

Anfang und Ende der Schenkung*

ALFRED KOLLER

* Der vorliegende Festschriftbeitrag beruht teilweise auf Gedanken, die ich im ersten Band meines OR BT (Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bd. I, Bern 2012) geäussert habe. Frau MARTINA WÄGER, B. Law HSG, danke ich für die Vervollständigung der Fussnoten und die formale Bereinigung des Textes.

Inhaltsübersicht

I. Das Zustandekommen des Vertrags

- A. Überblick
- B. Form

II. Aufhebung der Schenkung

- A. Allgemeines
- B. Insbesondere der Widerruf durch den Schenker
 - a. Die Widerrufsgründe
 - b. Widerrufsfrist, Widerrufsberechtigter und Widerrufsfolgen
 - c. Ein Sonderproblem: Das Verhältnis von Art. 249 Ziff. 3 OR zum allgemeinen Nichterfüllungsrecht
- C. Insbesondere der Tod des Schenkers als Beendigungsgrund

Nedim Peter Vogt, der mit der vorliegenden Festschrift geehrt werden soll, hat sich in verschiedenen Bereichen publizistisch betätigt. Einen Schwerpunkt seiner wissenschaftlichen Tätigkeit bildet aber zweifellos das Schenkungsrecht, das er von jeher im Basler Kommentar bearbeitet hat. Das ist der Grund, weshalb mein Beitrag eine schenkungsrechtliche Thematik aufgreift: die Entstehung und die Beendigung des Schenkungsvertrags. Dabei beschränke ich mich auf die Schenkung unter Lebenden, ich lasse also die Schenkung von Todes wegen, welche ins Erbrecht gehört (Art. 245 Abs. 2 OR), ausser Betracht¹.

I. Das Zustandekommen des Vertrags

Für das Zustandekommen eines Schenkungsvertrags (unter Lebenden) gelten im Grundsatz die allgemeinen Regeln, was den Vertragsabschluss (Art. 1–10 ff. OR), die Form (Art. 11 ff. OR), die inhaltlichen Gültigkeitsvoraussetzungen (Art. 19 f., 21, 23 ff. OR) und die Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) anbelangt. Immerhin gibt es nicht wenige Sonderregeln, welche die allgemeinen Regeln teils ergänzen, teils präzisieren oder verdrängen.

A. Überblick

Nachstehend bleiben die Bestimmungen über die Form des Schenkungsvertrags ausgeklammert (s. dazu I.B).

¹ Zur Abgrenzung der beiden Schenkungsarten s. BSK OR I-VOGT (5. Aufl., 2011), N 9 zu Art. 245 OR, m.w.Nw.

1. **Vertragsabschluss.** Das Vorliegen einer Schenkungsabrede entscheidet sich nach Massgabe von Art. 1 ff. OR, unter Einbezug von Art. 6 OR. Wenn daher der Adressat einer Schenkungsofferte diese nicht innert angemessener Frist zurückweist, kommt ein Schenkungsvertrag zustande, falls der Offerent mit der Ablehnung der Offerte, was beispielsweise bei Geldschenkungen regelmässig zutreffen wird, nicht zu rechnen braucht. Nicht zum Zuge kommt Art. 6 OR bei der Zusendung unbestellter Ware, denn eine vom Zusender gemachte Schenkungsofferte gilt nicht als solche (Art. 6a OR). Ohne Vertragserklärung des Empfängers kann daher ein Schenkungsvertrag nicht zustande kommen.

Damit ist auch gesagt, dass ein derivativer Eigentumserwerb an der unbestellt zugesandten Sache ohne Vertragserklärung des Empfängers nicht möglich ist. Hingegen ist die unbestellt zugestellte Sache bei Schenkungsabsicht des Zusenders als derelinquiert zu betrachten, sie kann daher vom Empfänger angeeignet werden (Art. 718 ZGB)².

Während der Antragsteller im Normalfall an seinen Antrag gebunden ist (Art. 3–5 OR), trifft dies für denjenigen, der eine Schenkungsofferte unterbreitet, nicht zu (Art. 244 OR). Vielmehr kann die Offerte bis zur Annahme bzw. bis zu dem nach Art. 6 OR massgeblichen Zeitpunkt widerrufen werden. Erst mit dem Zustandekommen des Vertrags – durch Zugehen der Annahmeerklärung oder Ausbleiben der Ablehnungserklärung im Falle von Art. 6 OR – erlischt das Widerrufsrecht³.

2. **Vertragsfähigkeit** (aktive und passive Schenkungsfähigkeit). Für den Abschluss eines Schenkungsvertrags ist Urteilsfähigkeit vorausgesetzt (Art. 19 Abs. 1 ZGB), im Allgemeinen aber nicht genügend. Eine Ausnahme besteht dort, wo eine Schenkung dem Beschenkten nur Vorteile bringt (was z.B. bei einer Schenkung mit Auflage naturgemäss nie der Fall ist⁴); alsdann begründet die Urteilsfähigkeit die *passive* Schenkungsfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 ZGB; ungenau Art. 241 Abs. 1 OR). Für die *aktive* Schenkungsfähigkeit genügt die Urteilsfähigkeit hingegen nie; vielmehr ist immer eine zusätzliche Voraussetzung erforderlich: Handlungsfähigkeit des Schenkers oder die Zustimmung eines Dritten, etwa des gesetzlichen Vertreters in Fällen, in denen der Schenker handlungsunfähig (Art. 17 ZGB) ist (Art. 19 Abs. 1 ZGB)⁵.

Die einer urteilsfähigen, aber handlungsunfähigen Person durch Art. 19 Abs. 2 ZGB und Art. 241 Abs. 1 OR vermittelte passive Schenkungsfähigkeit ist allerdings insofern eingeschränkt, als dem gesetzlichen Vertreter ein Widerspruchsrecht zusteht (Art. 241 Abs. 2

2 Ob unbestellt zugesandte Sachen generell der Aneignung fähig sind, ist umstritten. S. zu dieser Frage ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 7 Rn 90; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Rn 430a; HEINRICH HONSELL/THOMAS PIETRUSZAK, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, S. 771 ff., 772 f.

3 So BK-BECKER, N 1 zu Art. 244 OR; anders ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 244 OR, welche meinen, der Artikel wolle «lediglich die Vertragsnatur der Schenkung zum Ausdruck bringen». Der Jubilar hat sich auf die Seite von Becker geschlagen (BSK OR I-VOGT, N 1 zu Art. 244 OR).

4 «Zur Schenkung unter Auflage ist ... deshalb die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters erforderlich» (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 241 OR; BSK OR I-VOGT, N 1 zu Art. 241 OR).

5 Die Handlungsfähigkeit des Schenkers bzw. die Zustimmung eines Dritten muss sich sowohl auf das Verpflichtungs- als auch auf das Verfügungsgeschäft beziehen (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 150).

OR). Ein urteilsfähiger Handlungsunfähiger kann also zwar eine Schenkung, die ihm nur Vorteile bringt, ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters annehmen, doch kann dieser die Schenkung nachträglich wieder beseitigen. Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen die Gefahr besteht, dass der Beschenkte zum Schenker in eine übermässige moralische Bindung gerät^{6,7}.

Zur Beendigung des durch das Widerspruchsrecht bewirkten Schwebezustandes kann der Schenkende dem gesetzlichen Vertreter des Beschenkten eine Frist zur Erklärung, ob er mit der Schenkung einverstanden sei, ansetzen (Art. 38 Abs. 2 OR analog)⁸. Kommt es zum Widerspruch und ist die Schenkung bereits vollzogen, so hat der Beschenkte das Erlangte herauszugeben. Die Auffassung von Schönenberger, der Schenker habe «keinen Rückforderungsanspruch»⁹, scheint mir unhaltbar. Beim Rückforderungsanspruch handelt es sich nach der hier vertretenen Ansicht weder um einen dinglichen noch um einen vertraglichen Anspruch, sondern um die Kondition (Art. 62 OR; vgl. analog unten II.B.c.). Der Vertrag wird also – anders als etwa im Falle einer Vertragsanfechtung nach Art. 23 OR – nicht ex tunc vernichtet, er wird aber auch nicht – wie etwa bei Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts – in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt.

3. Stellvertretung. Der Schenker kann sich beim Vertragsabschluss – im Rahmen seiner Vertragsfähigkeit – vertreten lassen, auch in der Weise, dass er einen Vertrag zugunsten des Beschenkten schliesst (Art. 112 OR) und den Vertragspartner bevollmächtigt, den Schenkungsvertrag in seinem – des Schenkers Namen – abzuschliessen¹⁰. Wo ein gesetzliches Vertretungsverhältnis besteht, ist die Vertretungsbefugnis des Vertreters durch Sonderregeln eingeschränkt (vgl. Art. 240 Abs. 2 OR). So darf beispielsweise ein Beistand, sofern ihm überhaupt Vertretungsbefugnisse übertragen sind (Art. 393 ff. ZGB in der ab 2013 geltenden Fassung [n.F.]), «keine Schenkungen vornehmen, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke» (Art. 412 n.F. ZGB); ein verbotswidrig geschlossener Schenkungsvertrag ist ungültig (vgl. BGE 69 II 65, 70).

B. Form

Der Schenkungsvertrag ist – ausser bei der Handschenkungen – formbedürftig: Öffentliche Beurkundung ist erforderlich, wenn Grundstücke oder (beschränkte) dingliche Rechte an solchen Gegenstand der Schenkung bilden (Art. 243 Abs. 2 OR); sonst genügt Schriftlichkeit (Art. 243 Abs. 1 OR). Die besonderen Formvorschriften sollen den Schenker «gegen mögliche Unbedachtsamkeit und Übereilung schützen»¹¹. Präzisierungen:

6 BSK OR I-VOGT, N 4 zu Art. 241 OR.

7 Gegen den Widerspruch des gesetzlichen Vertreters steht dem urteilsfähigen, aber handlungsunfähigen Beschenkten nach Art. 420 ZGB Beschwerde bei der Vormundschaftsbehörde offen (SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996, Rn 280).

8 BK-BECKER, N 1 zu Art. 241 OR; s. den Übungsfall 5 im Buch von WALTER OTT et al., Fälle zum Personenrecht des ZGB mit Lösungen, Zürich 2008, S. 26 ff.

9 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 241 OR.

10 THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, §§ 1–48 bearbeitet von ALFRED KOLLER, § 43 Rn 9, unter Hinweis auf BGE 67 II 88 E. 1; 69 II 305; s. ferner 89 II 87; 127 III 390.

11 GUHL/KOLLER (FN 10), § 43 Rn 13.

1. Dem **Formzwang** ist nur Genüge getan, wenn die *Schenkungsabsicht aus der* (einfach schriftlichen oder öffentlich beurkundeten) *Schenkungsurkunde hervorgeht* (vgl. BGE 117 II 382 E. 2b; 105 II 104 E. 3b); «ein abstraktes Schuldbekenntnis scheidet daher als Schenkungsversprechen aus»¹². Freilich muss der Schenkungswille nicht in bestimmten Worten erklärt werden, es genügt, dass er sich im Wege der Auslegung ermitteln lässt¹³, wobei sich in der Regel der Schenkungswille bereits aus dem Verzicht auf die Gegenleistung ergibt¹⁴. Im Übrigen richten sich Inhalt und Umfang der Beurkundung nach den allgemeinen Regeln¹⁵, ebenso das Verfahren, etwa was das Unterschriftserfordernis (Art. 14 f. OR¹⁶) bei der einfachen Schriftlichkeit anbelangt.

Im Geltungsbereich der einfachen Schriftlichkeit ist nur die Vertragserklärung des *Schenkers*, also «das Schenkungsversprechen» (Art. 243 Abs. 1 OR), formbedürftig (vgl. BGE 110 II 156 E. 2d = Pra 1984 Nr. 243). Im Geltungsbereich der öffentlichen Beurkundung gilt Art. 243 Abs. 1 OR analog, nur der Schenker braucht also seine Vertragserklärung öffentlich beurkunden zu lassen¹⁷. Der *Beschenkte* kann seine Vertragserklärung, soweit eine solche überhaupt nötig ist (Art. 6 OR), auf beliebige Weise abgeben, und zwar auch im Falle einer Schenkung mit Auflage¹⁸.

2. Bei einer **Handschenkung**, wenn also der Schenkungsvertrag lediglich die Rechtsgrundabrede des Verfügungsgeschäfts (z.B. Besitzübertragung bei beweglichen Sachen) bildet und keine Schuldpflicht erzeugt, ist eine bestimmte Form nicht einzuhalten (Art. 242 Abs. 1 OR). Will beispielsweise A dem B sein Auto, das er ihm geliehen hat, schenken, so kann er dieses Ziel erreichen, indem er mit B eine Schenkungsabrede trifft und ihm gleichzeitig durch *brevi manu traditio*, also durch blossen Willensübereinkunft, das Eigentum daran überträgt¹⁹. Handschenkungen sind bei Grundstücken, wo Schenkungsvertrag und Eigentumsübertragung notwendigerweise auseinanderfallen, naturgemäss nicht möglich (Art. 242 Abs. 2 OR). Hingegen sind Handschenkungen auch bei Forderungen (durch Zession und gleichzeitige Schenkungsabrede) denkbar, obwohl sich der Wortlaut von Art. 242 Abs. 1 OR nur auf bewegliche Sachen bezieht. Der Wortlaut von Art. 242 Abs. 1 OR ist noch in einer zweiten Hinsicht ungenau: weil er den Eindruck erweckt, für eine Handschenkung sei die *Übergabe* der Sache erforderlich. In Wirklichkeit genügt auch jeder «Übergabeersatz», also jede Besitzübertragung durch Willensübereinkunft²⁰, nebst der *brevi manu traditio* auch die Besitzanweisung und das Besitzeskonstitut (BGE 63 II 395, wo die gegenteilige Rechtsprechung von BGE 47 II 115 aufgegeben wurde).

3. **Rechtslage bei Nichteinhaltung der Form.** Ein Schenkungsversprechen, das dem Formerfordernis nicht genügt, verschafft dem Beschenkten keinen Erfüllungsanspruch.

12 GUHL/KOLLER (FN 10), § 43 Rn 13; kritisch HANS SCHMID, AJP 1992, S. 911 ff., 913.

13 BK-BECKER, N 1 zu Art. 243 OR; BSK OR I-VOGT, N 4 zu Art. 243 OR.

14 SCHMID (FN 12), AJP 1992, S. 913.

15 S. dazu KOLLER (FN 2), § 12 Rn 78 ff.

16 S. dazu KOLLER (FN 2), § 12 Rn 48 ff.

17 ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 239; KOLLER (FN 2), § 12 Rn 60; anders MAISEN (FN 7), Rn 312 ff.

18 KOLLER (FN 2), § 12 Rn 42; BSK OR I-VOGT, N 1 zu Art. 243 OR.

19 HANS REICHEL, Schenkungsvollzug durch Besitzauftragung, SJZ 1921/22, S. 87 ff., 88 r. Sp.

20 REICHEL (FN 19), S. 88 r. Sp.

Die Erfüllung eines solchen Versprechens hat jedoch u.U. heilende Wirkung (lit. a). Wo dies nicht der Fall ist, ist der Schenker vorbehaltlich Art. 63 Abs. 1 OR und Art. 2 Abs. 2 ZGB zur Rückforderung des Geleisteten berechtigt (lit. b):

a) Die Nichteinhaltung der *Schriftform* wird durch Erfüllung geheilt²¹ (Art. 243 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 242 Abs. 1 OR; BGE 136 III 142 = Pra 2010 Nr. 100)²². Art. 243 Abs. 3 OR liegt die Überlegung zugrunde, dass die Schriftform bei der Schenkung einzig Überlegungsschutz bezweckt, diesem Zweck aber durch die Erfüllung in hinreichendem Masse Genüge getan wird: Wer erfüllt, handelt nach Ansicht des Gesetzgebers nicht übereilt²³. Dazu kommt der weitere Gedanke, dass durch die Erfüllung auf Seiten des Beschenkten das Vertrauen auf einen definitiven Besitzstand geschaffen wird. Dieses Vertrauen wiegt schwerer und darf daher weniger enttäuscht werden als das Vertrauen auf ein blosses (Schenkungs-)Versprechen. Die Erfüllung muss daher auch dann heilende Wirkung haben, wenn sich der Schenkende irrtümlich zur Leistung verpflichtet glaubte, also den Formmangel nicht erkannt hat. Ferner muss jede Art der Erfüllung genügen, bei Schenkung einer beweglichen Sache also auch die Besitzübertragung durch Willenseinigung (Besitzanweisung, Besitzeskonstitut, *brevi manu traditio*)²⁴. Das dürfte heute weitgehend unbestritten sein, hingegen können die Meinungen darüber auseinandergehen, ob im Einzelfall erfüllt ist oder nicht. So scheint mir zweifelhaft, ob in BGE 105 II 104 Erfüllung zu Recht verneint wurde.

BGE 105 II 104: Frau B schloss mit C einen mündlichen Schenkungsvertrag, worin sie C Fr. 100 000.– versprach. Mit Erklärung vom 26. August 1974 wies sie ihre Bank an, die Zahlung auszuführen (Art. 394 ff., 466 OR). Die Erklärung ging bei der Bank am 29. August 1974 ein, einen Tag nachdem Frau B verstorben war. Am 5. September 1974 wurde dem C die fragliche Summe gutgeschrieben. Das Bundesgericht führte aus, die Bank sei zur Zahlung befugt gewesen, da der Tod der Schenkerin «noch nicht zum Dahinfallen des in der Anweisung enthaltenen Auftrages an die Angewiesene» geführt habe (S. 108). Der Formmangel des Schenkungsvertrags sei aber trotzdem nicht geheilt worden, da die Gutschrift erst nach Tod von B erfolgt war. M.E. hätte gegenteilig entschieden werden müssen, wenn es tatsächlich so war, dass der Tod von Frau B Zahlungsauftrag bzw. -anweisung nicht beseitigt hatte. In dieser Hinsicht sind freilich Zweifel angebracht (vgl. Art. 34 und 405 OR)²⁵.

b) Bei Schenkungsversprechen, welche zu ihrer Gültigkeit der *öffentlichen Beurkundung* bedürfen, hat die Erfüllung – anders als im deutschen Recht (§ 518 Abs. 2 BGB) – keine heilende Wirkung. Das gilt insbesondere für die Grundstücksschenkungen; der Schenker kann

21 Wer ein formungültiges Schenkungsversprechen abgibt, ist somit in der Position eines Naturalschuldners: «Er kann zwar nicht zur Erfüllung gezwungen werden; erfüllt er aber, so kann er die Leistung nicht zurückfordern.» (KOLLER [FN 2], § 12 Rn 12).

22 S. im Einzelnen GUHL/KOLLER (FN 10), § 43 Rn 16 und 18.

23 Vgl. DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, 15. Aufl., München 2010, § 91 Rn 389, mit Bezug auf § 518 Abs. 1 BGB («weil er dann sieht, was er verliert»); BSKurzkomm/LINIGER, N 3 zu Art. 243 OR.

24 Speziell zur Anwendung von Art. 243 Abs. 3 OR auf die Schenkung von Sparheften s. BRUNO VON BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 272.

25 Kritisch auch HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, S. 199; wie das Bundesgericht hingegen BSK OR I-KOLLER TH. (5. Aufl., 2011), N 10 zu Art. 470 OR, und auch der Jubilar (BSK OR I-VOGT, N 7 zu Art. 243 OR).

daher das Grundstück zurückverlangen und hat Anspruch auf Grundbuchberichtigung (Art. 975 ZGB)²⁶. Hatte er freilich im Zeitpunkt der Erfüllung (Besitzübertragung bzw. Grundbuchanmeldung) um die Formungültigkeit gewusst, so scheitert sein Rückgabeanspruch regelmässig an Art. 63 Abs. 1 OR bzw. an Art. 2 Abs. 2 ZGB²⁷.

II. Aufhebung der Schenkung

A. Allgemeines

Auch für Schenkungsverträge gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*. Die Rechtsbeständigkeit ist jedoch eine weniger weitgehende als bei sonstigen Schuldverträgen, etwa Kauf oder Tausch. Einschlägige Gesetzesbestimmungen finden sich nicht nur im OR (Art. 240 Abs. 3, Art. 249–252), sondern auch im ZGB und in Spezialgesetzen, insbesondere im SchKG. Teilweise ist vorgesehen, dass bei gegebenen Voraussetzungen der Schenkungsvertrag von Gesetzes wegen dahinfällt (z.B. Art. 250 Abs. 2 und 252 OR), in der Mehrheit der Fälle aber besteht lediglich ein Rücktritts- oder Anfechtungsrecht (z.B. Art. 249 und 250 Abs. 1 OR). Gelegentlich ist zwar die Schenkung als solche rechtsbeständig, doch ist der Beschenkte einem Ausgleichs- oder Herabsetzungsanspruch ausgesetzt (z.B. Art. 208 ZGB i.V.m. Art. 220 ZGB, Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB).

Auf den Widerruf (Rücktritt) gemäss Art. 249 und 250 Abs. 1 OR sowie auf das Dahinfallen der Schenkung gemäss Art. 252 OR wird unter eigenen Titeln eingegangen (unten B. und C.)²⁸, nachstehend gelangen ausgewählte weitere hierher gehörige Regeln zur Darstellung; die meisten haben bereits Erwähnung gefunden:

- Nach Art. 91 Abs. 1 ZGB können die Verlobten Geschenke, soweit es sich nicht um gewöhnliche Gelegenheitsgeschenke handelt, zurückfordern, wenn das Verlöbnis anders als durch Tod aufgelöst wird. Mit der Auflösung des Verlöbnisses fällt der Schenkungsvertrag von Gesetzes wegen dahin, also ohne dass es einer Rücktrittserklärung bedarf. Das Dahinfallen des Vertrags hat zur Folge, dass das Geschenk ohne Rechtsgrund im Besitze des Beschenkten ist. Es ist daher aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzugeben, soweit möglich in natura, ansonsten wertmässig (Art. 91 Abs. 2 ZGB; vgl. BGE 82 II 430²⁹).
- Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB betrifft den Fall, dass ein Ehegatte, der unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung steht, andere als übliche Gelegenheitsschenkungen tätigt. Er sieht vor, dass solche Schenkungen, falls sie während der letzten fünf Jahre vor Auflösung des Güterstandes ohne Zustimmung des Ehepartners gemacht wurden, der Errungenschaft hinzuzurechnen sind. Ist der schenkende Ehegatte nicht imstande, die Beteiligungsforderung des anderen Ehegatten zu befriedigen, so kann dieser bis zur Höhe des Fehlbetrages den Beschenkten belangen (Art. 220 ZGB).

²⁶ BK-BECKER, N 3 zu Art. 242 OR.

²⁷ S. KOLLER (FN 2), § 12 Rn 116 ff.; vgl. BGE 45 II 27, in welchem eine bereits vollzogene Schenkung eines Grundstücks rückgängig gemacht wird.

²⁸ Ausser Betracht bleibt Art. 240 Abs. 3 OR, der nur noch bis 31.12.2012 in Kraft sein wird.

²⁹ Dazu KOLLER (FN 2), § 30 Rn 85 und § 31 Rn 59.

- Art. 494 und 527 Ziff. 3 ZGB sehen Folgendes vor: Nach der ersten Bestimmung kann eine Schenkung, die mit einer Verpflichtung aus einem Erbvertrag nicht vereinbar ist, von dem aus dem Erbvertrag Begünstigten angefochten werden. Nach der zweiten Bestimmung unterliegen Schenkungen, die der Erblasser während der letzten fünf Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat, der Herabsetzung gemäss Art. 522 ff. ZGB.
- Art. 286 Abs. 1 SchKG bestimmt u.a., dass – mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke – alle Schenkungen anfechtbar sind, die der Konkursit innerhalb des letzten Jahres vor Konkursöffnung vorgenommen hat. Die Anordnung bezieht sich auf bereits vollzogene Schenkungen. Blosser Schenkungsversprechen fallen mit Konkurseröffnung von Gesetzes wegen – ohne Anfechtungserklärung – dahin (Art. 250 Abs. 2 OR), «denn man soll nicht auf Kosten seiner Gläubiger Schenkungsverträge erfüllen»³⁰.

«Die Erfüllung einer sittlichen Pflicht wird nicht als Schenkung behandelt» (Art. 239 Abs. 3 OR). Das bedeutet nicht, dass eine nach der Sitte geschuldete Leistung nicht zum Gegenstand einer Schenkung gemacht werden kann, sondern nur, dass eine solche Schenkung, einmal erfüllt, Bestand hat und ein Dahinfallen nach Art. 249 ff. OR daher ausscheidet³¹.

B. Insbesondere der Widerruf durch den Schenker und dessen Erben

Der Schenker kann die Schenkung nach Massgabe von Art. 249 und 250 OR widerrufen, d.h. vom Schenkungsvertrag zurücktreten³². Der Rücktritt hat bei bereits erfülltem Schenkungsvertrag zur Folge, dass der Beschenkte die Zuwendung ohne Rechtsgrund im Besitze hat; er hat sie daher nach Massgabe von Art. 62 ff. OR herauszugeben. Das Widerrufsrecht ist zeitlich befristet (Art. 251 Abs. 1 OR), mit Fristablauf ist es – entgegen der Marginalie zu Art. 251 OR – verwirkt (untergegangen), nicht bloss verjährt. Ist der Schenker verstorben, steht das Widerrufsrecht u.U. seinen Erben zu (Art. 251 Abs. 2 und 3 OR). Präzisierungen:

a. Die Widerrufsgründe

Art. 249 OR umschreibt die Gründe, aus denen der bereits erfüllte Schenkungsvertrag widerrufen werden kann. Dieselben Gründe berechtigen – a fortiori – auch zum Widerruf eines noch nicht vollzogenen Vertrags (Art. 250 Abs. 1 Ziff. 1 OR)³³. In diesem zweiten Fall bestehen jedoch noch zusätzliche Widerrufsgründe (Art. 250 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 OR)³⁴.

30 GUHL/KOLLER (FN 10), § 43 Rn 17.

31 Zum Begriff der sittlichen Pflicht s. im Einzelnen BK-BECKER, N 13 zu Art. 239 OR.

32 Nach § 532 BGB ist der Widerruf ausgeschlossen, wenn der Schenker dem Beschenkten verziehen hat. In der Schweiz gilt kraft ungeschriebenen Rechts (Art. 1 Abs. 2 ZGB) dasselbe (BSK OR I-VOGT, N 5 zu Art. 249 OR; anders BGE 73 II 208 E. 6).

33 Art. 250 Abs. 2 OR regelt keinen Widerrufsgrund und gehört daher nicht hierher (s. dazu oben II.A.).

34 Bei einer Zweckschenkung (Schenkungen in Erwartung einer nicht zur Bedingung gemachten Leistung) wird man die Vorschriften über den Widerruf (Art. 249 f. OR) nur mit Vorsicht anwenden dürfen, wenn das erwartete Verhalten eingetreten ist.

1. Der Widerruf des **bereits erfüllten Schenkungsvertrags** setzt voraus, dass der Beschenkte eine Vertragswidrigkeit begangen (Art. 249 Ziff. 3 OR: Nichterfüllung einer Auflage) oder dass er sich gegenüber dem Schenker oder einer diesem nahe stehenden Person in schwerwiegender Weise rechtswidrig verhalten hat (Art. 249 Ziff. 1 und 2 OR: Begehung einer schweren Straftat oder schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten)³⁵.

a) Die in Art. 249 Ziff. 1 und 2 OR erwähnten Widerrufsgründe entsprechen den Enterbungsgründen von Art. 477 ZGB. Es kann daher auch die diesbezügliche Rechtsprechung herangezogen werden³⁶.

Rechtsprechungsbeispiele zu Art. 249 Ziff. 1 und 2 OR: BGE 113 II 252 E. 2b = Pra 1988 Nr. 39: Verletzung der ehelichen Treupflicht als Widerrufsgrund. In dem Entscheid wird bestätigt, dass bei Schenkungen unter Ehegatten die Scheidung als solche noch nicht zum Widerruf berechtigt. – BGE 76 II 265: Das böswillige Erheben einer Strafklage gegen den Erblasser wurde als schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten und damit als Enterbungsgrund angesehen. – BGE 72 II 338: Wer gegen den Erblasser bzw. Schenker in einem Strafverfahren aussagt, obwohl er von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen könnte, verstösst unter Umständen in schwerwiegender, eine Enterbung bzw. einen Schenkungswiderruf rechtfertigender Weise gegen familienrechtliche Pflichten; in casu wurde dies allerdings verneint (vgl. demgegenüber BGH, MDR [Monatsschrift für Deutsches Recht] 1970, S. 402).

b) Der Widerruf nach Art. 249 Ziff. 3 OR setzt voraus, dass der Beschenkte die Auflage «in ungerechtfertigter Weise» nicht erfüllt hat. Die Nichterfüllung muss nicht nur objektiv ungerechtfertigt sein, sie muss dem Beschenkten auch zum Verschulden gereichen³⁷. Wenn daher die Erfüllung der Auflage durch Zufall unmöglich wird, so ist ein Widerruf ausgeschlossen. In einem solchen Fall fällt die Leistungspflicht des Beschenkten dahin, im Übrigen aber bleibt der Schenkungsvertrag unverändert bestehen. Wo dem Beschenkten die Nichterfüllung zum Verschulden gereicht, muss sie ein gewisses Gewicht aufweisen, um den Widerruf zu rechtfertigen (BGE 133 III 421 = Pra 2008 Nr. 15, vgl. auch BGE 96 II 119 = Pra 1971 Nr. 30). In dem in BGE 80 II 260 (= Pra 1955 Nr. 1) entschiedenen Fall hätte der Schenker m.E. die Schenkung widerrufen können (s. unten II.B.c.).

2. Eine **noch nicht vollzogene Schenkung** kann, abgesehen von den in Art. 249 OR erwähnten Gründen, widerrufen werden, wenn sich seit Abgabe des Schenkungsversprechens die Vermögensverhältnisse des Schenkers in einer Weise verschlechtert haben, dass die Schenkung ihn ausserordentlich schwer belasten würde (Art. 250 Abs. 1 Ziff. 2 OR), oder wenn seit dem Versprechen dem Schenker neue erhebliche familienrechtliche Pflichten entstanden sind (Art. 250 Abs. 1 Ziff. 3 OR), etwa durch Familienzuwachs oder Heirat.

b. Widerrufsfrist, Widerrufsberechtigter und Widerrufsfolgen

Mit dem Vorliegen eines Widerrufsgrundes fällt die Schenkung – anders als etwa nach Art. 91 ZGB – nicht eo ipso dahin. Vielmehr setzt der Dahinfall eine entsprechende

35 Einzelheiten bei BSK OR I-Vogt, N 9–13 zu Art. 249 OR.

36 Präzisierung bei BSK OR I-Vogt, N 8 zu Art. 249 OR.

37 BK-BECKER, N 4 zu Art. 249 OR.

(Gestaltungs-)Erklärung des Schenkers (oder seiner Erben, Art. 251 Abs. 2 und 3 OR) voraus. Das ist die heute herrschende Ansicht; die früher ebenfalls vertretene gegenteilige Auffassung gilt heute als überholt³⁸. Präzisierungen:

1. Für den Widerruf besteht eine **einjährige (Verwirkungs-)Frist**. Diese beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Schenker vom Widerrufsgrund sichere Kenntnis erlangt hat (Art. 251 Abs. 1 OR; BGE 96 II 119 E. 3a = Pra 1971 Nr. 30). Jede Verfehlung i.S.v. Art. 249 Ziff. 1 oder 2 OR löst eine eigene Frist aus (vgl. BGE 113 II 252; BGHZ 31, 79 ff.).

In BGE 113 II 252 hatte die Ehefrau ein ehebrecherisches Verhältnis unterhalten und dem Ehemann eingestanden. Dieser verzichtete vorerst auf einen Schenkungswiderruf, sprach ihn dann aber später aus, als er feststellte, dass die Ehefrau ihr ehebrecherisches Verhältnis wieder aufgenommen bzw. nicht aufgegeben hatte.

2. Stirbt der Schenker vor Ablauf der Frist, ohne dass er das Widerrufsrecht ausgeübt hat, so geht dieses auf seine **Erben** über (Art. 251 Abs. 2 OR). Der Übergang findet auch dann statt, wenn der Schenker im Zeitpunkt seines Todes vom Widerrufsgrund noch keine Kenntnis hatte und die Frist daher noch nicht in Gang gesetzt wurde³⁹. Den Erben steht diesfalls die ganze einjährige Frist zur Verfügung. Stirbt der *Beschenkte* vor Ablauf der Einjahresfrist, so kann der Widerruf – anders als nach deutschem Recht⁴⁰ – gegenüber dessen Erben ausgeübt werden.

Während Art. 251 Abs. 2 OR vom Übergang des dem Schenker zustehenden Widerrufsrechts auf die Erben handelt, gewährt Art. 251 Abs. 3 OR den Erben ein selbständiges Widerrufsrecht für den Fall, dass der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und rechtswidrig getötet oder am Widerruf gehindert hat. Auch für diesen Widerruf gilt die Frist von Art. 251 Abs. 1 OR⁴¹.

3. Der Widerruf hat – wie bereits gesagt – zur **Folge**, dass der Schenkungsvertrag dahinfällt und damit auch der Erfüllungsanspruch des Beschenkten, falls die Schenkung noch nicht vollzogen ist. Andernfalls (bei vollzogener Schenkung) ist das Geleistete zurückzuerstatten. Da der Widerruf – anders als etwa die Vertragsanfechtung wegen eines Willensmangels (Art. 23 ff. OR) – nicht ex tunc wirkt, fällt bei einer Sachschenkung das Eigentum am geschenkten Gegenstand nicht eo ipso zurück, vielmehr entsteht lediglich ein obligatorischer Rückübereignungsanspruch. Nach herrschender Lehre handelt es sich dabei – entsprechend dem Wortlaut von Art. 249 OR – um einen Bereicherungsanspruch (condictio ob causam finitam, Art. 62 ff. OR; SemJud 1980, S. 257 E. c)⁴². Eine Mindermeinung⁴³ betrachtet ihn hingegen als vertraglichen Anspruch. Begründet wird dies damit,

38 Diskussion der Frage bei ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 249 OR.

39 Der Widerrufsgrund muss aber noch zu Lebzeiten des Erblassers eingetreten sein (BGE 96 II 119 E. 3a = Pra 1971 Nr. 30 betr. den Nichtvollzug einer Auflage).

40 SOERGEL/MÜHL/TEICHMANN (Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 1998), N 4 zu § 532 BGB.

41 BK-BECKER, N 2 zu Art. 251 OR.

42 BSK OR I-VOGT, N 3 zu Art. 251 OR; BK-BECKER, N 2 zu Art. 251 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4 zu Art. 251 OR; PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), SPR VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 1977, S. 198.

43 Z.B. MAISSEN (FN 7), Rn 413.

dass mit dem Widerruf der Schenkungsvertrag nicht einfach dahin falle, sondern in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt werde. Diese sog. Umwandlungstheorie ist m.E. generell verfehlt, auch und insbesondere hinsichtlich Art. 249 OR⁴⁴.

Der (bereicherungsrechtliche) Rückübereignungsanspruch des Schenkers bleibt grundsätzlich auch dann bestehen, wenn der Beschenkte die Sache an einen Dritten veräussert hat. Denn wer einen Widerrufsgrund i.S.v. Art. 249 Ziff. 1 oder 2 OR gesetzt hat (nur diese Gründe sind bei vollzogener Schenkung von Interesse), ist als bösgläubig zu betrachten⁴⁵. Der Beschenkte hat sich also nötigenfalls den Bereicherungsgegenstand wieder zu beschaffen, soweit ihm dies nicht ausnahmsweise unmöglich oder unzumutbar ist (vgl. BGH, NJW 1981, S. 2688 f.). Wo die Pflicht zur Realrestitution entfällt, tritt an deren Stelle eine Wertersatzpflicht⁴⁶. Zudem kann der Beschenkte nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig sein.

c. Ein Sonderproblem: Das Verhältnis von Art. 249 Ziff. 3 OR zum allgemeinen Nichterfüllungsrecht

Wenn der Beschenkte eine ihm gemachte Auflage nicht erfüllt, so kann der Schenker die Schenkung nach Massgabe von Art. 249 Ziff. 3 OR widerrufen. Im Folgenden interessiert, ob ihm auch ein Vorgehen nach den allgemeinen Nichterfüllungsregeln offen steht. Diese Frage ist umstritten. Streitig ist insbesondere, inwieweit Art. 249 Ziff. 3 OR eine Berufung auf Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 107–109 OR ausschliesst. Das Bundesgericht hat sich mit dieser Problematik in BGE 80 II 260 = Pra 1955 Nr. 1 und 133 III 421 = Pra 2008 Nr. 15 befasst. Im letzteren Entscheid hat es erkannt, der Schenker könne nicht wegen Verzugs des Beschenkten mit der Aufлагenerfüllung nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten, vielmehr richte sich das Rücktrittsrecht ausschliesslich nach Art. 249 Ziff. 3 OR. Im ersten der Entscheide hat es erkannt, der Schenker könne nach Art. 97 Abs. 1 OR Ersatz des positiven Vertragsinteresses (Ersatz des durch die Nichterfüllung der Auflage entstandenen Schadens) verlangen, wenn dem Beschenkten die Erfüllung der Auflage aus eigenem Verschulden unmöglich werde und er, der Schenker, darauf verzichte, den Vertrag nach Art. 249 Ziff. 3 OR zu widerrufen. Das allgemeine Nichterfüllungsrecht wird also nur teilweise verdrängt. M.E. regelt Art. 249 Ziff. 3 OR die Nichterfüllung der Auflage abschliessend⁴⁷. Nichterfüllungstatbestände geben also dem Schenker höchstens das Recht, vom Vertrag nach Massgabe dieser Bestimmung zurückzutreten, hingegen ist ihm eine Berufung auf das allgemeine Nichterfüllungsrecht, einschliesslich Art. 103 OR, verwehrt. Wer anders entscheidet, muss jedenfalls Art. 246 Abs. 3 OR analog heranziehen: Dem Beschenkten darf aus der Schenkung per Saldo kein Nachteil entstehen⁴⁸. Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Schadenersatzanspruch vielfach, «insbesondere bei altruistischem Auflegszweck, für den Schenker von geringem praktischen Wert sein [wird]»⁴⁹.

44 Zu den Gründen s. KOLLER (FN 2), § 31 Rn 23 ff.

45 Vgl. KOLLER (FN 2), § 30 Rn 65.

46 Vgl. KOLLER (FN 2), § 30 Rn 43.

47 Ebenso CAVIN (FN 42), S. 191; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4 zu Art. 249 OR; anders BK-BECKER, N 8 zu Art. 249 OR. Zum Meinungsstand s. MAISSEN (FN 7), Rn 518 Anm. 817.

48 Vgl. BK-BECKER, N 8 zu Art. 249 OR.

49 SOERGEL/MÜHL/TEICHMANN (FN 40), N 1 zu § 527 BGB.

In BGE 80 II 260 ging es um eine Statue, die Pietro Bianchi der Stadt Bellinzona mit der Auflage geschenkt hatte, sie vor dem «Stadio comunale» aufzustellen. Die Stadt erfüllte diese Auflage nicht, zudem bewahrte sie die Statue unsorgfältig auf, was zur Folge hatte, dass diese Schaden nahm und unter freiem Himmel nicht mehr aufgestellt werden konnte. Das Bundesgericht sprach Bianchi wegen der Nichterfüllung der Auflage Fr. 1000.– Schadenersatz (Nachteil wegen Ausbleibens der erwarteten Reklamewirkung [*«nocumento che gli è risultato dalla mancata pubblicità»*, E. 4]) zu. Nach der hier vertretenen Ansicht hätte Bianchi einzig die Schenkung widerrufen und für die Statue Wertersatz verlangen können.

C. Insbesondere der Tod des Schenkers als Beendigungsgrund

Stirbt der Schenker noch vor der Erfüllung, so geht seine Verpflichtung grundsätzlich auf die Erben über (Art. 560 ZGB). Eine Ausnahme macht das Gesetz für den Fall, dass wiederkehrende Leistungen Gegenstand der Schenkung bilden, und auch diesfalls wirkt der Tod nur dann als Erlöschensgrund, wenn «es nicht anders bestimmt ist» (Art. 252 OR; BGE 110 II 156 = Pra 1984 Nr. 73). «Die gegenteilige Bestimmung kann sich auch stillschweigend aus den Umständen ergeben»⁵⁰.

⁵⁰ ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 252 OR, die beispielshalber den Fall erwähnen, dass eine unentgeltliche Leibrente (Art. 516 OR) ausdrücklich auf die Lebenszeit des Beschenkten ausgesetzt ist.