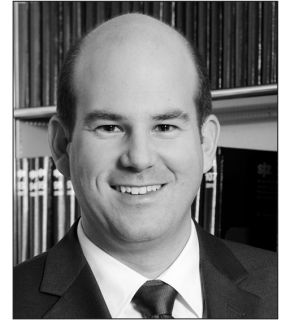




## Schenkung und Beweis

ARNOLD F. RUSCH



PHILIP R. BORNHAUSER

*Wer muss eine Schenkung beweisen? Die Schenkung weist als causa minor eine ausgesprochene Schwäche auf, die sich wie ein roter Faden durch alle Rechtsgebiete zieht. Daraus leiten Arnold F. Rusch und Philip R. Bornhauser auch für die Beweislast klare Schlüsse ab, die sich von der herrschenden Lehre unterscheiden.*

*Qui doit prouver la donation ? En tant que causa minor ou cause secondaire, la donation présente une réelle faiblesse qui constitue un thème récurrent dans tous les domaines juridiques. Arnold F. Rusch et Philip R. Bornhauser en tirent des conclusions claires, également en ce qui concerne le fardeau de la preuve, tout en s'écartant de la doctrine dominante.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Lehre und Rechtsprechung
- III. Ansicht von WACKE
- IV. Diskussion
  1. Schenkung als *causa minor*
    - a. Allgemein
    - b. Erbrecht
    - c. Eherecht
    - d. SchKG
    - e. Sachenrecht
    - f. Schenkungsrecht
  2. Bereicherungsrecht
  3. Missbrauchspotential
  4. Formvorschriften
  5. Gesetzliche Vermutungen
    - a. Sachenrecht
    - b. Vertragsrecht
- V. Konklusion

### I. Einführung

Wer trägt wofür die Beweislast, wenn der Kläger eine Sache herausverlangt und der Beklagte entgegnet, diese sei ihm geschenkt worden? Die Beweislastverteilung zeitigt in diesem Bereich stark präjudizierende Folgen, weil ausser den divergierenden Aussagen meist gar keine Beweismittel existieren.

Wer ein Fahrrad aus Leihe herausverlangt, der Beklagte sich aber auf Schenkung beruft, muss nach herrschender Lehre wegen der aus dem Besitz fliessenden Eigentumsvermutung des 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? Normal und zu vermuten ist doch eher, dass man nichts schenkt.

Wie aber ist 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 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, nicht aber das 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 *ab initio* keine Darlehenszinsen, weil er sich sonst diese Möglichkeit verbaut. Er kann folglich sogar aus den nichtbezahlten Zinsen den Vorteil ziehen, dass sich das Darlehen nicht beweisen lässt.

Diese beiden unbefriedigenden Resultate zeigen, dass die eingangs gestellte Frage eine vertiefte Behandlung rechtfertigt. Die nachfolgenden Erwägungen richten den Fokus zuerst auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung, die sich in einem zweiten Schritt der Kritik stellen müssen.

### II. Lehre und Rechtsprechung

Bei beweglichen Sachen bewirkt die Eigentumsvermutung in Art. 930 Abs. 1 ZGB eine Umkehr der Beweislast<sup>1</sup>.

ARNOLD F. RUSCH, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.  
PHILIP R. BORNHAUSER, Dr. iur., MCI Arb, Rechtsanwalt, Umbricht Rechtsanwälte, Zürich.

<sup>1</sup> Vgl. NEDIM PETER VOGT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011 (zit. BSK-Verfasser),

Ausserhalb dieser Vermutung – also bei Geldforderungen – gelten die allgemeinen Regeln. Bei der Anwendung des Art. 8 ZGB unterscheiden Lehre und Rechtsprechung zwischen *rechtserzeugenden* und *rechtsvernichtenden* Tatsachen<sup>2</sup>. Wer behauptet, ein Recht sei untergegangen, trägt dafür die Beweislast<sup>3</sup>. Wer hingegen behauptet, das Recht sei nie entstanden, bestreitet bloss, ohne dafür die Beweislast zu tragen. Für die Frage, ob Darlehen oder Schenkung vorliege, bedeutet dies: «*Den rechtserzeugenden Sachverhalt hat der eine Rechtsfolge Behauptende nachzuweisen. Eine Verteidigung, die sich gegen die Richtigkeit der in den Rahmen des rechtserzeugenden Sachverhalts fallenden Sachvorbringen wendet, ist bloss Bestreitung und nicht vom Bestreitenden zu beweisen, sondern von dem zu widerlegen, der den rechtserzeugenden Sachverhalt behauptet: So wenn der Beklagte, auf Rückzahlung belangt, behauptet, das Geld sei ihm nicht geliehen, sondern geschenkt worden. Dagegen würde der Beklagte einen rechtsvernichtenden und von ihm zu beweisenden Umstand anrufen, falls er zwar ein Darlehen zugesteht, von der Rückleistung aber schenkungsweise befreit worden sein will.*»<sup>4</sup>

NEDIM PETER VOGT hält demgegenüber abweichend von der herrschenden Lehre für Fälle ausserhalb des Art. 930 Abs. 1 ZGB generell fest, dass keine Vermutung der Schenkung existiere und die beschenkte Person folg-

lich stets die Beweislast für die Schenkung trage<sup>5</sup>. Er beruft sich auf BGE 83 II 533 ff., von dem das Thurgauer Obergericht explizit sagt, es gehe darin um einen anderen Fall: «*Anders als hier ging es dort um die Klage einer Partei, welche mit Hinweis auf eine Schenkung auf Herausgabe klagte.*»<sup>6</sup> Die Beweislast ist aber *erstens* von der prozessualen Rolle der Partei unabhängig. *Zweitens* ging es um den Onkel, der von seinem Neffen Geld aus einer Erbschaft herausverlangte. Der Neffe tilgte den an sich anerkannten Anspruch des Onkels mittels Verrechnung. Die Verrechnungsforderung war die Rückforderung der von ihm gegenüber dem Onkel erbrachten Unterstützungsleistungen, von deren Unentgeltlichkeit der Onkel ausging. Damit bezog sich dieser Prozess, wie auch das Bundesgericht explizit festhielt, «*(...) uniquement sur cette créance, dont Benjamin Graf conteste l'existence en soutenant que son neveu l'a entretenu à titre gratuit.*»<sup>7</sup> VOGT hat somit Recht<sup>8</sup>. Störend ist einzig, dass sich daraus eine ähnlich unreflektierte Vermutung zugunsten des Darlehens ergibt, obwohl ein *tertium* in der Form der rechtsgrundlosen Leistung existiert<sup>9</sup>.

### III. Ansicht von WACKE

In seinem innovativen Beitrag lehnt ANDREAS WACKE für das deutsche Recht die allgemeinen Grundsätze der Beweislastverteilung für die Schenkung ab. Er begründet

OR 239 N 44; vgl. SJ 1977, 609 ff.; vgl. SJ 1952, 456 ff., 459 f.; vgl. PIERRE AEBY, La donation à cause de mort sous forme d'une donation affectée de la clause de retour d'après le Code civil suisse, Diss. Fribourg 1910, 61: «*C'est qu'en effet, la donation manuelle entraîne nécessairement la remise de la chose au donataire, celle-ci entre dans son patrimoine d'une manière effective: il en devient possesseur. Or, le possesseur d'une chose jouit d'une protection toute particulière de la loi: le législateur suisse a consacré en un certain sens l'ancienne maxime: en fait de meubles possession vaut titre, en déclarant que le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire.*»

<sup>2</sup> Vgl. HANS PETER WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I/1, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, ZGB 8 N 256, 265, 279 (zit. BK-WALTER).

<sup>3</sup> BK-WALTER (FN 2), ZGB 8 N 279.

<sup>4</sup> Obergericht Thurgau, 15. Juni 2010, ZBR.2010.10, RBOG 2010 Nr. 5; vgl. BGE 83 II 209 ff., 210; vgl. Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 16. März 1945, SJZ 1945, 375; in SJZ 1950, 332 verwendete das Zürcher Obergericht (Urteil vom 20. Dezember 1949) eine abgeschwächte Formel – der Darleiher müsse grundsätzlich das Darlehen beweisen, wobei an den *Beweis der Rückzahlungspflicht* verminderte Anforderungen zu stellen seien; vgl. MAX KUMMER, Kommentar zu Art. 8 ZGB, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht; Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1966 (zit. BK-KUMMER), ZGB 8 N 155, 253; vgl. SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996, N 142.

<sup>5</sup> BSK-VOGT (FN 1), OR 239 N 44, mit Hinweisen auf HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551, Bern 1934, OR 239 N 7 und HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184–418, 2. A., Zürich 1936, Vorbem. zu OR 239–252 N 8; MARGARETA BADDELEY, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Art. 1–529 CO, 2. A., Basel 2012 (zit. CR-Verfasser), OR 239 N 29; FRITZ FUNK, Handkommentar des Obligationenrechtes, Aarau 1928, OR 239 N 1.

<sup>6</sup> Obergericht Thurgau, 15. Juni 2010, ZBR.2010.10, RBOG 2010 Nr. 5.

<sup>7</sup> BGE 83 II 533 ff., 535.

<sup>8</sup> Ebenfalls für die These VOGTs spricht ein Entscheid aus dem Jahre 1939 (Luzernisches Obergericht, Urteil vom 4. Oktober 1939, ZBJV 1939, 592). In einem Zeitraum von 3½ Jahren verbrachte die Beklagte über 20 Monate bei der Familie des Klägers. Wenn dieser Geld für die Alimentation verlangt, muss die Beklagte die Unentgeltlichkeit beweisen. BK-KUMMER (FN 4), ZGB 8 N 155, bezeichnet dieses Urteil als «unrichtig», weil derjenige, der eine Rechtsfolge behauptet, den rechtserzeugenden Sachverhalt *vollumfänglich* nachzuweisen habe. Die Ansicht VOGTs stützen auch die Entscheide in SJ 1948, 177 ff., 178 f., 180 und SJ 1977, 609 ff., 613.

<sup>9</sup> Vgl. dazu hinten, Titel V.

dies mit der Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs, die er auf die Beweislastverteilung überträgt<sup>10</sup>. Wer eine Schenkung behauptet, muss diese beweisen. Gemäss WACKE muss zwar auch hier der Kläger, der sich auf ein Darlehen stützt, dieses beweisen, doch obliegt dem Beklagten der Gegenbeweis der Schenkung. Scheitern beide Beweise, bleibt immerhin die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung<sup>11</sup>. Bei Klagen aus Vindikation und Kondiktion hat der Beklagte, der sich auf eine Schenkung beruft, den Hauptbeweis zu führen, weil WACKE die in § 1006 BGB enthaltene Eigentumsvermutung bei Schenkungen nicht anwendet<sup>12</sup>. Seine Auffassung begründet er mit Beweisprinzipien des römischen Rechts und des ALR. Daraus und aus drei expliziten Ausnahmen im BGB leitet er den Grundsatz *donatio non praesumitur* ab<sup>13</sup>, dessen Analyse sich aufgrund der vorne beschriebenen Meinungsverschiedenheit auch für das Schweizer Recht anbietet.

## IV. Diskussion

### 1. Schenkung als *causa minor*

#### a. Allgemein

Die Schenkung garantiert keinen vollumfänglich sicheren Erwerb und ist auch sonst den entgeltlichen Geschäften nicht gleichgestellt<sup>14</sup>. Die Schenkung als *causa minor* zeigt sich im Erb-, Ehe-, Sachen-, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, aber auch im Schenkungsrecht selbst. Daraus ergibt sich der Schluss, dass auch im Beweisrecht eine andere Behandlung angezeigt ist<sup>15</sup>.

#### b. Erbrecht

Im Erbrecht sind Schenkungen regelmässig ein Thema, insbesondere bei der Frage allfälliger Pflichtteilsverletzungen. Schenkungen, die der Erblasser innert der letzten fünf Jahre vor seinem Tod ausgerichtet hat sowie ohne

zeitliche Limitierung alle Schenkungen, welche er frei hätte widerrufen können, unterliegen der Herabsetzung (Art. 527 Ziff. 3 ZGB). Ebenfalls zeitlich unlimitiert können unentgeltliche Zuwendungen herabgesetzt werden, die der Erblasser in Umgehungsabsicht vorgenommen hat (Art. 527 Ziff. 4 ZGB). Überdies werden Schenkungen von der Ausgleichungspflicht gemäss Art. 626 ZGB erfasst<sup>16</sup>. Ferner sind auch Schenkungen anfechtbar, die einem zuvor abgeschlossenen Erbvertrag widersprechen (Art. 494 Abs. 3 ZGB)<sup>17</sup>. Diese Normen zeigen alle die Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs für die Belange des Erbrechts.

#### c. Eherecht

Die Schenkung als *causa minor* zeigt sich auch im Eherecht. Lösen die Verlobten das Verlöbnis auf, so können sie die Geschenke zurückfordern (Art. 91 Abs. 1 ZGB)<sup>18</sup>. Die Hinzurechnung erfasst auch Schenkungen, die ein Ehegatte aus der Errungenschaft einem Dritten ohne Zustimmung des andern Ehegatten gemacht hat (Art. 208 ZGB).

Das Bundesgericht vermutet bei freiwilligen Leistungen unter Ehegatten den Schenkungswillen oder den Willen zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht. Wer die Pflicht zur Rückerstattung behauptet, muss diese beweisen<sup>19</sup>. Die Lehre ist diesbezüglich bedeutend zurückhaltender und

<sup>10</sup> ANDREAS WACKE, *Donatio non praesumitur*, AcP 1991, 1 ff., 31.

<sup>11</sup> WACKE (FN 10), 12 ff.

<sup>12</sup> WACKE (FN 10), 18 f., 31 f.

<sup>13</sup> Es sind dies § 685 Abs. 2 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag), § 1360b BGB (ehelicher Unterhalt) und § 1620 BGB (Kindsrecht), WACKE (FN 10), 6; vgl. auch GOTTFRIED SCHIEMANN, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18. Mai 1999, JZ 2000, 570 ff., 572 a.E.

<sup>14</sup> Vgl. JENS PETER MEINCKE, Perspektiven des Schenkungsrechts in den Institutionen Iustinians, in: Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte, Artikel vom 31. Mai 2010 (Internet: <http://www.forhistiur.de/zitat/1005meincke.htm>), N 7 und N 35.

<sup>15</sup> Diese Idee findet sich für das deutsche Recht auch bei RICHARD BÖHR, Beweislastprobleme bei der Schenkung, NJW 2001, 2059 ff., 2061.

<sup>16</sup> CHK-ROLAND FANKHAUSER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (zit. CHK-Verfasser), ZGB 626 N 4; ROLANDO FORNI/GIORGIO PIATTI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 4. A., Basel 2011 (zit. BSK-Verfasser), ZGB 626 N 11; PAUL EITEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, 3. Teilband, Die Ausgleichung Art. 626–632, Bern 2004, ZGB 626 N 41 ff., 100, spricht bei Schenkungen denn auch vom Hauptanwendungsfall der ausgleichungspflichtigen Zuwendung.

<sup>17</sup> PHILIP R. BORNHAUSER, Der Ehe- und Erbvertrag, Dogmatische Grundlage für die Praxis, Diss. Zürich 2012, Rz. 436 ff., insb. Rz. 446 f.; DERS., Die Bindungswirkung von ehe- und erbvertraglichen Regelungen im internationalen Kontext, *successio* 2013, 149 ff., Rz. 36.

<sup>18</sup> Art. 91 Abs. 1 ZGB weist ein enges Verhältnis zu Art. 245 Abs. 2 OR und Art. 249 OR auf, vgl. dazu CHK-SCHÖNENBERGER (FN 16), OR 245 N 2 und OR 249 N 2.

<sup>19</sup> Vgl. Urteil BGer 5P.344/2003, E. 2.2.2 und Urteil BGer 5C.214/2002, E. 4.1; vgl. aber Urteil BGer 5A\_329/2008, E. 3.3; vgl. BGE 96 II 1 ff., Regeste; vgl. BGE 85 II 70 ff., Regeste (bestätigt in BGE 113 II 252 ff., 255); ähnlich auch die Rechtslage in Deutschland: § 1360b BGB (Zuvielleistung im Rahmen des ehelichen Unterhalts) oder § 685 Abs. 2 BGB (Schenkungsvermutung bei Unterhaltszahlungen Eltern – Kind); vgl. zu letzterem auch WACKE (FN 10), 8 f., Ziff. 2.

verneint die Schenkungsvermutung<sup>20</sup>. Für die vorliegende Argumentation ist einzig relevant, dass für die Schenkung ausserhalb der Ehe *a fortiori keine Vermutung bestehen kann*. Innerhalb der Ehe bleibt die unklare bundesgerichtliche Rechtsprechung, die die Vermutung manchmal bejaht, manchmal aber auch verneint<sup>21</sup>.

#### d. SchKG

Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen, die der Schuldner innert der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung vorgenommen hat, sind anfechtbar (Schenkungs pauliana; Art. 286 Abs. 1 SchKG). Ausserhalb dieser einjährigen Verdachtsfrist können die Vermögenswerte während fünf Jahren zurückverlangt werden, wenn der Schuldner die Gläubiger absichtlich benachteiligen wollte, wofür Schenkungen besonders in Frage kommen (Absichtspauliana; Art. 288 SchKG). Gleiches gilt für den Fall des Nachlassvertrags. Der Schuldner darf ohne Zustimmung des Nachlassrichters Vermögenswerte nicht verschenken (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass Schenkungen auch im Zwangsvollstreckungsrecht eine *causa minor* darstellen und nicht vollstreckungsresistent sind, wenn sie sich innerhalb der einschlägigen Verdachtsfristen ereignen.

#### e. Sachenrecht

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ist nach dem Wortlaut von Art. 933 ZGB auch bei Schenkungen denkbar<sup>22</sup>. Ein grosser Teil der Lehre lehnt dies ab, wenn auch mit unterschiedlichen Argumenten: *Erstens* sei die Schenkung nichtig, die nicht aus dem Vermögen des Schenkenden stamme (Art. 239 Abs. 1 OR)<sup>23</sup>. *Zweitens* sei

der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten nicht kondiktionsfest, da mehrere Autoren davon ausgehen, dass die Kondiktion gemäss § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auch in der Schweiz existiere<sup>24</sup>. *Drittens* fehle bei Schenkungen die nachteilige Vermögensdisposition, die den Vertrauensschutz rechtfertige<sup>25</sup>. *Viertens* müsse man den gutgläubigen Erwerb generell auf entgeltliche Geschäfte beschränken<sup>26</sup>. Als Beispiel dafür schränkt das Bucheffektengesetz den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten auf *entgeltliche* Geschäfte ein (Art. 29 Abs. 1 BEG)<sup>27</sup>. *Weshalb genau* der gutgläubige Erwerb bei einer Schenkung nicht greifen soll, ist letztlich für das hier zählende Argument nicht entscheidend. Wichtig ist einzig, dass sich weite Teile der Lehre einig sind, dass Schenkungen diesen Effekt nicht bewirken können, was eindeutig für die These der Schenkung als *causa minor* spricht.

#### f. Schenkungsrecht

Die Schenkung ist nicht sicher – Art. 249 OR nennt drei Gründe, die dem Schenker die Rückforderung gestatten. Art. 250 OR ermöglicht den Widerruf des Schenkungsversprechens und sieht gar Fälle vor, die das Schenkungsversprechen *ex lege* aufheben (Art. 250 Abs. 2 OR). Die Begründung liegt auf der Hand: «Diese Widerrufsmöglichkeit gründet in der Unentgeltlichkeit der Schenkung und ist Ausfluss der Wirkungsschwäche des abgeschlossenen Schenkungsvertrags.»<sup>28</sup>

### 2. Bereicherungsrecht

Die Beweislastverteilung bei der Schenkung sollte mit den Regeln zu Art. 62 ff. OR übereinstimmen. Insbesondere die *Konditionssperre* des Art. 63 Abs. 1 OR steht in einem direkten Konnex zur Schenkung. Wer sich bei der Bezahlung über die Schuldspflicht nicht irrt – «*similis videtur ei qui donat*» – verhält sich wie einer, der schenkt<sup>29</sup>. Lehre und Rechtsprechung auferlegen die Beweislast für

<sup>20</sup> Vgl. HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, Das Ehe recht, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Artikel 159–180 ZGB, 2. A., Bern 1999, ZGB 165 N 44 und 3. Teilband, Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband, Allgemeine Vorschriften, Artikel 181–195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Artikel 196–220 ZGB, Bern 1992, ZGB 206 N 17.

<sup>21</sup> Vgl. die Angaben in FN 19.

<sup>22</sup> Dies bejaht auch EMIL W. STARK, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Band IV, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, Der Besitz, Art. 919–940 ZGB, 3. A., Bern 2001 (zit. BK-STARK), Vorbem. zu ZGB 930–937 N 33; vgl. die Übersicht bei SUSAN EMMENEGGER, Schenkung und Gutgläubensschutz, in: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler, Bern 2007, 219 ff., 221 f., mit bejahendem Fazit (231).

<sup>23</sup> Vgl. BSK-VOGT (FN 1), OR 239 N 42.

<sup>24</sup> ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A., Zürich 1979, 497 f., Fn. 143, 516; a.M. BK-STARK (FN 22), Vorbem. zu ZGB 930–937 N 32 und HEINRICH HONSELL, Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. A., Bern 2010, 204 f.; vgl. die Übersichten bei BSK-SCHULIN (FN 1), OR 62 N 22 und EMMENEGGER (FN 22), 221 f. mit ablehnendem Fazit (226 f.).

<sup>25</sup> ARNOLD F. RUSCH, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Habil. Zürich 2010, 244 f.

<sup>26</sup> HONSELL (FN 24), 205.

<sup>27</sup> Vgl. dazu die Botschaft zum BEG, BBl 2006, 9377.

<sup>28</sup> MAISSEN (FN 4), N 388.

<sup>29</sup> Vgl. WACKE (FN 10), 8. Das Digestenzitat stammt von Paulus, Dig. 46.2.12.

den Irrtum über die Schuldpflicht dem Bereicherungsgläubiger. Ein Irrtum über die Schuldpflicht liege aber schon vor, wenn man eine Schenkung ausschliessen könne<sup>30</sup>. Da es auch andere Gründe und Situationen neben der Schenkung gibt, bei denen ohne Schuldpflicht Leistungen erfolgen, ist dieses Kriterium nicht hilfreich<sup>31</sup>. Nimmt man es aber beim Wort, bedeutet es, dass man nicht bloss das Fehlen einer *causa* beweisen muss, was unbestritten ist<sup>32</sup>, sondern auch das Nichtvorliegen einer Schenkung. Deutschland kennt eine andere Beweislastverteilung. Im deutschen Recht muss der *ungerechtfertigt Bereicherte* beweisen, dass die zuwendende Person positive Kenntnis der Nichtschuld hatte (§ 814 BGB)<sup>33</sup>. Diese Beweislastverteilung würde auch zu Art. 63 OR passen. Erstens hat das Bundesgericht das Irrtumserfordernis derart stark relativiert, dass ein Verständnis im Sinne des deutschen § 814 Abs. 1 BGB naheliegt<sup>34</sup>. Zweitens stellt Art. 63 OR nicht eine eigene *Kondiktion*, sondern eine *Kondiktionssperre* dar<sup>35</sup>. Als rechtsvernichtende Tatsache müsste nach Art. 8 ZGB entgegen der herrschenden Lehre der Bereicherungsschuldner beweisen, dass sein Gegenüber wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hat<sup>36</sup>. Die *ratio legis* des Irrtumserfordernisses liegt im Verbot des *venire contra factum proprium*. Als Erscheinungsform des Rechtsmissbrauchs ruft dies nach der dazu passenden Beweislast, nämlich desjenigen, der sich auf diesen Schutz beruft<sup>37</sup>. Wer das Fehlen einer *causa* bewiesen hat, hat die bereicherungsrechtliche Beweislast erbracht. Von ihm auch noch zu verlangen, dass er die Beweislast für den Irrtum über die Schuldpflicht oder das Nichtwissen der Nichtschuld trägt – in der Schenkungsterminologie für das Nichtvorliegen einer

Schenkung – ist zu viel des Guten<sup>38</sup>. Wer dies verlangt, schafft gerade eine *Vermutung für die Schenkung*.

### 3. Missbrauchspotential

Die Beweislastverteilung gemäss herrschender Lehre fördert den Missbrauch. Kleinere Hilfeleistungen erfolgen häufig ohne jede direkt beweisbare Absprache – ein kleiner Überbrückungskredit unter Freunden, die Leihe von Geräten oder die Möglichkeit, Waren bei Freunden kurz zwischenzulagern. Wer altruistische und unkomplizierte Hilfe für seine Zwecke ausnützen will, behauptet ausserhalb des Anwendungsbereichs des Art. 930 Abs. 1 ZGB – also bei Geld – die Schenkung *ab initio*. Für diese bloss Bestreitung trägt er nach herrschender Lehre keine Beweislast. Der Darleiher kann in solchen Konstellationen das Darlehen kaum mit Urkunden beweisen. Ein Beweis ergibt sich bei unentgeltlichen Geschäften auch nicht durch die Zahlung von Miet- oder Darlehenszinsen. Bei entgeltlichen Geschäften ohne schriftliche Verträge empfiehlt es sich, *ab initio* keine Zinsen zu bezahlen, um sich die Berufung auf die Schenkung nicht zu verbauen. Damit erfährt der besonders dreiste Beklagte eine unverdiente Hilfe und einen Anreiz, erst recht eine Lüge aufzutischen<sup>39</sup>.

Ein weiteres, allerdings rein faktisches Missbrauchsfeld ergibt sich beim Tod älterer und hilfloser Personen. Wer die goldene Uhr eines Senioren bei einem Besuch mitgehen lässt, könnte sich nach dem Tod gemäss herrschender Lehre auf die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB berufen. Die Beweislast wäre bei den Erben, die eine behauptete Schenkung kaum widerlegen könnten<sup>40</sup>.

### 4. Formvorschriften

Wer etwas mit der Begründung *herausverlangt*, ihm sei geschenkt worden, trägt dafür die Beweislast<sup>41</sup>. Er muss diesen Beweis mit dem *schriftlichen Schenkungsversprechen* führen (Art. 243 Abs. 1 OR). Die *ratio legis* dieser Formvorschrift liegt im Übereilungsschutz<sup>42</sup>. Diesen Schutz braucht der Schenker bei einer Handschenkung nicht, weil er die Tragweite seines Entschlusses sofort

<sup>30</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.89/2004, E. 5.1.

<sup>31</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.212/2002, E. 4.3. Denkbar wäre z.B. auch die Geschäftsführung ohne Auftrag.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 106 II 29 ff., 31.

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 17. Oktober 2002 – III ZR 58/02 in NJW 2002, 3772 f., 3773, E. 3.

<sup>34</sup> Vgl. dazu ARNOLD F. RUSCH, Das Irrtumserfordernis bei der *condictio indebiti*, ZSR 2009, 131 ff., 139 ff., insb. 148 f. m.w.H.; vgl. Urteil BGer B 50/05, E. 3.1; vgl. Pra 2005, Nr. 118, 822 ff., 827, E. 5.1; vgl. Urteil BGer 4C.133/2003, E. 2.2; vgl. BGE 113 II 187 ff., 189.

<sup>35</sup> ALFRED KOLLER, Die Kondiktionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR, AJP/PJA 2006, 468 ff., 468; RUSCH (FN 34), 137; angedeutet in BSK-SCHULIN (FN 1), OR 63 N 1; deutlich CHK-HAHN (FN 16), OR 63 N 2.

<sup>36</sup> Vgl. dazu RUSCH (FN 34), 149 ff.

<sup>37</sup> Vgl. dazu RUSCH (FN 34), 138 f.; zur Beweislast beim Rechtsmissbrauch BK-KUMMER (FN 4), ZGB 8 N 177; vgl. die ähnliche Situation bei der *condictio causa data causa non secuta*, bei der HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum Privatrecht, Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1–183, Zürich 1929, OR 62 N 18 vorschlagen, dass die Empfängerin beweisen müsse, dass sich der Grund verwirklicht habe.

<sup>38</sup> Vgl. WACKE (FN 10), 16.

<sup>39</sup> Vgl. WACKE (FN 10), 21.

<sup>40</sup> Diese Gedanken bei BEATE GSELL, Beweislastrechtliche Schwäche durch Formzwang: Die Schenkung als *causa minor*, in: Lutz Aderhold/Barbara Grunewald/Dietgard Klingberg/Walter G. Paefgen (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, 267 ff., 272 ff.

<sup>41</sup> BGE 83 II 533 ff., 536.

<sup>42</sup> MAISSEN (FN 4), N 299; BGE 136 III 142 ff., 145; BGE 105 II 104 ff., 107.

erkennt, indem er die Sache weggibt<sup>43</sup>. Wenn der Darleiher indes nach der gängigen Beweislastverteilung Gefahr läuft, dass sein Vertragspartner die Rückzahlung ohne Beweislast gestützt auf eine angeblich von Anfang an bestehende Schenkung verweigert, müsste man eigentlich auch das Darlehen formpflichtig machen<sup>44</sup>. In der Übereilung – oder vielmehr im eigentlich berechtigten Glauben an den vertraglichen Rückzahlungsanspruch – könnte er nämlich übersehen, dass er das Darlehen beweisen muss und nicht sein Gegenüber die Schenkung. Dasselbe gilt für Miete und Leihe, weil sich der Besitzer auf Art. 930 Abs. 1 ZGB stützen kann. Bei freundschaftlicher Hilfe ohne Belege hat die Beweislastverteilung eine stark präjudizierende Wirkung. Mit der Behauptung, die Parteien hätten die Schenkung *ab initio* vereinbart, lässt sich die Beweislastverteilung sogar steuern. Dies kann aber umgekehrt nur bedeuten, dass der Handbeschenkte immer die Beweislast für die Schenkung tragen muss.

Noch besser kann man dies mit Art. 243 Abs. 3 OR erklären. Diese Norm entbindet beim *vollzogenen Schenkungsversprechen* vom Formerfordernis. Der Vollzug tritt an Stelle der Form<sup>45</sup>. Behandelt man diesen Fall beweismässig gleich wie die Handschenkung – worauf der Wortlaut deutet – so entspricht dies erstens nicht dem Ausnahmecharakter der Norm<sup>46</sup>. Zweitens muss beim vollzogenen Schenkungsversprechen der Beschenkte nicht nur den späteren «Vollzug» im Sinne des *Besitzes an der Sache* beweisen, sondern den *Vollzug des Schenkungsversprechens* und damit die Schenkung<sup>47</sup>. Einzig die einfache Schriftlichkeit des Schenkungsversprechens als Formerfordernis ist nicht mehr notwendig. Da die Handschenkung nichts anderes als ein sofort vollzogenes Schenkungsversprechen darstellt<sup>48</sup>, ist diese Beweislast-

verteilung folglich immer angezeigt – man kann den Unterschied zum Schenkungsversprechen nicht begründen. Ohne diese Beweislastverteilung ergäbe sich eine signifikante und nicht gerechtfertigte Umkehrung des gesetzlichen Schutzgedankens<sup>49</sup>.

## 5. Gesetzliche Vermutungen

### a. Sachenrecht

Das Sachenrecht stellt in Art. 930 Abs. 1 ZGB die Vermutung auf, dass der Besitzer einer beweglichen Sache auch ihr Eigentümer sei. Prozessual führt diese Vermutung zu einer *Beweislastumkehr*. Beweisthema ist das fehlende Eigentum des Besitzers – wer dessen Eigentum bestreitet, ist dafür beweispflichtig<sup>50</sup>. Bei beweglichen Sachen führt dies zu einer Schenkungsvermutung. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde stets auf die Umstände geachtet und der beklagten Partei mehrfach die Beweislast für die Schenkung auferlegt, ohne ihr die Geltendmachung der Vermutung aus Art. 930 Abs. 1 ZGB zu erlauben<sup>51</sup>. Dies geschah in Fällen des zweideutigen Besitzes; bei dieser «*possession équivoque*» greift die Vermutung nicht<sup>52</sup>. Den Hauptfall der *possession équivoque* bilden heimliches Vorgehen oder gemeinschaftlicher Besitz, wie er beispielsweise im Konkubinat vorkommt<sup>53</sup>. Wenn ein Konkubinatspartner auszieht und in der Folge seine Sachen herausverlangt, soll sich der beklagte Konkubinatspartner nicht auf Art. 930 Abs. 1 ZGB berufen können. Abstrakt formuliert bedeutet die *possession équivoque*, dass man den Besitz auf zwei Arten erklären kann<sup>54</sup>. Dies

<sup>43</sup> Vgl. BGE 136 III 142 ff., 145; vgl. BGE 105 II 104 ff., 107.

<sup>44</sup> Dieser Gedanke explizit bei GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Handbuch der Beweislast im Privatrecht I, Köln 1981, BGB 516 N 3: «Der Beweislastverteilung der herrschenden Lehre liegt materiellrechtlich der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der einen Vermögensgegenstand aus der Hand gibt, auch das Risiko hierfür trägt; er muss beweismässig sicherstellen, dass es sich nicht um eine Schenkung handelt», thematisiert bei WACKE (FN 10), 10 f.

<sup>45</sup> GSELL (FN 40), 280 ff.

<sup>46</sup> Bei Ausnahmen zu Normen ist eine andere Beweislastverteilung durchaus angezeigt, vgl. dazu BGE 132 III 186 ff., 197; vgl. BK-KUMMER (FN 4), ZGB 8 N 166 ff., insbesondere 174 f.

<sup>47</sup> Vgl. GSELL (FN 40), 274 ff., 282 f.; vgl. JENS KOCH, Münchener Kommentar zu § 518 BGB, 6. A., München 2012, BGB 518 N 19; vgl. SCHIEMANN (FN 13) 571; vgl. den anschaulichen Fall bei BGH, Urteil vom 14. November 2006 – X ZR 34/05 in NJW-RR 2007, 488 ff., 489 f.; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 22. September 2003 – 12 U 823/02 in NJOZ 2004, 378 ff., 380.

<sup>48</sup> Zu dieser Konzeption vgl. die Übersicht bei EMMENEGGER (FN 22), 224 f.; ablehnend MAISSEN (FN 4), N 47 ff.; vgl. ERNST ECKSTEIN,

Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur «Realschenkung», AcP 1911, 384 ff., 387, der von der Schenkung sagt, sie sei «*nie ein Realvertrag*».

<sup>49</sup> Dieser Gedanke zum deutschen Recht bei WACKE (FN 10), 24 f.

<sup>50</sup> CHK-EITEL/ARNET (FN 16), ZGB 930 N 3.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 76 II 344 ff., 345, m.w.H.; vgl. Urteile BGER 5A\_521/2008, E. 2 und 5P.391/2006, E. 6.

<sup>52</sup> Vgl. BSK-ERNST (FN 16), ZGB 930 N 7, m.w.H., BK-STARK (FN 22), ZGB 930 N 7 und CHK-EITEL/ARNET (FN 16), ZGB 930 N 2 f.; vgl. HANS HINDERLING, Der Besitz, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Sachenrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Basel 1977, 403 ff., 465; vgl. BGE 84 II 253 ff., 261, BGE 68 II 24 ff., 27 ff., BGE 50 II 238 ff., 241 f., BGE 41 II 21 ff., 31 ff.

<sup>53</sup> Vgl. die Hinweise in BGE 84 II 253 ff., 261; vgl. SJ 1977, 609 ff., 611 f.

<sup>54</sup> MAURICE PICARD, Les biens, in: Marcel Planiol/Georges Ripert (Hrsg.), Droit civil français, Tome III, 2. A., Paris 1952, N 157 (zum französischen Recht): «*La possession est équivoque lorsque les actes de jouissance peuvent s'expliquer de deux façons. Il en est souvent ainsi dans les hypothèses de propriétés indivises. Chacun des copropriétaires a le droit de faire des actes de possession sur la totalité de la chose, mais ces actes présentent un caractère ambigu (...)*».

lässt sich bei Schenkungen aufgrund der *Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs* auch gut begründen. Vielmehr ist die Vermutung nur dann angebracht, wenn irgendeine Person («*quivis ex populo*») die Herausgabe einer Sache verlangt<sup>55</sup>. Gerade deshalb sollte Art. 930 Abs. 1 ZGB *nicht* auf das Verhältnis zwischen Geber und Nehmer anwendbar sein<sup>56</sup>. Die klassische Situation, bei der jemand etwas herausverlangt, was die andere Person unter Hinweis auf das Vorliegen einer Schenkung verweigert, müsste die Rechtsprechung deshalb immer als *possession équivoque* ausserhalb der in Art. 930 Abs. 1 ZGB enthaltenen Vermutung erfassen<sup>57</sup>.

## b. Vertragsrecht

Dass die hier vertretene Beweislast des Beschenkten richtig ist, zeigen auch die gesetzlichen Vermutungen in Art. 320 Abs. 2 OR (Arbeitsrecht) und Art. 394 Abs. 3 OR (Auftragsrecht). Der Beauftragte und der Arbeitnehmer müssen nur die Umstände oder die Übung beweisen, die für die Entgeltlichkeit sprechen, worauf sich die Beweislast für die Unentgeltlichkeit auf den Empfänger der Leistung verschiebt<sup>58</sup>. Diese Vermutungen deuten generell darauf hin, dass unter normalen Umständen nichts unentgeltlich erfolgt. Sind die Umstände anders – beispielsweise in Familien oder im karitativen Bereich – lässt sich die Vermutung der Unentgeltlichkeit rechtfertigen<sup>59</sup>.

## V. Konklusion

Die Analyse hat die Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs klar hervortreten lassen. Diese Schwäche muss auch für das Beweisrecht Konsequenzen zeitigen. Hinzu kommen Überlegungen zur Kohärenz zum Bereicherungsrecht, zum Missbrauchspotential und zu den Formvorschriften. Die Hauptregeln lauten: *Erstens* gilt die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB bei Schenkungen nicht. *Zweitens* muss derjenige, der etwas gestützt auf einen vertraglichen Anspruch herausverlangt, diesen Anspruch beweisen, doch muss *drittens* die auf Herausgabe belangte Person ebenso die von ihr behauptete Schenkung beweisen. Scheitern beide Beweise, ist das Fehlen eines Grundes belegt, was die Türe zur Vindikation oder Kondiktion öffnet.

Die eingangs geschilderte, von VOGT und weiteren Autoren vertretene Nichtvermutung der Schenkung überzeugt nicht restlos. Es kann nicht genügen, dass der Kläger lediglich die nicht strittige Übergabe des Geldes oder einer Sache darlegt und deshalb der Beklagte das Vorliegen der Schenkung beweisen muss. Dies würde eine ähnlich unreflektierte Vermutung für das Darlehen oder die Leihe schaffen, die die volle Rückerstattung des Geschenkten und vielleicht sogar die Bezahlung von Zinsen vorsehen. Bei vertraglichen Ansprüchen muss deshalb der Kläger sehr wohl den Vertrag (Darlehen, Leihe, Miete, Hinterlegung, Gefälligkeit) beweisen, doch würde den Beklagten die Beweislast für die Schenkung treffen – unabhängig davon, ob er eine ursprüngliche oder nachträgliche Schenkung geltend macht. Scheitern beide Beweise, ist der Beweis für die Leistung ohne Grund offensichtlich erbracht. Dann könnte sich der Kläger immer noch auf die Herausgabe gestützt auf Kondiktion oder Vindikation stützen. Diese Lösung gewährt durch den Wegfall allfälliger Darlehens- oder Mietzinse und die Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung (Art. 64 OR) auch der scheinbar beschenkten Person einen adäquaten Schutz. Sie entspricht auch der materiellen Rechtslage, die bei einem Irrtum über den Vertragstyp die Anfechtung mit anschliessender Rückabwicklung zulässt (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR).

Bei rechtsgrundlosen Leistungen stehen Vindikation und Kondiktion offen. Bei der Kondiktion muss der Bereicherungsgläubiger das Fehlen der *causa* beweisen, während der Bereicherungsschuldner den Gegenbeweis der Schenkung oder der wissentlichen Zahlung einer Nichtschuld (Art. 63 Abs. 1 OR) führen muss. Bei der Vindikation wäre es am Herausgabebeklagten, die Schenkung zu beweisen, ohne sich auf die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB berufen zu können.

<sup>55</sup> WACKE (FN 10), 17 a.E.

<sup>56</sup> BK-STARK (FN 22), ZGB 930 N 6 ff, insb. 10, bestätigt dies teilweise.

<sup>57</sup> WACKE (FN 10), 17 f., mit Verweis auf Diokletian in Codex 4.19.16.

<sup>58</sup> *Im Arbeitsrecht*: vgl. Kantonsgericht Wallis, Urteil vom 29. August 2002, ZWR 2003, 158 ff., 162; vgl. Urteile BGer 4C.390/2005, E. 2.3 und 4D\_2/2008, E. 2.4; vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich 2012, OR 320 N 6; vgl. ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. A., Zürich 2006, OR 320 N 7, 11 ff.; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Bern 2010, OR 320 N 17 ff.; *im Auftragsrecht*: BSK-WEBER (FN 1), OR 394 N 35 und CR-WERRO (FN 5), OR 394 N 38 ff. (faktische Vermutung für die Entgeltlichkeit), und WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, OR 394 N 366, 382 f. (keine Vermutung mehr für Unentgeltlichkeit; Beweislast für die Übung liegt beim Beauftragten); vgl. ALFRED KOLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998, OR 363 N 78; vgl. zur identischen Situation in Deutschland WACKE (FN 10), 13 f.

<sup>59</sup> Vgl. Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 3. März 2004, ARV 2004, 170 ff., 171, E. 5.2a.