

Sachverhalt 1 mit Lösungen

- Die Zweifel AG überlässt dem Rindermäster Meier sieben Tonnen Kartoffelpülpe, die sie sonst kostenpflichtig entsorgen müsste.
Der deutsche BGH hat eine Schenkung bejaht. Ich sehe dies anders, denn interessanterweise werden beide Parteien durch diesen Vorgang reicher. Meier erhält Futter und die Zweifel AG spart Entsorgungskosten. Das Phänomen der fehlenden Entreichung seitens der Zweifel AG lässt sich damit erklären, dass schon die blosser Abnahme der Pülpe eine Gegenleistung darstellt. Es gibt somit eine Gegenleistung, die in der Annahme und Entsorgung der Pülpe liegt. Diese erbringt Meier, indem er seine Rinder die Pülpe fressen lässt. Die Entsorgungsleistung lässt nicht die Bereicherung Meiers entfallen, sondern macht daraus eine entgeltliche Bereicherung.¹ Es geht folglich um eine synallagmatische Gegenleistung (im Unterschied zu den konditionalen oder kausalen Gegenleistungen).²
- Der Vater steckt seinem Sohn 100 Franken zu, damit sich dieser eine Uhr kaufen kann.
Hier geht es um eine Zweckschenkung. Der Verwendungszweck ist nicht nur eine Auflage (akzessorische Nebenbestimmung), sondern der Rechtsgrund der Schenkung. Kauft er sich keine Uhr, kann man den Betrag mit der Zweckverfehlungskondition zurückfordern (Art. 62 Abs. 2 OR).³
- Der Vater überweist seiner 17-jährigen Tochter jeden Monat 100 Franken für ihre Esskosten in der Mensa.
Das ist keine Schenkung, sondern die Erfüllung der Unterhaltspflicht (Art. 276 ZGB).
- Ein Verwandter überweist Gabriela eine monatliche Unterstützung von 500 Franken zur Bestreitung ihrer Lebens- und Ausbildungskosten.
Das ist die Erfüllung einer sittlichen Pflicht (Art. 239 Abs. 3 OR) und wird deshalb nicht als Schenkung behandelt. Auch wenn es nicht rechtlich geschuldet war, kann man das Geld nicht zurückfordern (Art. 62 Abs. 2 OR).
- Simon schenkt Beat eine Uhr, die Robert gehört.
Der Wortlaut des Art. 239 Abs. 1 OR scheint die Schenkung einer fremden Sache vordergründig auszuschliessen: «Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichert.» Diese Einschränkung dient indes nur dem Ausschluss von Dienstleistungen aus dem Schenkungsbegriff (strittig).⁴

¹ Michael Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Habil. Erlangen-Nürnberg 2001, Köln 2002, 40: „Nach bürgerlichem Recht bereichert also beim Kaufvertrag als dem klassischen entgeltlichen Geschäft, der Verkäufer den Käufer um die Kaufsache, empfängt aber den Kaufpreis, was bedeutet, dass er den Käufer nicht unentgeltlich, sondern entgeltlich bereichert. Darin liegt der dogmatische Unterschied zwischen dem Kauf als entgeltlichem Veräusserungsgeschäft und der Schenkung als unentgeltlichem Veräusserungsgeschäft.“

² Eine synallagmatische Gegenleistung liegt vor, wenn eine gegenseitige Verknüpfung oder Bedingung existiert. Jede Vertragspartei ist dabei zugleich Schuldner und Gläubiger einer Leistung. Es ist die Gegenleistung „in obligatione“. Als Leistung und Gegenleistung genügen auch immaterielle Leistungen. Eine Gegenleistung mit konditionaler Verknüpfung liegt vor, wenn das Versprechen in der Absicht erfolgt, den Zuwendungsempfänger seinerseits zu einer Leistung zu bewegen. Es ist die Gegenleistung „in condicione“. Schwery erwähnt als Beispiel das Versprechen des Vaters, dem Sohn eine Ferienreise zu zahlen, wenn er die Lehre erfolgreich abschliesst (Nadja Schwery, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, Diss. Fribourg 2013, N 30). Eine lediglich kausale Verknüpfung einer Zuwendung mit einer Gegenleistung liegt dann vor, wenn die Verknüpfung nur im Sinne einer Geschäftsgrundlage besteht. Es handelt sich dabei um eine tatsächliche Willensübereinstimmung, nicht jedoch um eine rechtliche Willensübereinstimmung im Sinne einer Einigung. Berühmt ist das Beispiel einer Zuwendung des Mannes, um seine Ehegattin zur Rückkehr zu bewegen (Maissen, N 113; MK-Koch, BGB 516 N 28).

³ Vgl. das Beispiel in BGE 82 II 430 E. 6-8.

⁴ BUCHER, OR BT, 148; für die Nichtigkeit der Schenkung fremder Sachen statt vieler BSK OR I-VOGT/VOGT, Art. 239 N 42; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. A., Zürich 1979, 497 f., Fn. 143, 516 und HUGUENIN, N 2867; vgl. die Übersichten bei CHARLOTTE WIESER, Gutgläubiger Fahrnisserwerb und Besitzesrechtsklage: unter besonderer Berücksichtigung der Rückforderung "entarteter" Kunstgegenstände, Diss. Basel 2004, 82 und SUSAN EMMENEGGER, Schenkung und Gutgläubensschutz, in: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf (Hrsg.),

Aufgrund des Vertragscharakters ist es selbstverständlich möglich, eine fremde Sache zu schenken, da man sich lediglich dazu verpflichtet. Die Probleme zeigen sich erst beim Verfügungsge­schäft, also bei der Erfüllung. Nur wenn man die Schenkung als reine Verfügung betrachtet, drängen sich aufgrund des Prinzips «nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet» Ein­schränkungen bezüglich der Fremdheit der geschenkten Sache auf.⁵

Die Relevanz dieser Frage erfasst jedoch nicht nur den unmittelbaren Bestand des Schenkungs­vertrags. Weitere Folgen zeigen sich bei der Frage, ob der gutgläubige Erwerb vom Nichtbe­rechtigten gemäss Art. 933 ZGB im Rahmen einer Schenkung möglich ist. Die Lehre ist diesbe­züglich geteilt. Ein Teil verneint den gutgläubigen Erwerb gestützt auf den Wortlaut des Art. 239 Abs. 1 OR. Die Schenkung einer fremden Sache sei nichtig, da die Schenkung nicht aus dem Vermögen des Schenkers stamme.⁶ Diese Autoren sind noch dem Verfügungscharakter der Schenkung verhaftet. Andere Autoren, zu denen ich gehöre, nehmen eine teleologische Reduk­tion des Art. 933 ZGB vor, indem sie diesen nur bei entgeltlichen Geschäften anwenden. Der Grund dafür liegt in der Rechtscheinlehre, die ein betätigtes Vertrauen im Sinne nachteiliger Vermögensdispositionen verlangt.⁷ Weitere Autoren korrigieren die unbefriedigende Situation, indem sie die Existenz der speziellen Kondiktion gemäss § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auch für die Schweiz bejahen.⁸ Diese Norm hält fest, dass der Beschenkte die vom Nichtberechtigten ver­schenkte Sache herausgeben muss.

- Kurt begleicht die verjährte Kaufpreisforderung gegenüber Verkäufer Viktor.
Eine verjährte Forderung existiert nach wie vor – sie ist lediglich nicht erzwingbar, wenn der Schuldner die Einrede der Verjährung geltend macht, was er nicht tun muss (vgl. Art. 142 OR; vgl. auch Art. 63 Abs. 2 OR).

Sachverhalt 2 mit Lösungen

- Ich werde Dir zum Geburtstag eine Tissot schenken!
Es geht um ein formpflichtiges Schenkungsversprechen (Art. 243 Abs. 1 OR).
- Ich schenke Dir die Parzelle Nr. 2 in Kloten, doch darfst Du sie zehn Jahre nicht überbauen.
Es geht um eine Auflage (Art. 245 Abs. 1 OR), nicht um eine Bedingung. Die Wirksamkeit der Schenkung hängt nicht von der fehlenden Überbauung ab, nicht resolutiv und auch nicht sus­pensiv. Die Schenkung eines Grundstücks bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 242 Abs. 2 OR).
- Ich schenke Dir das Mehrfamilienhaus auf Parzelle Nr. 2, doch darfst Du die Mieten zehn Jahre nicht erhöhen.
Ist es eine Auflage, eine Bedingung oder eine Gegenleistung zugunsten eines Dritten? Hier muss der Wille interpretiert werden. Hat die Auflage Gegenleistungscharakter (dann ist es keine Schenkung mehr), die auch zugunsten eines Dritten erfolgen kann? Kaum. Es kommt wohl pri­mär darauf an, was dem Schenker wichtiger ist. Zu berücksichtigen ist dabei die Folgenerwä­gung, dass bei der Auflage der Vollzug erzwungen werden kann (Art. 246 OR oder Rückforde­rung gemäss Art. 249 Ziff. 3 OR). Schadenersatz gibt es bei nicht erfüllten Auflagen nicht. Die Auflage ist keine Gegenleistung. Ich tendiere hier zur Auflage.
- Ich schenke Dir das Mehrfamilienhaus auf Parzelle Nr. 2, will es aber zurückerhalten, sofern Volk und Stände die Erbschaftssteuerinitiative ablehnen.

Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, 219 ff., 221; vgl. aber die deutliche Stel­lungnahme des Kommissionssprechers Gottofrey: « *Un élément essentiel de la donation est donc qu'un bien quelconque passe du patrimoine du donateur dans le patrimoine du donataire; pour que ce transfert soit possible, il est nécessaire que ce bien se trouve dans le patrimoine du donateur.* » (Sten. Bull. 1906, 1242).

⁵ Vgl. dazu EMMENEGGER, 225; Rusch, Schenkung als Vertrag, FS Koller, 845 f.

⁶ Vgl. BSK OR I-VOGT/VOGT, Art. 239 N 42.

⁷ ARNOLD F. RUSCH, Rechtscheinlehre, Habil. Zürich 2010, 244 f.; vgl. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationen­recht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, 223.

⁸ VON TUHR/PETER, 497 f., Fn. 143, 516; a.M. EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar, Art. 919-941 ZGB, 4. A., Bern 2016, Vorbem. Rechtsschutz zu Art. 930-937 ZGB N 32; vgl. die Übersichten bei BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 22 und 224 f.; EMMENEGGER, 221 f., mit ablehnendem Fazit (226 f.).

Das ist eine Resolutivbedingung.

- Ich verkaufe Dir meinen Ferrari für Fr. 10'000, den Rest betrachte bitte als Belohnung zum Studienabschluss (obj. Wert des Fahrzeugs: Fr. 80'000)!

Ist es eine gemischte Schenkung oder ein Freundschaftspreis⁹? Man muss die Wertdifferenz kennen und diese (von der Gegenpartei akzeptiert) schenken wollen, damit es eine gemischte Schenkung ist. Die gemischte Schenkung ist ein Innominatkontrakt. Die Parteien vereinbaren bewusst einen Kaufpreis, der erheblich tiefer als der wirkliche Wert ist. Über die Differenz besteht Schenkungsabsicht.¹⁰ Dabei dominiert das Schenkungselement die Formvorschrift (beim Versprechen Art. 243 OR) für den ganzen Vertrag.¹¹

Sachverhalt 3

Albert schenkt Beat seinen gebrauchten Ford Focus. Dieser hat kaputte Bremsen. Beat verunfallt, zerstört den Ford und verletzt sich dabei. Albert trifft ein leichtes Verschulden, weil er den Service zu lange hinausgezögert hat. Wie ist die Rechtslage? Wie ist die Rechtslage, wenn Albert Gewähr im Sinne von Art. 248 Abs. 2 OR verspricht?

Lösung 3

Die Schenkung muss man sich unter Haftungs- und Gewährleistungsgesichtspunkten als einen Kauf vorstellen, bei dem eine maximale Freizeichnung erfolgt ist. Diese Vorstellung passt: Die Haftung gemäss Art. 248 Abs. 1 OR besteht nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz, was der Grenze der Freizeichnungsmöglichkeit gemäss Art. 100 Abs. 1 OR entspricht. Die Gewährleistung steht nicht offen, es sei denn, es bestehe eine Abmachung oder bei Arglist (Art. 248 Abs. 2 OR) – das ist die Regelung, wie sie Art. 199 OR für die Freizeichnung von der Gewährleistung beim Kauf vorsieht. Das ergibt auch die richtigen Anwendungsfelder: Art. 248 Abs. 1 OR regelt Verzug, positive Vertragsverletzung und Unmöglichkeit, Abs. 2 jegliche Ansprüche aus Gewährleistung, also auch Schadenersatz aus Gewährleistung.¹²

⁹ BSK OR I-Vogt/Vogt, Art. 239 N 5b: «Preisvergünstigung im Sinne eines Freundschaftspreises begründet keine unentgeltliche Zuwendung (Schlinker, zit. vor N 48, 30): Soweit der Veräusserer die Veräusserung als durch den Kaufpreis gedeckt betrachtet, liegt keine unentgeltliche Zuwendung vor (BGE 128 II 231, 236 E. 2.4.2.1; 98 II 352, 358 E. 3b m.w.Nw. der reichhaltigen Rsp., die sich namentlich auf die erbrechtliche Herabsetzung und Ausgleichung solcher Schenkungen bezieht; BGE 82 II 430, 436 E. 5; Moser, 15 f.; Honsell, OR BT, 195).»

¹⁰ BSK OR I-Vogt/Vogt, Art. 239 N 5 f.: «Gemischte Schenkung, d.h. Mischung von entgeltlichen und unentgeltlichen Veräusserungsvertragsselementen in einem Vertrag (negotium mixtum cum donatione/Kauf vermischt mit Schenkung), liegt dann vor, wenn die Parteien eine unentgeltliche Zuwendung in dem Sinne beabsichtigen, dass sie den (Kauf-)Preis bewusst unter dem Wert des Veräusserungsgegenstandes ansetzen, um die Differenz dem Erwerber (Käufer) unentgeltlich zukommen zu lassen (BGE 98 II 352, 358 E. 3b; BGer, 2.4.2001, 5C.212/2000, E. 4b; BGer, 30.1.2001, 5C.259/2000, E. 2b; BGE 128 II 231, 236 E. 2.4.2.1; BGer, 21.12.2009, 5A.662/2009, E. 2.2 f.), d.h. die Parteien müssen das Leistungsmissverhältnis kennen und auch wollen (BGer, 16.3.2001, 4C.346/2000, E. 1; vgl. auch Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG: «Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht»; OGer ZH, ZR 1970, 72). [N 5a] Der erforderliche Schenkungswille (N 1) wird vermutet, wenn sich die Vertragsparteien des erheblichen Wertunterschieds bewusst waren und diesen auch wollten (BGer, 21.12.2009, 5A.662/2009, E. 2.3; BGE 128 II 231, 236 E. 2.4.2.1; BGer, 30.1.2001, 5C.259/2000, E. 2c). Ob auch «Erkennbarkeit» für die Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung genügt, hat das BGer bisher offen gelassen (BGer, 30.1.2001, 5C.259/2000, E. 2c/bb). Im Zusammenhang mit Schenkungen zwischen Ehegatten unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung hat das BGer allerdings festgehalten, dass die «Auffassung, wonach der animus donandi vermutet werde, wenn die Wertdifferenz für die Parteien erkennbar war [...], für den ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung abzulehnen» sei (BGer, 21.12.2009, 5A.662/2009, E. 2.3). In BGE 126 III 171, 175 E. 3b/cc hat es indes ausgeführt, dass «unbefriedigende Ergebnisse auftreten können, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für den [Schenker] nicht bloss erkennbar, sondern von diesem auch tatsächlich erkannt worden sein muss».

¹¹ Huguenin, N 2857.

¹² Die h.L. vermischt dies, indem sie für den Mangelfolgeschaden, den ich zur Sachgewährleistung zähle, auch Art. 248 Abs. 1 OR anwendet, vgl. BSK OR I-Vogt/Vogt, Art. 248 N 4: «Soweit der Schenker absichtlich (arglistig; Koller A., FS Schulin, 104) oder grobfahrlässig gehandelt hat, haftet er für Schlechterfüllung wie auch für positive Vertragsverletzung (z.B. Mangelfolgeschäden) aus Art. 97 (krit. – und in erneuter Auseinandersetzung mit BGE 114 II 131, 136 E. 1b – Koller A., FS Schulin, 108 f.), wobei im Falle der Grobfahrlässigkeit Art. 99 Abs. 2 zur Anwendung kommt. Daneben besteht eine Haftung des Schenkers aus Art. 41 ff. (Koller A., FS Schulin, 105 und 109).»

Die Unentgeltlichkeit und damit die Wirkungsschwäche der Schenkung tangiert meines Erachtens nur das Erfüllungsinteresse, nicht aber das Integritätsinteresse.¹³ Wo die Haftung nichts mit der Erfüllung und der Unentgeltlichkeit zu tun hat – also in den Fällen, in denen wie beim Zufallskontakt auch das ausservertragliche Haftpflichtrecht anwendbar ist¹⁴ – sollte die gemilderte Haftung des Schenkungsrechts ihre Wirkung nicht entfalten. Ob ich jemanden anlässlich einer Schenkung mit dem Auto überfahre oder auf der Strasse, ohne mit ihm vertraglich verbunden zu sein, spielt keine Rolle und hat auch nichts mit der Schenkung, ihrer Erfüllung oder der Unentgeltlichkeit zu tun. In diesen Fällen tut die Uneigennützigkeit der Schenkung nichts zur Sache.¹⁵ Das Äquivalenzinteresse wäre vor allem für die Fälle von Verzug und Unmöglichkeit anwendbar – solche Konstellationen sind im Deliktsrecht unvorstellbar, weil es stets um das spezifische Erfüllungsinteresse geht, das im Deliktsrecht nicht existiert. Diese Ansicht entspricht indes nicht der herrschenden Lehre, die Art. 248 Abs. 1 OR auf alle Schadenersatzansprüche (auch auf Mangelfolgeschäden, die m.E. unter Art. 248 Abs. 2 OR fallen) anwendet und sogar auf den alternativen deliktsrechtlichen Anspruch überträgt.¹⁶

Die Haftungsmilderungen nach Art. 248 OR sind also m.E. nur gerechtfertigt, wenn es um das Äquivalenz- oder Erfüllungsinteresse geht. Dies wäre dann gegeben, wenn mir beispielsweise ein Gewinn entgeht, weil die geschenkte Sache zu spät oder gar nicht geliefert wird. In solchen Fällen ist mein Interesse an einer korrekten Erfüllung tangiert. Geht es um das Integritätsinteresse, bleiben die Milderungen von Art. 248 OR ohne Wirkung. Im Grundsachverhalt hat Albert keine Sachgewähr versprochen und muss für das aufgrund eines Mangels zerstörte Auto in keiner Weise aufkommen (vgl. Art. 248 Abs. 2 OR).

Die Verletzung von Beat gehört zum Integritätsinteresse. Da ein Verschulden vorliegt, muss Albert dafür zahlen. Die h.L. würde Albert erst haften lassen, wenn er grobfahrlässig oder arglistig vorgegangen wäre. Die h.L. stützt die Haftung für den Mangelfolgeschaden im Unterschied zur hier vertretenen Ansicht auf Art. 248 Abs. 1 OR. Ich wende für die Gewährleistung nur Abs. 2 (also auch für eine Haftung aus Gewährleistung, i.e. Mangelfolgeschaden), für Verzug und Unmöglichkeit und sonstige Vertragsverletzungen nur Abs. 1 an.¹⁷

Wenn Albert die Sachgewähr versprochen hat, müsste man die Wandlung oder die Nachbesserung (sofern vereinbart) des Fahrzeugs zulassen – genau so, wie sie das Kaufrecht vorsieht. Für die Verletzungen haftet er dann selbstredend auch, wie schon im Grundsachverhalt, nach Art. 208 Abs. 2 OR analog, ohne Verschulden, da die Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs unmittelbar zum Schaden geführt hat. Der Gebrauch der Sache stellt gemäss Bundesgericht kein weiteres Glied in der Kausalkette dar.¹⁸ Die Wandlung bringt aber bezüglich des Schadens am Fahrzeug nicht viel, da es keinen Kaufpreis gibt, den man zurückerhalten könnte. Dasselbe gilt für die Minderung. Abhilfe schafft die alternative Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR als Mangelschaden; das dafür notwendige Verschulden besteht.

Sachverhalt 4

Die Sache ist mängelfrei objektiv 100 wert, aber für 75 verkauft und im Umfang von 25 verschenkt worden. Jetzt zeigt sich, dass sie mängelbedingt nur einen Wert von 70 aufweist und einen

¹³ Schwery (FN 2), N 430.

¹⁴ Schwery (FN 2), N 430.

¹⁵ Peter Schlechtriem, Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung, Habil. Freiburg i.Br. 1971, Frankfurt a.M. 1972, 335: „Es fehlt auch an überzeugenden Gründen, weshalb das Bestehen eines Schenkungsvertrages die allgemeinen Verhaltenspflichten beeinflussen bzw. die Haftung wegen ihrer Verletzung abmildern sollte. Die Freigebigkeit kann billigerweise nur zu Vertragserwartungen des Beschenkten in Beziehung gesetzt werden, nicht zum allgemeinen Güterschutz.“

¹⁶ CHK-Schönenberger, OR 248 N 2; CR-Baddeley, OR 248 N 9; Maissen, N 357.

¹⁷ Zum Ganzen vgl. Arnold F. Rusch, Schenkung und Verantwortung, AJP 2017, 1188 ff., Internet: <https://arnoldrusch.files.wordpress.com/2017/10/171016-schenkung-verantwortung-rusch.pdf> (26.10.2018).

¹⁸ BGE 133 III 257 E. 3.3: «Im vorliegenden Fall hat sich die Krankheit der gekauften Papageien direkt auf den Vogelbestand des Käufers übertragen, weshalb insoweit ein unmittelbarer Kausalzusammenhang vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Übertragung erst durch die Einstellung und den damit verbundenen Stress möglich wurde, zumal die neue Einstellung zwingend mit dem Verkauf verbunden war und damit zur üblichen Verwendung gehörte, welche nicht als selbständige hinzutretende Schadensursache zu betrachten ist.»

Körperschaden von 100 verursacht hat.

Lösung 4

Es stellt sich die Frage, ob man bei der Minderung den Kaufpreis nach der relativen Methode mindern oder zuerst den Schenkungsanteil aufbrauchen sollte. Mit der relativen Methode lautet die Rechnung wie folgt:

$$\text{Geminderter Kaufpreis } 52.50 = \frac{\text{Vereinbarter Kaufpreis } (75) \times \text{objektiver Wert der mangelhaften Sache } (70)}{\text{Objektiver Wert der mangelfreien Sache } (100)}$$

Diese Rechnung setzt die gemischte Schenkung einem guten Kauf oder einem Freundschaftspreis gleich, was den Intentionen einer Schenkung widerspricht. Die nicht herrschende Lehre löst die Minderung durch «Aufbrauchen» der Schenkung. Der Minderwert von 30 soll zuerst den Schenkungsanteil aufbrauchen. So ergibt sich nur eine Minderung um 5 – der geminderte Kaufpreis beträgt dann 70.

Beim Schadenersatz sind dieselben Überlegungen richtig. Da es hier jedoch um das Integritätsinteresse (Körperschaden) geht, unterliegt der Schadenersatz nicht den Milderungen von Art. 248 OR. Die h.L. würde hier auch den Schadenersatz lediglich zu $\frac{3}{4}$ gewähren, weil auf dem geschenkten Viertel des Werts keine Gewährleistung geschuldet ist, es sei denn, eine solche sei abgemacht worden oder Arglist liege vor. Will man den Schadenersatz kürzen, was ich beim Integritätsinteresse für den geschenkten Teil ablehne, sollte dies m.E. wiederum durch die «Aufbrauchmethode» geschehen. Vorliegend wäre der geschenkte Teil schon durch die Minderung aufgebraucht (siehe oben).

Sachverhalt 5

Albert verspricht Beat schriftlich, ihm zum Geburtstag einen Ford Focus und Fr. 500 zu schenken. Der Geburtstag verstreicht ohne Geschenk. Was kann er tun?

Lösung 5

Das Schenkungsversprechen ist formbedürftig (Art. 243 Abs. 1 OR) – vorliegend ist dieses Erfordernis erfüllt, denn das Versprechen ist schriftlich. Verzugszinsen gibt es bei Schenkungen nur, wenn man Geld versprochen hat. Der relevante Zeitpunkt ist die Anhebung der Betreibung (Art. 105 Abs. 1 OR). Entsteht Beat durch den Verzug des Fahrzeugs oder des Geldes ein Schaden, so ist dieser nur bei Vorliegen des qualifizierten Verschuldens gemäss Art. 248 Abs. 1 OR geschuldet. Da dieser Schaden das Erfüllungsinteresse (Äquivalenzinteresse) betrifft, unterliegt er richtigerweise den Beschränkungen von Art. 248 Abs. 1 OR. Art. 107 OR aus dem allgemeinen Verzugsrecht ist nicht anwendbar, da die Schenkung nicht zu den zweiseitigen Verträgen zählt.¹⁹

Sachverhalt 6

Der todkranke Priester Albert sagt zum Vikar Beat in Zürich: «Ich möchte diese Aktien dem Bonifatiusverein schenken. Bring diese bitte, wenn Du das nächste Mal dorthin gehst, zum Bischof in Chur, der dem Bonifatiusverein vorsteht.» Beat macht sich nach ein paar Tagen auf den Weg und übergibt die Aktien dem Bischof zu Händen des Vereins. In diesem Zeitpunkt war Albert aber schon tot, was Beat und der Bischof nicht wussten. Wie beraten Sie die Schwester des Priesters, die Alleinerbin ist? Wie beraten Sie den Bischof und den Vikar?

¹⁹ BGE 133 III 421 E. 3.3: «Avec les auteurs qui discutent ce point en particulier, il faut admettre que les règles sur la demeure du débiteur, soit les art. 107 à 109 CO, ne s'appliquent pas en concours avec les art. 246 al. 1 et 249 ch. 3 CO parce que la donation n'est pas un contrat synallagmatique, que le donateur ne se trouve pas dans la position d'un créancier face au donataire et que ces dispositions-ci sont donc des règles spéciales destinées à remplacer, dans leur domaine de validité, ces règles-là (RAMONI, op. cit., n. 269 p. 123; EMANUEL GRÜNINGER, Schenkung unter Auflage, thèse dactyl. Bâle 1941, p. 81/82; WALTER HEINRICH MEIER, Der Widerruf von Schenkungen im schweizerischen Recht, thèse Zurich 1958, p. 70).»

Lösung 6

Im Verhältnis Albert-Bonifatiusverein handelt es sich um eine Schenkung (Art. 239 ff. OR). Das Verhältnis Albert-Beat wäre vielleicht ein Frachtvertrag. Da er wahrscheinlich unentgeltlich erfolgt, könnte man auch Auftragsrecht annehmen.

Die Schenkung ist die unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden, die eine Bereicherung herbeiführt (Art. 239 Abs. 1 OR). Der Schenker muss mit dem animus donandi leisten. Vorfrageweise ist zu klären, ob es sich um ein Geschäft unter Lebenden oder eine Verfügung von Todes wegen handelt (Art. 245 Abs. 2 OR). Art. 245 Abs. 2 OR setzt einzig die Vollziehbarkeit auf den Tod voraus. Bei genauerer Betrachtung des Sachverhalts zeigt sich, dass es Albert egal ist, ob das Geld den Bonifatiusverein vor, bei oder nach seinem Tod erreicht. Die Befristung des Vollzugs auf den Tod liegt somit nicht vor. Es ist folglich keine Verfügung von Todes wegen.

Könnte es sich um eine Handschenkung handeln, bei der Vertragschluss und Erfüllung gleichzeitig erfolgen (Art. 242 Abs. 1 OR)? Das Bundesgericht verneint die Möglichkeit der Annahme einer Schenkung post mortem. Aus demselben Grund verneint es auch die Heilung eines formungültigen Schenkungsversprechens bei der Übergabe des Geldes post mortem (vgl. Art. 243 Abs. 3 OR).²⁰ Die Begründung des Bundesgerichts erscheint jedoch zumindest als diskutabel.²¹ Normale Vertragsofferten kann man auch post mortem annehmen, d.h. die Offerten bleiben über den Tod hinaus gültig.²²

Wäre es demgegenüber möglich, die Schenkungsannahme schon im Zeitpunkt der Übergabe an Beat zu bejahen? Ein denkbarer Ansatz könnte in der vertretungsweisen Annahme der Schenkung durch Beat liegen. Beat wäre vollmachtloser Vertreter, dessen Handlungen der vertretene Bonifatiusverein später rückwirkend genehmigen könnte (Art. 38 Abs. 1 OR).²³ Der Sachverhalt erwähnt dies nicht direkt – im Gegenteil sagt Albert, er wolle die Aktien dem Bonifatiusverein schenken, was nicht darauf hindeutet, dass er jetzt eine Handschenkung macht, die Beat vertretungsweise annimmt. Ein anderer Lösungsansatz könnte darin liegen, dass man beim Vertrag zugunsten Dritter keine Annahmeerklärung verlangt,

²⁰ BGE 105 II 104 ff., 108 f.: „Zu prüfen bleibt aber, ob ein allfälliges formungültiges Schenkungsversprechen auch nach dem Tode der Schenkerin auf diese Weise noch vollzogen werden konnte und ob das Verhältnis daher gestützt auf Art. 243 Abs. 3 OR als Schenkung von Hand zu Hand zu beurteilen ist. Bei der Schenkung von Hand zu Hand sieht das Gesetz von einer Formvorschrift ab, weil hier die eigentliche Zuwendung der Vermögenswerte an die Stelle einer besonderen Form tritt und daher dem Schenker die Tragweite seines Handelns genügend vor Augen zu führen vermag (...). Ganz ähnlich verhält es sich, wenn der Schenker ein formungültiges Schenkungsversprechen vollzieht; indem er dem Beschenkten die Vermögenswerte zukommen lässt, anerkennt und bestätigt er sein früheres Schenkungsversprechen (...). Eine Schenkung von Hand zu Hand nach dem Tode des Schenkers ist undenkbar, weil hier Abschluss und Erfüllung des Vertrages zusammenfallen. Entsprechendes muss auch in dieser Hinsicht für den als Schenkung von Hand zu Hand geltenden Vollzug eines formungültigen Schenkungsversprechens gelten, bei dem, wie bei jener, eine die Form ersetzende Bekräftigung der Schenkungsabsicht in der tatsächlichen Zuwendung der Vermögenswerte liegt. Wenn der Vollzug aber diese Bedeutung hat, setzt das voraus, dass es der Schenker ist, der ihn eintreten lässt, was dann nicht der Fall sein kann, wenn er im Zeitpunkt des Vollzuges nicht mehr lebt. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Schenkung - von dem in Art. 245 Abs. 2 OR erwähnten, hier aber nicht vorliegenden Sonderfall abgesehen - ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist (Art. 239 Abs. 1 OR). Wird ein formungültiges Schenkungsversprechen gemäss Art. 243 Abs. 3 OR aber erst nach dem Tode des Schenkers vollzogen, so kann von einem Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht mehr gesprochen werden, weil erst im Vollzug des Schenkungsversprechens der Wille des Schenkers rechtsgenügend zum Ausdruck kommt.“

²¹ Vgl. Arnold F. Rusch, Schenkungsversprechen und Form, AJP 2016, 431 ff., 433 f., Internet: https://arnoldrusch.files.wordpress.com/2017/09/160430_ajp_rusch_schenkung.pdf (13.10.2018).

²² Vgl. BK-Schmidlin, OR 3 N 35, m.w.H.; Maissen, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, N 548, Fn. 856; vgl. Koller, FS Vogt, 205: „Der Formmangel des Schenkungsvertrags sei aber trotzdem nicht geheilt worden, da die Gutschrift erst nach dem Tod von B erfolgt war. M.E. hätte gegenteilig entschieden werden müssen, wenn es tatsächlich so war, dass der Tod von Frau B Zahlungsauftrag und -anweisung nicht beseitigt hatte. In dieser Hinsicht sind freilich Zweifel angebracht (vgl. Art. 34 und 405 OR).“

²³ Diese Möglichkeit schlägt das Bundesgericht vor, vgl. BGE 69 II 305 ff., 309: „Dans cette éventualité, certains admettent, pour sauver la donation, que l'acceptation puisse valablement émaner du cocontractant du donateur en sa qualité de gérant d'affaires du donataire (...).“; vgl. MK-Musielak, BGB 2301 N 35: „Schliesslich wird noch versucht, auf Grund der Konstruktion eines Schenkungsvertrages, den der Schenker als Vertreter des Dritten ohne Vertretungsmacht mit sich selbst schliesst und den der Dritte nachträglich genehmigt, oder mit Hilfe eines Schenkungsvertrages zugunsten Dritter, den der Schenker stillschweigend zugleich mit dem Vertrag im Deckungsverhältnis eingeht, den Rechtserwerb des Dritten zu begründen.“; mit der Genehmigung kommt der Vertrag rückwirkend auf die vollmachtlos stellvertretend erfolgte Annahme zu Stande, vgl. BSK OR I-Watter, Art. 38 N 8 und BGer, 4A_107/2010, E. 2.3 i.f.

wie dies Krauskopf tut.²⁴ Das Bundesgericht hat dieser Konstruktion indes schon früher eine Absage erteilt.²⁵

Die Schenkung besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, weshalb der Bonifatiusverein die Aktien sine causa erhalten hat. Sie muss es den Erben des Priesters, also seiner Schwester, zurückerstatten, nach den Regeln der Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB).

Man kann das Problem also auf die entscheidenden Fragen zurückführen:

- *Ist es eine Schenkung auf den Tod? Nein, dem Schenker war es egal, ob die Aktien vor, mit oder nach seinem Tod beim Bonifatiusverein ankommen.*
- *Ist es eine Handschenkung? Nein, denn bei der Handschenkung fallen Verpflichtung und Verfügung zusammen – das war hier definitiv nicht so.*
- *Ist es ein formungültiges Schenkungsversprechen? Ja. Dieses wäre «heilbar», doch ist dies gemäss Bundesgericht durch Annahme des Beschenkten nur möglich, solange der Schenker noch lebt, weil das Bundesgericht in der Übergabe eine Bekräftigung des Schenkungsversprechens sieht. Diese Bekräftigung kann nur durch einen noch lebenden Schenker erfolgen. Ich erachte dies als nicht richtig, weil es die in Art. 243 Abs. 3 OR vorgesehene Figur überflüssig macht – in der tatsächlichen Übergabe wäre immer auch eine neue Handschenkung erkennbar. Das Schenkungsversprechen weist dann m.E. keine Bedeutung mehr auf.*

Sachverhalt und Lösung 7

Verleiherin Veronika leiht Borger Beat ihr Fahrrad für zehn Tage. Als sie es nach Ablauf der Dauer zurückhaben will, behauptet Beat, das Fahrrad sei ihm geschenkt worden.

Wer ein Fahrrad aus Leihe herausverlangt, der Beklagte sich aber auf Schenkung beruft, muss nach herrschender Lehre wegen der aus dem Besitz fliessenden Eigentumsvermutung in Art. 930 Abs. 1 ZGB den vollen Beweis der Leihe erbringen. Kann es richtig sein, dass man beim klassischen Disput zwischen Leihe und Schenkung die Eigentumsvermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB anwendet, die im Ergebnis eine Schenkungsvermutung bewirkt? Meines Erachtens ist die Vermutung in Art. 930 Abs. 1 ZGB im Verhältnis zwischen Geber und Nehmer nicht anwendbar, sondern nur zwischen nicht verbundenen Personen.²⁶

Darleiher Daniel leiht Borger Beat Fr. 500 für zehn Tage. Beat steckt das Geld in seine Geldtasche. Als Daniel das Darlehen zurückwill, behauptet Beat, er habe es ihm geschenkt (Variante: Es habe ihm die Schuld nachträglich erlassen).

Hier geht es um die Lösung bei vermischtem Geld, bei dem die Eigentumsvermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB nicht spielt. Die gängige Lösung besagt, dass der Beklagte die nachträgliche Schenkung des Geldes beweisen muss, das der Kläger dem Beklagten ursprünglich im Rahmen eines Darlehens überliess.

Der Beklagte ist aber für die Schenkung dann nicht beweispflichtig, wenn er diese als Bestreitung einbringt. Dies ist dann der Fall, wenn er sich darauf stützt, die Parteien hätten von Anfang an eine Schenkung und kein Darlehen vereinbart. Kann diese Lösung richtig sein? Wenn es für das Darlehen keine direkten Beweise gibt, kann der Beklagte seine Beweislast steuern. Er muss lediglich behaupten, die Parteien hätten von Anfang an die Schenkung gewollt. Ein besonders smarter Beklagter bezahlt deshalb

²⁴ Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, N 1688.

²⁵ BGE 67 II 88 ff., 94 f.; BGE 96 II 79 ff., 90.

²⁶ Zum Ganzen Arnold F. Rusch/Philip R. Bornhauser, Schenkung und Beweis, AJP 2013, 1135 ff.; vgl. auch BSK OR I-Vogt/Vogt, Art. 239 N 44a: «Die von Wacke (AcP 1991, 31) für das deutsche Recht postulierte Ablehnung der Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Beweislastverteilung auch für den Fall der Schenkung ist auch für das schweizerische Recht zu übernehmen (ebenso Rusch/Bornhauser, AJP 2013, 1137 mit weiteren eingehenden Ausführungen), was im Ergebnis dazu führt, dass stets diejenige Partei, welche aus ihrer Behauptung des Vorliegens einer Schenkung Rechte ableitet, für die Schenkung beweispflichtig ist und sich nicht auf die Vermutung von Art. 930 Abs. 1 ZGB berufen kann (vgl. auch BK-Walter, Art. 8 ZGB N 414, der auch auf die Regel von Art. 931 Abs. 2 ZGB hinweist).»

ab initio keine Darlehenszinsen, weil er sich sonst diese Möglichkeit verbaut – in der Zahlung von Zinsen liegt eine Anerkennung der Rückerstattungsschuld (vgl. Art. 135 Ziff. 1 OR). Er kann folglich sogar aus den nichtbezahlten Zinsen den Vorteil ziehen, dass sich das Darlehen nicht beweisen lässt.

Wie lassen sich die gegenteiligen Antworten zu beiden Sachverhalten begründen? Wer etwas mit der Begründung herausverlangt, ihm sei geschenkt worden, trägt dafür die Beweislast. Er muss diesen Beweis mit dem schriftlichen Schenkungsversprechen führen (Art. 243 Abs. 1 OR). Ist das Schenkungsversprechen vollzogen worden, ist die Form nicht mehr nötig (Art. 243 Abs. 3 OR). Diese Norm entbindet beim vollzogenen Schenkungsversprechen im Sinne einer Ausnahme vom Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit: Der Vollzug tritt an Stelle der Form. Behandelt man diesen Fall beweismässig unter Anwendung des Art. 930 Abs. 1 ZGB gleich wie die Handschenkung, was Art. 243 Abs. 3 OR eigentlich so vorsieht, müsste folglich der Geber beweisen, dass keine Schenkung stattgefunden hat – der Nehmer könnte sich aufgrund des Besitzes an der Sache auf die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB stützen. Dies entspricht jedoch erstens nicht dem Ausnahmecharakter der in Art. 243 Abs. 3 OR enthaltenen Regel. Bei Ausnahmetatbeständen ist eine andere Beweislast durchaus angezeigt. Zweitens muss nach richtiger Ansicht beim vollzogenen Schenkungsversprechen der Beschenkte nicht nur den späteren «Vollzug» im Sinne des aktuellen Besitzes an der Sache beweisen. Dieser Selbstläufer wäre einfach zu banal. Der aktuelle Besitz der Sache beweist nach allen Regeln der Logik nicht einmal ansatzweise, dass der Geber ein Schenkungsversprechen vollzogen hat. Vielmehr muss der Nehmer meines Erachtens den Beweis des Vollzugs des Schenkungsversprechens und damit der Schenkung erbringen. Einzig die einfache Schriftlichkeit des Schenkungsversprechens als Formerfordernis ist nicht mehr notwendig.

*Ein weiterer Grund, dass man bei einer Schenkung nie beweisen muss, dass man nicht geschenkt hat, liegt in der Schenkung als *causa minor*, als «geringere» oder «schwächere» *causa*. Die Schenkung garantiert keinen vollumfänglich sicheren Erwerb und ist auch sonst den entgeltlichen Geschäften nicht gleichgestellt. Die Schenkung als *causa minor* zeigt sich im Erb-, Ehe-, Sachen-, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, aber auch im Schenkungsrecht selbst. Schenkungen, die man vom Erblasser erhalten hat, unterliegen der Ausgleichung oder Herabsetzung (vgl. zu den Voraussetzungen Art. 527, 626 ZGB). Schenkungen, die man vor der Konkurseröffnung erhalten hat, unterliegen der sog. «Pauliana», einer konkursrechtlichen Herausgabeklage (vgl. zu den Voraussetzungen Art. 286 SchKG). Daraus ergibt sich der Schluss, dass auch im Beweisrecht eine andere Behandlung angezeigt ist.²⁷*

²⁷ Arnold F. Rusch/Philip R. Bornhauser, Schenkung und Beweis, AJP 2013, 1135 ff., 1138 f.