverträge (Lebensversicherungen!) oder bei Zuwendung durch Tilgung einer Schuld des Zuwendungsempfängers gegenüber einem Dritten. Es werden, ohne Vorliegen eines Schenkungsvertrags, die Wirkungen einer Schenkung erreicht; man könnte von "uneigentlicher" oder "Indirekt-Schenkung" sprechen. In den genannten Fällen sind Schenkungsverträge zwischen Zuwendendem und Zuwendungsempfänger zwar an sich möglich, jedoch atypisch und stellen nicht Voraussetzung des Rechtserwerbs seitens des Begünstigten dar. Die Möglichkeit des gültigen Vermögenserwerbs ohne direkten Schenkungsvertrag wird z.T. verkannt (BGE 105 II 105, 69 II 309; dazu unten Zif. III/2/b).

- bb) Nicht dem Schenkungsrecht unterliegen die durch gesetzliche Sonderregelung normierten weiteren unentgeltlichen Verträge, so die Leihe (OR 305-311; unten § 9/II), das unverzinsliche Darlehen (OR 312-318; unten § 9/III) und der (möglicherweise unentgeltliche) Auftrag (OR 394-406; unten § 12).

### 3. Schenkungsrecht und sonstiges Vertragsrecht

- a) Mangels abweichender Norm unterliegt die Schenkung wie andere Verträge den Vorschriften des Allgemeinen Teils (vgl. oben § 1/III/3). Insbesondere unterliegt auch eine Schenkung der Willensmängelanfechtung (OR 23 ff.), was etwa bei Geschenken im Hinblick auf eine Heirat seitens der Angehörigen eines Verlobten Bedeutung haben kann; vgl. BGE 82 II 430 ff. (ZGB 94 gibt nur den Verlobten selber einen Rückforderungsanspruch) und bei Schenkungen unter Ehegatten (unter den einschränkenden Voraussetzungen von OR 245) im Falle der Scheidung (z.B. BGE 71 II 255/6 oder unten Zif. VI/1 in fine). Die Schenkung kann sodann Bedingungen unterworfen werden (OR 151-157; dazu OR/AT § 28).
- b) Die Schenkung als Allgemeintypus eines unentgeltlichen Vertrages kann sich anderen Vertragstypen überlagern (falls diese nicht, wie z.B. Kauf oder Miete, per definitionem entgeltlich sein müssen). Zu denken ist an das abstrakte Schuldversprechen (dazu OR/AT § 5/IV/1), Schuldverlass, Abtretung oder Schuldübernahme usw. In derartigen Fällen sind die die Schenkung und den anderen Vertragstypus betreffenden Normen parallel anzuwenden (vgl. auch unten Zif. III/2a); insbesondere besteht das schenkungsrechtliche Formerfordernis, solange die Zuwendung nicht wirksam geworden ist; diese unterliegt der schenkungsrechtlichen Widerrufsmöglichkeit (unten Zif. VIII).

- c) Der Ausnahmecharakter der Schenkung als unentgeltliches, bloss den Schenkenden belastendes Geschäft bringt es mit sich, dass nach dem Vertrauensprinzip meist bestimmte, die Stellung des Schenkenden (gegenüber dem allgemeinen Vertragsrecht) erleichternde Abmachungen in den Vertrag hineininterpretiert werden müssen (so etwa Ausschluss der Haftung des Schenkenden für fahrlässig verursachten Untergang des Schenkobjekts vor dessen Uebereignung; Ausschluss der Abtretbarkeit der Forderung aus Schenkungsversprechen usw.).

#### 4. Geschichte und Bedeutung

Die vorbehaltlose Zulassung der Schenkung im OR ist nicht ganz selbstverständlich; anders historische Vorbilder und einzelne ausländische Regelungen (vgl. für das röm.R. Kaser § 47/II). Sie ist über die Schenkung hinaus auch von allgemeiner vertragsrechtlicher und dogmatisch-grundsätzlicher Bedeutung: Die Zulässigkeit der Leistungspflicht ohne jede Gegenleistung und der völlige Verzicht auf das Erfordernis einer Leistungsaquivalenz rundet den Grundsatz der Vertragsfreiheit ab und stellt ausser Zweifel, dass die Uebernahme einer Verpflichtung auch ohne jede wirtschaftliche Rechtfertigung gültig und bindend ist.

Das aOR behandelte die Schenkung noch nicht; die Art. 239-252 wurden erst in der Revision (1911/12) eingeführt. Die Normierung verrät deutlich den Einfluss des BGB, ist in ihrer inhaltlichen Tendenz problemlos, leider aber im einzelnen unüberlegt und in der technischen Gestaltung schlampig.

## **II. Vertragsschluss; Gültigkeitsvoraussetzungen der Schenkung**

### 1. Konsens-Erfordernis; Zustimmung des Beschenkten

Ist Schenkung ein Vertrag (zweiseitiges Rechtsgeschäft), setzt dessen Zustandekommen den zustimmenden Willen beider Parteien, insbesondere auch die Zustimmung des Beschenkten voraus.

Der Annahme-Wille des Beschenkten kann stillschweigend erklärt werden (BGE 64 II 360, 69 II 310); ein entsprechender Wille ist aufgrund der Interessenlage des Beschenkten im Regelfall zu vermuten (OR 6). Da ein Annahme-Wille nur gebildet werden kann, wenn der Beschenkte von seinem Glück Kenntnis hat, kann vorher kein Schenkungsvertrag angenommen werden (ständige Praxis; BGE 45 II 145/6; 49 II 98; 64 II 360; 69 II 309; 110 II 161 E. 2/d).

Die Annahme muss auf eine gültige Offerte des Schenkenden treffen, die, wenn in Schriftform des Schenkungsversprechens (OR 243) gehalten, den üblichen Regeln der Bindungswirkung der Offerten (OR 3-7, 9; OR/AT § 10/V) unterliegt, während das bloss mündliche Angebot keine Bindungswirkung entfaltet.

### 2. Besonderheiten unter handlungsfähigkeits-rechtlichen und familienrechtlichen Gesichtspunkten (OR 240, 241)

#### a) Herabgesetztes Handlungsfähigkeitserfordernis beim Beschenkten (OR 241/I)

Während der Schenkende volle Handlungsfähigkeit besitzen muss, genügt auf seiten des Beschenkten, für den das Geschäft unentgeltliche Vorteile i.S. von ZGB 19/II bringt, lediglich Urteilsfähigkeit; gegenüber dieser allgemeinen Regel, die sowohl das Verpflichtungs- wie das Verfügungsgeschäft betrifft, bringt OR 241/I nichts Neues. Erfolgt die Schenkung unter einer Auflage (unten Zif. IV/2) liegt

nicht mehr die von ZGB 19/II vorausgesetzte Unentgeltlichkeit vor. Dagegen kann der Umstand, dass das Halten des Schenkungsobjekts (z.B. Auto oder Pferd!) dem Beschenkten faktische Kosten verursachen wird, die Unentgeltlichkeit i.S. von ZGB 19/II bzw. OR 241/I nicht ausschliessen. Zu weiteren Fragen vgl. Bucher, ZGB 19 N. 161/2.

Dem Grundsatz nach (ZGB 18) kann der Urteilsunfähige keine Schenkung erwerben. Fahrnis kann daher, wenn trotzdem übergeben, vindiziert werden (Kausalitätsprinzip; vgl. oben § 3/V/4). Eine Einschränkung erfährt dieses - nicht durch materielle Erwägungen gerechtfertigte, sondern schematisch aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitete - Resultat bei Schenkobjekten, die ohne rechtsgeschäftlichen Vorgang, vor allem durch Vermischung (Geld!) in das Vermögen des Urteilsunfähigen übergegangen sind: Hier ist die auf OR 62 ff. zu stützende Rückforderung trotz Fehlens eines gültigen Schenkungsvertrages bereicherungsrechtlich ausgeschlossen, weil es auf seiten des "Schenkenden" am Element des Irrtums fehlt (zum Begriff des Irrtums unten Zif. III/2/a/bb).

Die Möglichkeit des beschränkt Handlungsfähigen (dh. urteilsfähigen Nicht-Mündigen) zum Erwerb von Schenkungen wird durch die (in ihrem Gehalt familienrechtliche, heute als überholt-paternalistisch empfunden) Regel von OR 241/II, wonach der Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. der Vormund den Erwerb der Schenkung vereiteln kann, eingeschränkt (geringe praktische Bedeutung).

b) Anfechtungsmöglichkeit der Vormundschaftsbehörde bei Verschwendung (OR 240/III)

Der Gesetzgeber statuiert eine rückwirkende Anfechtungsmöglichkeit im Falle der Entmündigung des Schenkers wegen Verschwendung. Diese die allgemeine Handlungsfähigkeits-Regelung partiell ausschaltende, exzeptionelle (im BGB nicht anzutreffende, auf PGB § 1087 zurückgehende, vielleicht auch von frCC art. 503 beeinflusste) Regelung ist zurückhaltend zu handhaben. Insbesondere kommt es nicht in Frage, allein aufgrund nachfolgender Entmündigung die Schenkung als anfechtbar zu betrachten; vielmehr bedarf es zur Rechtfertigung der Ungültigerklärung materieller Gründe wie Missverhältnis zwischen Schenkung und den Vermögensverhältnissen des Schenkers. Mit Becker, OR 240 N. 3 ist sodann eine Möglichkeit bloss teilweiser Aufhebung einer Schenkung zu befürworten.

c) Ausschluss von Schenkungen zulasten von Mündelvermögen (ZGB 408, OR 240/II)

### 3. Formvorschriften

Gegenüber dem Allgemeingrundsatz der Formfreiheit der Verträge bestehen im Schenkungsrecht zwei Ausnahmen: Das Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit des sog. Schenkungsversprechens (folgend lit. a) und das Erfordernis öffentlicher Beurkundung bei Schenkung von Grundstücken (folgend lit. b).

a) Erfordernis der Schriftform bei "Schenkungsversprechen", falls Schenkung Klagegrundlage sein soll (OR 243)

Nicht voll befriedigend wäre die Vorstellung, die Schenkung bedürfe an sich der Schriftform und der Mangel werde durch den Vollzug geheilt. Richtiger und einfacher ist die Regel, dass die Schenkung an sich ohne Beobachtung von Formalien gültig ist, indessen eine Klage auf Ausrichtung der Schenkung nur im Falle eines schriftlich gefertigten Schenkungsversprechens offen steht. Diese Urkunde muss

den Willen künftiger unentgeltlicher Zuwendung zum Ausdruck bringen; es gelten OR 12-16 (vgl. OR/AT § 11/III/1) und insbesondere die Regel, dass nur der Schenkende die Urkunde unterzeichnen muss.

Die Abgrenzung zwischen dem Normalfall formfreier Schenkung und formbedürftigem Schenkungsversprechen erfolgt nicht nach dogmatischen Ueberlegungen, sondern allein aufgrund des praktischen Gesichtspunktes, ob der Beschenkte auf Ausrichtung der Schenkung klagt. Ist dies nicht der Fall, sondern stehen andere Gesichtspunkte im Spiel, darf die fehlende Schenkungsurkunde keine Rolle spielen.

Ob das Objekt der Schenkung bereits auf den Beschenkten übergegangen und dieser verfügungsberechtigt ist, beurteilt sich nicht nach schenkungsrechtlichen Grundsätzen, sondern nach den betreffenden Regeln der Rechtsübertragung (sachenrechtliche Eigentumsübertragungs-Grundsätze vgl. oben § 3/V/3, Zessionsrecht usw.).

b) Schenkung von Grundstücken usw.: Oeffentliche Beurkundung

In Anwendung der Regel von ZGB 657 bringt OR 242/III in Verbindung mit OR 243/II zum Ausdruck, dass Schenkung eines Grundstückes einen öffentlich beurkundeten Schenkungsvertrag voraussetzt. Zur Bedeutung des Erfordernisses der öffentlichen Beurkundung oben § 5/III/2. (Nebenbei: OR 242/II ist in jeder Beziehung missverständlich und überflüssig: "Schenkung" kann hier nicht Schenkungsvertrag/Verpflichtungsgeschäft bedeuten, sondern nur das Verfügungsgeschäft/Eigentumsübertragung; was aber in ZGB 656/I bereits deutlich genug ausgedrückt ist. Die Einräumung von Nutzniessung und Grundlast setzt in jedem Fall und damit auch bei Schenkung öffentliche Beurkundung des Vertrages voraus (ZGB 746, 783 in Verbindung mit OR 216 usw.). - Nach OR 243/II gilt Gleiches auch für Verträge, die schenkweise Grunddienstbarkeiten ("Servituten") einräumen, obwohl ausserhalb der Schenkung hier einfache Schriftlichkeit genügt (ZGB 732). Es liegt ein Versehen des Gesetzgebers vor, so dass mit Liver, ZGB 732 N. 102 und 108-117 zu fordern ist, hier einfache Schriftlichkeit genügen zu lassen.

### **III. Gegensatz zwischen Verpflichtung und Verfügung; Rechtslage beim Nichtzustandekommen des Schenkungsvertrages**

#### 1. Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Wie bei allen anderen schuldrechtlichen Verträgen, deren Erfüllung eine rechtsgeschäftliche Komponente aufweist, kann auch bei der Schenkung zwischen Verpflichtung und Verfügung unterschieden werden:

- das Verpflichtungsgeschäft begründet die Pflicht des Schenkenden zur Ausrichtung der Schenkung oder konstituiert im Falle der uno actu vollzogenen Handschenkung einen "Grund des Behaltens" seitens des Beschenkten;
- das Verfügungsgeschäft bewirkt durch Rechtsübertragung die angestrebte Begünstigung des Beschenkten und ist gleichzeitig Erfüllung der Schenkerpflicht. Während das Verpflichtungsgeschäft obligationenrechtlichen Grundsätzen unterliegt, ist das Verfügungsgeschäft sachenrechtlichen (im Falle der Zession: zessionsrechtlichen) Regeln unterstellt.

Vgl. im übrigen zum Gegensatz von Verpflichtung und Verfügung OR/AT § 4/VIII.

Der Gesetzgeber braucht (nicht zum Vorteil des Textes) den Terminus "Schenkung" bald für die Verpflichtung, bald für die Verfügung oder auch für beides gleichzeitig.

So wahrscheinlich Verpflichtung: OR 242/III, OR 243/II, 245; Verfügung: OR 241/II (wo "Schenkung" gleichzeitig auch Schenkobjekt bedeutet), 242/II; beides gleichzeitig: OR 239/I, 240/I (trotz "verfügen"), 240/III, 241/I. - "Schenkungsversprechen" bedeutet immer Verpflichtungsgeschäft.

## 2. Rechtslage bei Nichtzustandekommen der Schenkungsverpflichtung

### a) Möglichkeit des Rückgängigmachens bereits erfolgter Zuwendungen

Ist ein Schenkungsvertrag zwischen den Parteien aus irgendwelchen Gründen nicht gültig zustandegekommen, hat der "Beschenkte" aber trotzdem faktisch eine Zuwendung erhalten, stellt sich die Frage, ob der "Schenkende" (allenfalls sein Erbe) das Geleistete zurückverlangen kann. Je nach Art der Zuwendung sind die folgenden Fälle zu unterscheiden:

- aa) Sachzuwendungen (Grundstücke, Fahrnis) können vindiziert werden. Aufgrund der Rechtsgrundabhängigkeit der Eigentumsübertragung (sog. "Kausalität", ZGB 974 für Grundstücke, BGE 55 II 306 für Fahrnis; dazu auch OR/AT § 4/VIII/4 oder oben § 3/V/4) ist der Veräußerer Eigentümer geblieben und kann sein Eigentum herausverlangen (bei Grundstücken Grundbuchberichtigungsklage).
- bb) Geldzuwendungen, mögen diese durch Uebergabe von Bargeld, Banküberweisung, oder dgl. erfolgen, gehen in aller Regel in das Vermögen des Empfängers über (Vermischung, ZGB 727; vgl. dazu Zobl ZGB 727 N. 84, Lehmann, ZGB 727 N. 19; v.Tuhr, OR Bd. I § 52/VIII/2 bei Anm. 127), so dass die Rückforderung nach Bereicherungsgrundsätzen zu erfolgen hat. Hier ist, da eine Leistungskondition vorliegt, Rückforderung nur möglich, wenn der Kondizierende einen Irrtum bei der Leistungserbringung nachzuweisen vermag, was indessen nur unter besonderen Verhältnissen (z.B. wenn die Schenkung ihrerseits wegen Irrtums angefochten wurde) in Frage kommt. Die Tatsache des fehlenden gültigen Schenkungsvertrags stellt für sich noch keinen Konditionstatbestand dar (Anlass der Leistung ist überdies im Normalfall nicht das Vorhandensein einer gültigen Schenkung, sondern der Wille, dem Empfänger eine Zuwendung zu machen, und diese Absicht ist unerachtet der Gültigkeit des Schenkungsvertrages verwirklicht).
- cc) Forderungsabtretung wird überwiegend als rechtsgrundunabhängige ("abstrakte") Verfügung verstanden (dazu OR/AT § 31/III/4), was bedeutet, dass der Zedent höchstens einen Bereicherungsanspruch i.S. von OR 62 ff. auf Rückzession bzw. Herausgabe des Erlangten besitzt.

### b) Kritik der Praxis

In mehreren Entscheidungen hat das Bundesgericht die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft verkannt (hier allerdings anscheinend eingewurzelte Traditionen fortsetzend; vgl. oben Zif. I/1c) und insbesondere den bereicherungsrechtlichen Fundamentalgrundsatz ausser acht gelassen, dass eigene freiwillig erbrachte Leistungen nur unter Nachweis eines Irrtums bei der Leistungserbringung zurückgefordert werden können. In BGE 105 II 105 wie auch in 69 II 309 (vergleichbar auch BGE 52 II 369 und 49 II 97, welcher letztere Entscheid allerdings vielleicht mit anderer Begründung zu halten ist) wird die Frage, ob eine Zuwendung zurückgefordert werden könne, unzulässigerweise von der Frage des Zustandekommens einer Schenkung abhängig gemacht. Im grundsätzlich geschlossenen System der Entstehungsgründe von Obligationen ist zwar das Zustandekommen,

niemals aber das Nicht-Zustandekommen eines Vertrages (hier der Schenkung) Entstehungsgrund einer Obligation; eine Anspruchsgrundlage kann diesfalls nur im Kondiktionsrecht gesucht werden, das in den hier betrachteten Fällen indessen die Rückforderung mangels eines Irrtums des Leistenden versagt.

#### **IV. Unentgeltlichkeit; Schenkung unter Auflage oder Bedingung (OR 245)**

##### 1. Grundsatz

Unentgeltlichkeit fehlt (dh. keine Schenkung), wenn bereits vor der Vereinbarung ein rechtserheblicher Anlass zur fraglichen Leistung (insbesondere eine Naturalobligation aus verjährter Schuld oder sittlicher Pflicht oder Kondiktionsanspruch) besteht (vgl. etwa BGE 50 II 447, 80 II 260 ff. E. 2).

Erbringt jemand freiwillig eine geldwerte Leistung, ohne sich ausdrücklich eine Gegenleistung auszubedingen, ist es eine Frage der Auslegung nach Vertrauensgrundsätzen (vgl. dazu OR/AT § 10/III), ob der Empfänger auf Schenkungswillen des Leistenden/Unentgeltlichkeit der Leistung schliessen durfte (andernfalls Verkauf, Mandat, Geschäftsführung ohne Auftrag - unten § 14 - o. dgl.). Vgl. für den Fall freiwilliger Verwandtenunterstützung BGE 83 II 535.

##### 2. Sonderfall der Schenkung unter Bedingung oder Auflage

Diese wird immer noch als Schenkung behandelt (OR 245/I), sofern der Gehalt der Leistung des Beschenkten im Verständnis der Parteien nicht ein Äquivalent für das Geschenkte darstellt (BGE 57 II 516, 85 II 609). Schenkung unter Auflage ist daher grundsätzlich kein synallagmatischer Vertrag Bedingungen/Auflagen können im Interesse des Schenkers, eines Dritten bzw. der Allgemeinheit wie auch im Interesse des Beschenkten liegen (Geld soll in bestimmter Weise zugunsten des Beschenkten - z.B. Studienfinanzierung - verwendet werden).

##### Abgrenzung Auflage/Bedingung:

Die Auflage begründet eine Obliegenheit des Beschenkten, die Bedingung dagegen stellt die Verbindlichkeit des Schenkungsvertrages selbst unter den Vorbehalt, dass ein bestimmtes Ereignis eintrete. Falls es sich um eine Potestativbedingung handelt, kann sich allerdings hinter der Formel "ich schenke Dir, wenn Du das und das tun wirst" eine Auflage verbergen. Vgl. zur Abgrenzung BGE 80 II 262 E. 1, 2.

Soll der Beschenkte vorleisten, so Bedingung, nicht Auflage (ist Auflage vereinbart, Erfüllungspflicht wohl erst nach Schenkungsvollzug; BGB § 525/I).

##### Nichterfüllung von Auflagen:

- a) Erfüllungsanspruch (OR 246) auf Realexekution. Schranke gem. Abs. III: Erfüllung. Auflage soll Wert der Schenkung nicht übersteigen. Im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage keine Rückforderung des Geschenkten (OR 119/II nicht anwendbar, da Schenkung unter Auflage kein synallagmatischer Vertrag; OR 249 Z. 3 bezieht sich nur auf die schuldhaftige Nichterfüllung).
- b) Rückforderung (Widerruf der Schenkung; OR 249 Z. 3). Bei Schenkung unter Auflage grundsätzlich keine Anwendung von OR 107 (keine Nachfristansetzung mit Wahlrecht des Schenkers), sondern die durch Sondernorm OR 249 statuierte Rücktrittsbefugnis. Aber auch hier muss wohl meist (nach ZGB 2 und Analogie zu OR 107) Nachfristansetzung vorausgehen. Vgl. auch BGE 96 II 125 E. 3.



c) Schadenersatzanspruch des Schenkers unter Verzicht auf Erfüllung der Auflage?

Das Schenkungsrecht sieht nur Erfüllungs- und Rückforderungsanspruch des Schenkenden, jedoch nicht Schadenersatzanspruch (bei verschuldeter Unmöglichkeit bzw. nach Fristansetzung/Verzicht auf nachträgliche Leistung) vor. Auch aus OR 97 kann Schadenersatz nicht abgeleitet werden, da Auflage keine normale Vertragspflicht, sondern Obliegenheit eigener Art. Praxis hat trotzdem Schadenersatzanspruch bejaht (BGE 80 II 265 E. 4, ohne Begründung).

3. Sonderfall der gemischten Schenkung

Ein "negotium mixtum cum donatione", dh. Mischung entgeltlicher und unentgeltlicher Elemente im gleichen Vertrag (Verkauf "halb geschenkt") kann nur dann angenommen werden, wenn die Parteien sich des Leistungsmissverhältnisses bewusst waren, dieses wollten (BGE 84 II 348 mit Hinweisen). Zu den sich stellenden Abgrenzungsproblemen:

Auf das schenkungsrechtliche Formerfordernis kann dann nicht verzichtet werden, wenn die Parteien nicht bloss einen (sich vielleicht von der Marktsituation weit entfernenden) Freundschaftspreis, sondern bloss noch einen symbolischen Preis vereinbaren (die Entbehrlichkeit der schenkungsrechtlichen Schriftform wohl - obiter - zu eng umschreibend BGE 84 II 252/3; vgl. weiterhin BGE 82 II 433 E. 5). Unter gleichen Voraussetzungen unterliegt der Veräusserer auch bloss der schwächeren schenkungsrechtlichen Haftung (OR 248; unten Zif. V/2), während dann, wenn der Preis eine selbständige wirtschaftliche Bedeutung hat, unter grundsätzlicher Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistung eine Haftungserleichterung nach richterlichem Ermessen platzzugreifen hat (offenes System der Vertragstypen; eigene Lösungen bei Verträgen, die vom gesetzlich vorausgesetzten Typus abweichen; dazu oben § 1).

Neben einer den Parteiwillen/Vertragszweck berücksichtigenden Auffassung wird in Deutschland auch die sog. Trennungstheorie vertreten, der zufolge das Geschäft in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zerlegt und nur auf den letzteren Schenkungsrecht angewendet wird.

4. Ausschluss der "Erfüllung einer sittlichen Pflicht" aus dem Schenkungsrecht

Die Befriedigung verjährter oder sonstwie unklagbarer Forderungen ("Naturalobligationen") wird traditionellerweise nicht als Schenkung, sondern als Erfüllung einer "Rechtspflicht" verstanden (vgl. OR/AT § 6/III), womit der Ausschluss der nachträglichen Rückforderung nach Schenkungsgrundsätzen (unten Zif. VI) bewirkt werden soll. Diese Linie weiterführend statuiert BGB § 534: "Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht ... entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerruf".

OR 239/III: "Die Erfüllung einer sittlichen Pflicht wird nicht als Schenkung behandelt". Wörtlich genommen schliesst dies die Anwendung des gesamten Schenkungsrechts aus, wenn nur die Leistung durch eine sittliche Pflicht geboten wird. Sachlich höchst unglücklich ist das Entfallen des Erfordernisses der Schriftform für solche "Schenkungs"versprechen: Rechtsunsicherheit infolge Unbestimmtheit der "sittlichen Pflicht"; gerade auch derjenige, der unter moralischem Anspruch schenkweise für die Zukunft Pflichten begründen soll, bedarf des Formschutzes (ebenfalls kritisch v. Tuhr, SJZ 18 p. 202, Zif. II; v. Büren OR II p. 275 f.). Zur Verhütung des Schlimmsten:

- 1) Restriktives Verständnis der "sittlichen Pflicht". Ebenfalls so Cavin p. 186. -BGE 79 II 151/3 verneint sittliche Pflicht (allerdings eindeutiger Fall); vgl. auch BGE 102 II 325 f., 83 II 536 f.
- 2) Strenge Anforderungen an die Äusserung des Verpflichtungswillens: Wer erklärt, er werde "dann schon" geben, will eher zum Ausdruck bringen, er habe seine sittliche Pflicht erkannt, als dass er eine Rechtspflicht zu begründen beabsichtigt (ähnlich v.Tuhr a.a.O.).

## V. Pflichten des Schenkenden

### 1. Rechtslage bei Nichterfüllung des Schenkungsversprechens

Wie bei anderen Verträgen kann auch aus der Schenkung (dh. dem Schenkungsversprechen) ein Anspruch auf Realerfüllung abgeleitet werden (dazu OR/AT § 20/I). Solange die Realerfüllung möglich ist, hat der Beschenkte keine andere Möglichkeit, als diese zu verlangen; es steht ihm der Ausweg, i.S. von OR 107 auf die nachträgliche Erfüllung zu verzichten und Geldersatz zu verlangen, nicht offen, da die Schenkung kein synallagmatischer Vertrag ist.

Mangels schenkungsrechtlicher Sondervorschriften träfen den Schenker im Falle der verspäteten Erfüllung oder der Nichterfüllung wegen nachträglicher Unmöglichkeit die üblichen Sanktionen (Schadenersatz wegen Verspätung der Leistung oder deren Ausbleiben infolge Unmöglichkeit), immerhin unter Vorbehalt der Haftungsminderung nach OR 99/II. Aber die besonderen Verhältnisse bei der Schenkung müssen in vielen Fällen dazu führen, eine vertragliche Haftungswegbedingung anzunehmen: Nach dem Vertrauensprinzip kann der Beschenkte bei der Entgegennahme des Schenkungsversprechens meist nicht die Erwartung hegen, der Schenkungsversprecher wolle für den Fall verspäteter Erfüllung (sofern die Verspätung sich in beschränktem Rahmen hält oder fahrlässig verursacht ist, dh. nicht auf bewusster Leistungsverweigerung beruht) oder bloss fahrlässig verursachter Unmöglichkeit (z.B. Untergang des geschenkten Gegenstandes infolge Nachlässigkeit) eine Haftung übernehmen. Obwohl Ausnahmen denkbar sind, beschränken sich demnach die Ansprüche des Beschenkten im Regelfall auf Realexekution bzw. Schadenersatz im Falle vorsätzlicher (ausnahmsweise grobfahrlässiger) Verursachung der Unmöglichkeit. Im Ergebnis ähnlich wie hier Cavin, SPR VII/1 p. 195 mit Begründung gestützt auf OR 99/II und 248/I.

Gemäss Sondernorm von OR 105/I (wie bereits aOR 120) laufen Verzugszinse auf einer schenkweise zugesicherten Geldsumme erst von Betreibung bzw. Klageeinleitung an.

### 2. Gewährleistung bei Mängeln des Geschenkten (OR 248)

Ogleich der Schenkende keine Gegenleistung erhält, ist er nicht gänzlich von jeder Sekundärpflicht befreit; OR 248 fasst das Notwendige zusammen (einlässlicher BGB §§521-524):

Eine Haftung für Sach- oder Rechtsmängel besteht im Gegensatz zum Kauf grundsätzlich nicht, es sei denn, dass eine entsprechende Abrede getroffen wurde (OR 248/I); bei der Schenkung einer Forderung wird weder für Verität noch Bonität haftet (neben OR 248/I auch OR 171/III). Dagegen gilt die allgemeine Regel, dass bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Schenkende ganz allgemein für verursachten Schaden haftet: Kenntnis des Gebers, dass geschenkte Konserven verdorben, das geschenkte Auto gestohlen, was Gesundheitsstörung bzw. Prozesskosten verursachen kann.

## VI. Rückfall der Schenkung kraft vertraglicher Vereinbarung

### 1. Allgemeines

Die Parteien können aufgrund der Vertragsfreiheit die Schenkung beliebigen Bedingungen unterwerfen. Während bei Vereinbarung von aufschiebenden Bedingungen (Suspensivbedingungen) der Schenkungsvertrag erst mit Eintritt der Bedingung seine Wirksamkeit entfaltet, lässt die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung (Resolutivbedingung) die Schenkung vorerst in volle Wirksamkeit treten. Vgl. zu bedingten Rechtsgeschäften im übrigen OR/AT § 28.

Die (suspensiven oder resolutiven) Bedingungen können im übrigen ihrerseits Potestativbedingungen darstellen, deren Eintritt zu bewirken in der Macht eines der Partner steht, oder sogar als Wollensbedingungen ausgestaltet sein. Demnach kann sich z.B. der Schenker die freie Widerruflichkeit der Schenkung vorbehalten. Auch die Vereinbarung, dass ein Dritter das Geschenkte dem Beschenkten wegnehmen kann, wäre zulässig.

Bedingungen können auch stillschweigend vereinbart werden; vgl. BGE 71 II 255, wo bezüglich der Schenkung von wertvollem Familienschmuck angenommen wurde, "dass es unter der stillschweigenden Bedingung geschieht, dass die Ehe nicht aus Verschulden der Frau geschieden werde." Schranke dieses Grundsatzes in BGE 85 II 79; ablehnend jetzt auch BGE 113 II 255 E. 2/b.

### 2. Wirkungen des Eintritts einer Resolutivbedingung

Die Bedingtheit der Schenkung bezieht sich nur auf den Schenkungsvertrag als Verpflichtungsgeschäft, nicht jedoch auf eine allenfalls bereits erfolgte Verfügung. Sodann entfaltet der Eintritt einer auflösenden Bedingung seine Wirkungen ex nunc (OR 154/II); die Schenkung soll nicht rückwirkend ungeschehen, sondern bloss für die Zukunft unwirksam gemacht werden (wobei freilich das Gegenteil von den Parteien vereinbart werden könnte). Während das noch nicht vollzogene Schenkungsversprechen bei Eintritt der Bedingung ohne weiteres dahinfällt, gilt bei der vollzogenen Schenkung:

- a) individualisierte Sachen (Fahrnis oder Grundstücke) müssen in ihrem Zustand bei Bedingungseintritt zurückgegeben werden. Es handelt sich um ein obligatorisches Rückabwicklungsverhältnis (auf vertraglicher, nicht bereicherungsrechtlicher Basis) ähnlich wie nach erfolgter Wandelung beim Kauf (oben § 4/VI/2/a/aa. A.M. Cavin, SPR VII/1 p. 194, der einen Vindikationsanspruch des Schenkers annimmt und überdies sogar Veräusserungen durch den Beschenkten während der Zeit vor Eintritt der Bedingung als ungültig betrachtet). - Die Frage der Ersatzpflicht des Beschenkten bei Wertverminderung oder gar Untergang/Verbrauch oder umgekehrt die Ansprüche des Beschenkten auf Verwendungsersatz sind nicht geregelt; richterliche Lückenfüllung zwischen den Extremen der Lösung für den gut- oder bösgläubigen Besitzer, ZGB 938-940 (der Besitzer einer unter auflösenden Bedingung stehenden Schenkung ist weder das eine noch das andere).
- b) Geld ist (auf gleicher rechtlicher Grundlage wie oben lit. a) im Umfang des seinerzeit Empfangenen zurückzugeben; ob unter besonderen Verhältnissen die Einrede nicht mehr vorhandener Bereicherung zuzulassen ist, mag hier offen bleiben.

### 3. Sonderfall der Rückfallvereinbarung bei Vorversterben des Beschenkten (OR 247)

Die Parteien können (als symmetrisches Gegenstück zur Schenkung von Todes wegen; unten Zif. IX) vereinbaren, dass bei Tod des Beschenkten die Zuwendung an den Schenker zurückfallen soll. Dies ist selbstverständlich; OR 247 hat nicht den Zweck, diese Möglichkeit einzuräumen, sondern zusätzlich für den Fall der Schenkung von Grundstücken und dinglichen Rechten die Möglichkeit der Vormerkung im Grundbuch zu schaffen. Die Wirkungen einer derartigen Vormerkung entsprechen den übrigen Fällen (vgl. ZGB 959 und oben § 5/III/8). - Der Rückfall kann - über den Wortlaut von OR 247/I hinaus - selbstverständlich auch für den Fall verabredet werden, dass der Schenker seinerseits vor dem Beschenkten stirbt und die Erben des ersteren (oder allfällig von diesem bezeichnete Dritte) aus dem Rückfall begünstigt sind; nach dem Gesetzestext besteht indessen keine Basis für einen entsprechenden Eintrag im Grundbuch.

## **VII. Vererblichkeit der Rechte und Pflichten aus Schenkungsversprechen**

### 1. Aktive Vererblichkeit ?

Das Stillschweigen des Gesetzes (auch des BGB) zu dieser Frage bedeutet dem Grundsatz nach, dass im Falle des Todes des Beschenkten dessen Ansprüche auf Ausrichtung der Schenkung auf die Erben übergehen. Die Parteien (dh. der Schenker) können die Vererblichkeit explizit ausschliessen; aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung muss aber darüber hinaus eine Vermutung des dahingehenden Willens angenommen werden (der Schenker will sich nur gegenüber dem Beschenkten persönlich verpflichten, nicht aber dessen Erben begünstigen), so dass - Nachweis besonderer Verhältnisse vorbehalten - die aktive Vererblichkeit als ausgeschlossen zu gelten hat. Vgl. auch das Dahinfallen eines Vermächtnisses beim Tod des Vermächtnisnehmers (ZGB 543).

### 2. Passive Vererblichkeit; Schranke von OR 252

Nach Erbrecht müssen die Verpflichtungen aus einem Schenkungsversprechen grundsätzlich als vererblich gelten; hier wird man nicht in gleichem Sinn wie bei der aktiven Vererblichkeit einen stillschweigenden vertraglichen Ausschluss vermuten dürfen (obwohl auch hier die Verhältnisse so liegen können, dass aus ihnen die natürliche Vermutung fließt, der Schenkende habe zwar sich selber, nicht jedoch seine Erben verpflichten wollen).

Für den Sonderfall der schenkweisen Aussetzung einer "wiederkehrenden Leistung" (Rente o. dgl.) statuiert OR 252 (nach Vorbild BGB 520) einen (dispositiven) Ausschluss der passiven Vererblichkeit.

## **VIII. Dahinfallen der Schenkung bzw. Widerrufsmöglichkeit kraft Gesetzes**

### 1. Widerrufsmöglichkeit des Schenkers bei vollzogener Schenkung (OR 249, 251)

#### a) Voraussetzungen

Unter bestimmten, in OR 249 umschriebenen Voraussetzungen kann der Schenker die Schenkung widerrufen und das bereits Hingegebene zurückfordern:

- schwere Verfehlung gegenüber dem Schenkenden oder seinen Angehörigen (Verbrechen oder Verletzung familienrechtlicher Pflichten, Z. 1, 2, entsprechend den Enterbungsgründen, ZGB 477).

- die (durch keine hinreichenden Gründe gerechtfertigte) Nichterfüllung von Auflagen (vgl. hierzu auch oben Zif. IV/2, BGE 42 II 504, ZR 81/10 E. 2).

Verzeihung der Verfehlungen (oder Verzicht auf Auflage) schliessen wohl einen Widerruf aus (Analogie zu ZGB 540/II; BGB § 532). - Neben OR 249 auch ZGB 94: Bei Auflösung einer Verlobung können die Geschenke, unabhängig von Verschuldensfrage, von den Beteiligten (nicht aber deren Angehörigen! vgl. dazu oben Zif. I/3a) zurückgefordert werden.

Ein Rückforderungsrecht darf nicht leichthin angenommen werden; es handelt sich um eine "sanzione estrema" (BGE 96 II 126).

b) Durchführung des Widerrufs; Befristung, Zuständigkeit

Die Widerrufsmöglichkeit wird durch (formfreie) Erklärung des Schenkers wahrgenommen gleich wie bei der Willensmängelanfechtung (dazu OR/AT § 13/IV/2); wie dort ist auch bei der Schenkung die Anfechtungsmöglichkeit auf ein Jahr ab Kenntnis vom Widerrufsgrund beschränkt (OR 251/I). Entgegen dem Gesetzeswortlaut liegt eine Verwirkungsfrist vor.

Berechtigter zum Widerruf ist der Schenker. Die gleiche Möglichkeit steht den Erben zu, wenn der Beschenkte den Schenker umgebracht oder den Widerruf (widerrechtlich) verhindert hat (OR 251/III und BGB 530/II). Zur "höchstpersönlichen" Natur der Widerrufsmöglichkeit vgl. BGE 96 II 126 mit Hinweisen; zur Vererblichkeit OR 251/II.

c) Wirkungen des Widerrufs

Der Widerruf wirkt ex nunc. Grundlage der Rückforderung ist das Bereicherungsrecht (OR 62-67; dazu OR/AT § 34). Sind die Schenkobjekte noch ausgesondert und in natura vorhanden, bleibt der Rückforderungsanspruch trotzdem ein obligatorischer (bereicherungsrechtlicher); zur Annahme einer Vindikationsmöglichkeit besteht hier (gleich wie beim vertraglich vereinbarten Rückfall; oben Zif. VI/2) weder gesetzliche Grundlage noch sachlicher Anlass.

2. Widerrufsmöglichkeit des Schenkers beim Schenkungsversprechen (OR 250, 251)

Die Widerrufsgründe sind naturgemäss erweitert in Fällen, in denen die Schenkung noch nicht ausgerichtet ist. Zu den in OR 249 genannten Gründen (vorstehend Zif. 1/a) kommt als weiterer hinzu eine Verschlechterung der Vermögenslage des Schenkers, sei es, dass wegen dieser "die Schenkung ihn ausserordentlich schwer belasten würde" (OR 250 Z. 2) oder dass ihm zusätzliche familienrechtliche Pflichten erwachsen sind (in welchem Fall auch ohne zu befürchtende finanzielle Bedrängnis ein Widerrufsgrund angenommen werden muss).

Eine Rückforderung fällt hier naturgemäss ausser Betracht. Die Modalitäten der Ausübung des Widerrufsrechts sind, in unglücklicher Vermischung der Regelung der beiden sachlogisch ganz verschiedenen Sachverhalte in OR 251, gleich geordnet wie im Falle der Rückforderung bereits ausgerichteter Schenkungen (oben Zif. 1). Das bedeutet, dass eine Widerrufserklärung binnen eines Jahres notwendig ist; bei Unterlassen der Widerrufserklärung würde demnach der Schenker in Pflicht bleiben. - Sachlich eine unhaltbare Regelung, die durch richterliche Gesetzeskorrektur zu beheben wäre: Der eine künftige Schenkung Versprechende muss einem allgemeinen Rechtsprinzip zufolge (vgl. auch oben § 4/V/8/b) eine unverjährende Einrede gegenüber der Forderung des Beschenkten haben, will der Gesetzgeber dem Schenkenden überhaupt einen wirksamen Schutz gewähren.

### 3. Dahinfallen eines Schenkungsversprechens bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schenkers (OR 250/II)

Der Vertrag wird automatisch, dh. ohne entsprechende Erklärung des Schenkers, durch Konkurseröffnung oder Ausstellung von Verlustscheinen aufgehoben.

### 4. "Schenkungs pauliana"

Eine Schenkung unterliegt, falls diese in den letzten 6 Monaten vor Konkurseröffnung oder Pfändung vollzogen wurde, der betriebsrechtlichen Anfechtung (SchKG 286); Klage gegen den Beschenkten (SchKG 290/92).

### 5. Hinweis: Möglichkeit erbrechtlicher Herabsetzung gemäss ZGB 527 Z. 3

Nach dem Tod des Schenkers können dessen Erben die frei widerrufbaren Schenkungen sowie die in den letzten fünf Jahren vor dem Tode ausgerichteten Schenkungen gegenüber dem Beschenkten mittels Herabsetzung geltend machen, falls ihr erbrechtlicher Pflichtteil durch die Zuwendung geschmälert würde (vgl. auch ZGB 527 Z. 4).

## **IX. "Schenkung auf den Todesfall" (OR 245/II): nicht Schenkung, sondern erbrechtliche Verfügung**

### Literatur:

P. Piotet in SPR IV/1 § 30 p. 193-198

### 1. Allgemeines

Schenkungsverpflichtungen können wie andere Verträge an auflösende oder aufschiebende Bedingungen geknüpft werden (hiezuv. oben Zif. VI; OR/AT § 28). Wird Schenkung in ihrer Wirksamkeit vertraglich bis zu Tod des Schenkers suspendiert, kommt sie in ihrer wirtschaftlichen Funktion einer letztwilligen Verfügung gleich und wird in OR 245/II "den Vorschriften über die Verfügung von Todes wegen" unterstellt. Daher ist dieser Sondertatbestand kein vertrags- und schenkungsrechtlicher Tatbestand mehr, sondern ist erbrechtlich zu verstehen und zu handhaben. - Es hat wenig Sinn, die "Schenkung auf den Todesfall" als selbständige, zwischen Schuld- und Erbrecht stehende Figur zu deuten (so wie hier Cavin, SPR VII/1 p. 193; vgl. auch Piotet, SPR IV/1 p. 195 f.); falls die Parteien das Geschäft als solches unter Lebenden präsentieren, ist es so weit als möglich dem Willen des "Schenkers" entsprechend als eine Verfügung von Todes wegen aufrechtzuerhalten und im übrigen erbrechtlichen Grundsätzen zu unterwerfen.

### 2. Abgrenzung von Schenkung unter Lebenden und auf den Todesfall

Eine als Verfügung von Todes wegen behandelte Schenkung i.S. von OR 245/II liegt indessen nur dann vor, wenn bis zum Tod des Schenkenden die Ausrichtung der Schenkung aufgeschoben bleiben soll, nicht aber schon dann, wenn der Vollzug des Schenkungsversprechens faktisch aufgeschoben wird, so lange, dass der Tod des Schenkers der Erfüllung zuvorkommt. Massgebend ist der Zeitpunkt, in dem nach dem Willen der Parteien bei Vertragsschluss das Schenkungsversprechen erfüllt werden soll (BGE 110 II 157 E. 2/a); von OR 245/II erfasst werden nur jene Schenkungen, die erst mit dem Tod des Schenkenden wirksam werden sollen (so auch BGE 93 II 226 E. 1). Nur wenn nachweislich von Anfang an die Absicht bestand, das Geschäft zwar als solches unter

Lebenden zu präsentieren, es aber nicht zu Lebzeiten des Schenkenden zu vollziehen, soll ein Umgehungstatbestand angenommen werden (teilweise abweichen Becker, OR 245 N. 3).

### 3. Hinweis auf Folgerungen aus der Unterstellung unter Erbrecht

a) Die Zuwendung ist nur wirksam, wenn sie die Formerfordernisse einer der gesetzlichen Verfügungsarten (ZGB 481/I) erfüllt; so da sind

- Testament ("letztwillige Verfügung"), entweder als
  - eigenhändiges ("holographes") Testament (ZGB 505) oder als
  - öffentliches Testament (durch Urkundsperson, mit Zeugen; ZGB 499-502) (Nottestament gem. ZGB 506-508 scheidet hier praktisch aus)
- Erbvertrag, im wesentlichen in den Formen des öffentlichen Testamentes, jedoch mit der (sachlich unbegründeten) Besonderheit, dass die Zeugen bei der Unterzeichnung anwesend sein müssen (ZGB 512/II, BGE 93 II 227, 89 II 189 E. 3)

Formmängel einer Verfügung von Todes wegen bewirken nicht i.S. von OR 11/II Ungültigkeit, sondern bedürfen der Anfechtungsklage gem. ZGB 520, wobei das Urteil nur zwischen den Prozessparteien wirksam wird. BGE 89 II 91 überträgt dies auf Schenkungen von Todes wegen (wohl zu sehr verallgemeinernd).

- b) Erfüllt ein eigenhändig geschriebenes Schenkungsversprechen die Voraussetzungen des eigenhändigen Testamentes, muss eine entsprechende Umdeutung stattfinden; keinesfalls darf aus dem Umstand, dass der Verfügende von "Schenkung" Wh. aber einem Vertrag) spricht, gefolgert werden, es stünde nur der Erbvertrag zu Gebote (so, in einem allerdings atypischen Fall BGE 76 II 205). Zutreffend wird in BGE 93 II 227 ff. ein (erst beim Tode vollziehbarer) als Liegenschaftskauf präsentierter Vertrag in ein öffentliches Testament umgedeutet; gleiches muss gelten, wenn der Verfügende einen schriftlichen, bei Ableben zu vollziehenden "Schenkungsvertrag" aufsetzt, der zwar nicht den Formerfordernissen des Erbvertrages, wohl aber jenen des eigenhändigen Testamentes genügt. In diese Richtungweisend BGE 45 II 146 E. 2, 74 II 188; so wie hier v.Tuhr in SJZ 18 p. 205.
- c) Der aus einer Schenkung auf den Todesfall Begünstigte hat einen obligatorischen Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet. Bei der Berechnung der disponiblen Quoten usw. ist die "Schenkung" wie eine Legat in Rechnung zu setzen.
- d) Die Frage, ob der Anspruch des "Beschenkten" bei dessen Tod auf dessen Erben übergehe, ist eine Frage der Auslegung, wobei wie beim Vermächtnis bzw. dem Erbvertrag (ZGB 515, 543/II) die Vermutung der aktiven Unvererblichkeit auch schenkungsrechtlich besteht (oben Zif. VII/1).

