



# Schenkungsversprechen und Form

431

**ARNOLD RUSCH**

*Das Obligationenrecht sieht für das Schenkungsversprechen die Schriftform vor. Der Vollzug eines mündlichen Schenkungsversprechens bleibt dennoch möglich. Bedeutet dies, dass eine heilbare Formnichtigkeit besteht? Oder lässt sich das mündliche Schenkungsversprechen einfach nicht klageweise durchsetzen, wohl aber erfüllen? Die Antwort findet man, wenn man die klassische Frage stellt: Wen will das Gesetz schützen?*

*Le code des obligations requiert la forme écrite pour la promesse de donner. Cependant, l'exécution de la promesse de donner entachée d'un vice de forme reste possible. Quelle est l'interprétation correcte de cet ensemble ? La promesse orale, est-elle nulle pour vice de forme, mais avec la possibilité d'une guérison par la voie de l'exécution ? Ou est-elle bien valable, mais exclue de la poursuite en justice ? La réponse se trouve par la voie classique du « cui bono » : à qui sert l'art. 243 CO ?*

## Inhaltsübersicht

1. Fragestellung
2. Erklärungsversuche
3. Diskussion
4. Was bedeutet *Vollzug*?
5. Gibt es den *Vollzug post mortem donatoris*?
6. Fazit

## 1. Fragestellung

Die einzige Formvorschrift für die Schenkung von Fahrnis findet sich in Art. 243 Abs. 1 OR: «*Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form.*» Die gängige Erklärung der notwendigen Schriftlichkeit des Schenkungsversprechens liegt im Schutz vor Übereilung.<sup>1</sup> Passend dazu hält Art. 243 Abs. 3 OR fest: «*Ist das Schenkungsversprechen vollzogen, so wird das Verhältnis als Schenkung von Hand zu Hand beurteilt.*» Auch das lässt sich vordergründig plausibel erklären: Die Notwendigkeit des Übereilungsschutzes entfällt, weil sich der Schenker bei der Weggabe des geschenkten Guts der Schenkung bewusst wird. Dieses Verständnis geht indes nicht auf, wenn sich der juristische Laie schon aufgrund des mündlichen Schenkungsversprechens gebunden fühlt. Schreitet er zur *übereilten Erfüllung*, bleibt ihm die Rückforderung verwehrt: Der vermeintliche Übereilungsschutz kehrt sich in sein Gegenteil. Die nachfolgenden Gedanken richten deshalb den Fokus auf die verschiede-

nen Verständniskonzepte des Art. 243 Abs. 3 OR sowie auf deren Folgen.

## 2. Erklärungsversuche

Die *ratio* des Art. 243 Abs. 3 OR lässt sich mit *drei alternativen Ansätzen* erklären. Es könnte sich *erstens* um eine Heilung handeln, weil der Übereilungsschutz nicht mehr nötig ist. Wenn der Schenker das formnichtige Versprechen erfüllt, muss er sich der Entreicherung bewusst sein. Wer sich der Entreicherung bewusst ist, bedarf keines Übereilungsschutzes mehr.<sup>2</sup> *Zweitens* könnte man den Fokus aber auch im Sinne der Rechtssicherheit auf den Empfänger richten, der Schutz vor Rückforderung verdient. Es wäre ein Anwendungsfall des Vertrauensschutzes, bei dem man die geschenkte Sache trotz Formnichtigkeit behalten dürfte. *Drittens* könnte Art. 243 Abs. 3 OR einen ungelenk kodifizierten Fall einer Naturalobligation darstellen. Bei der Naturalobligation entfällt lediglich die Klagbarkeit des gültigen Versprechens, aber auch die Rückforderbarkeit eines dennoch erfüllten formlosen Schenkungsversprechens.<sup>3</sup> Es ist das Prinzip *nec actio, nec repetitio*.<sup>4</sup>

ARNOLD RUSCH, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Universität Fribourg.

<sup>1</sup> SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996, Freiburg 1996, N 299; OGer ZH, LB140060-O/U, E. 2; BGE 136 III 142 ff., 145; BGE 105 II 104 ff., 107.

<sup>2</sup> BGE 105 II 104 ff., 108.

<sup>3</sup> Zur Naturalobligation PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, 10. A., Zürich 2014, N 82 und BK-BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 3–17 OR, Bern 1986, OR 11 N 41 ff.

<sup>4</sup> BK-SCHMIDLIN (FN 3), OR 11 N 48.

### 3. Diskussion

Richtet sich der Blick auf die *Folgen* dieser drei Konzepte, zeigt sich die Überlegenheit des naturalobligatorischen Ansatzes. *Erstens* entfällt dabei die Problematik des Vollzugs des formlosen Schenkungsversprechens *post mortem donatoris*, den das Bundesgericht mit schwerwiegenden Folgen ablehnt.<sup>5</sup> Hat die beschenkte Person das Objekt erhalten, ist sie vor Rückforderungsklagen der Erben geschützt, denn bei der Naturalobligation gilt das Prinzip «*nec actio, nec repetitio*» (eingehend dazu hinten, Ziff. 5). *Zweitens* ergibt sich dadurch eine stimmige Lösung der Frage, ob die *Einleitung* der Erfüllung oder erst deren *Perfektion* die Rechtsfolge des Art. 243 Abs. 3 OR auslöst. Bei der Naturalobligation bewirkt logischerweise erst die erfolgreiche Erfüllung den Schutz vor Rückforderungsklagen des Schenkers. *Drittens* beantwortet der naturalobligatorische Ansatz die Frage richtig, ob die *Erfüllung in der Hauptsache* einen Anspruch auf den nicht erfüllten Rest verschafft. Die Antwort muss negativ ausfallen.

Das auf der Grundlage des Übereilungsschutzes basierende Verständnis des Art. 243 Abs. 3 OR versagt, wenn sich jemand aufgrund eines formlosen Versprechens gebunden fühlt und deshalb erfüllt.<sup>6</sup> Gerade diese Situation dürfte in vielen Fällen den Realitäten entsprechen. Aufgrund der Ähnlichkeit zur Kondiktion lohnt sich ein Blick auf die Kondiktionssperre in Art. 63 Abs. 1 OR. Wer etwas *im Wissen* um die fehlende Verpflichtung zuwendet, schenkt gleichsam. Dieses Wissen vermag die *Kondiktion*,<sup>7</sup> nicht aber die *Vindikation* auszuschliessen.<sup>8</sup> Wer *ohne das Wissen um die fehlende Verpflichtung* aufgrund eines formlosen Schenkungsversprechens leistet, dem stünde ohne Art. 243 Abs. 3 OR die Kondiktion oder die Vindikation offen. Beide Klagen vermag Art. 243 Abs. 3 OR auszuschliessen.<sup>9</sup> Damit schafft diese Regelung insbesondere *Rechtssicherheit*, denn das relevante Wissen des Schenkers lässt sich nur schlecht beweisen. Dass der Empfänger aufgrund des mündlichen Schenkungsversprechens mitsamt Erfüllung eindeutig Schutz

vor Rückforderung verdient und die Regelung in Art. 243 Abs. 3 OR den Übereilungsschutz gerade in sein Gegen teil verkehrt, rechtfertigt dessen Hintanstellung.

Die wahren Gründe liegen somit vielmehr bei der Rechtssicherheit, dem Schutz der beschenkten Person und dem Verbot des *venire contra factum proprium*.<sup>10</sup> Ohne Art. 243 Abs. 3 OR könnte der Schenker die aufgrund des formnichtigen Versprechens erfolgte Leistung kondizieren oder vindizieren. Dieser Gedankengang spielte offenbar bei der Entstehung des Gesetzes in Deutschland eine Rolle, obwohl dort das Abstraktionsprinzip herrscht und die Rückabwicklung formnichtiger Schenkungen folglich immer mittels Kondiktion erfolgen würde: § 518 Abs. 2 BGB will die Kondiktion auch dann verhindern, wenn jemand *ohne Wissen um die Formnichtigkeit* des Schenkungsversprechens leistet und § 814 BGB die Kondiktion eigentlich erlauben würde. So schafft § 518 Abs. 2 BGB klare Verhältnisse.<sup>11</sup> Diese Gedanken passen deshalb *erst recht* zum Schweizer Recht, das rechtsgrundlose Leistungen wegen des Kausalitätsprinzips häufig mit der Vindikation korrigiert, die keinen dem Irrtumserfordernis des Art. 63 Abs. 1 OR entsprechenden Rückforderungsausschluss kennt. Ein den Art. 63 Abs. 1 OR ergänzender Ausschluss der Rückforderung für Fälle, in denen sich der Zuwendende nicht geirrt hat oder in denen die Rückforderung mittels Vindikation erfolgt, ist deshalb besonders sinnvoll.<sup>12</sup> Darin lässt sich eine überzeugende Legitimation des Art. 243 Abs. 3 OR finden: Diese Regelung will beim erfüllten, aber formnichtigen Schenkungsversprechen nicht nur die Vindikation verhindern, sondern auch die Kondiktion, soweit diese nicht schon aufgrund des Art. 63 Abs. 1 OR ausgeschlossen ist. Dieses Verständnis nähert den Schweizer Artikel dem Konzept der Naturalobligation und insbesondere dem österreichischen § 1432 ABGB an, der bei Leistungen aufgrund formnichtiger Verträge und bei Leistungen im Wissen um die Nichtschuld die Rückforderung im gleichen Satz ausschliesst.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> BGE 105 II 104 ff., 108 f.

<sup>6</sup> MK-JENS KOCH, Kommentar zu § 518 BGB, 7. A., München 2016, BGB 518 N 10; PETRA POHLMANN, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, Diss. Münster 1992, Berlin 1992, 53.

<sup>7</sup> ANDREAS VON TUHR, Bemerkungen zur Schenkungslehre des eidg. Obligationenrechts, SJZ 1921/1922, 201 ff., 205.

<sup>8</sup> FRANK FURER, Heilung des Formmangels im Vertrag, Diss. Zürich 1992, Zürich 1992, 113 f.

<sup>9</sup> VON TUHR (FN 7), SJZ 1921/1922, 205, geht von einer Fiktion der Schenkungseinigung aus.

<sup>10</sup> HELMUT HEISS, Formmängel und ihre Sanktionen, Habil. Innsbruck 1998, Tübingen 1999, 283 f., insb. 290 ff.; POHLMANN (FN 6), 82 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 3), N 562, betonen den erhöhten Bestandesschutz.

<sup>11</sup> Vgl. die Hinweise bei POHLMANN (FN 6), 82 f.

<sup>12</sup> Dieser Gedanke für Österreich bei HEISS (FN 10), 254.

<sup>13</sup> Vgl. § 1432 ABGB: «*Doch können Zahlungen einer verjährten, oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz blass das Klagerecht versagt, eben so wenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weißt, dass er sie nicht schuldig ist.»; GOTZ SCHULZE, Die Naturalobligation, Habil. Heidelberg 2007, Tübingen 2008, 203, zieht den Konnex zur Naturalobligation beim formlosen Schenkungsversprechen nur für Österreich, nicht aber für Deutschland – in Deutschland zählt die*

BUCHER hat das in Art. 243 Abs. 3 OR so verstandene Prinzip treffend zusammengefasst: «(...) dass die Schenkung grundsätzlich der allgemeinen Regel der Formfreiheit unterliegt, mit der einzigen Einschränkung, dass eine Klage auf Ausrichtung einer zugesagten, aber noch nicht ausgeführten Schenkung nur gestützt auf eine schriftliche Urkunde möglich ist.»<sup>14</sup> Art. 243 Abs. 3 OR sieht folglich neben der Handschenkung einen eigenen Schenkungstypus dar, der nicht einfach in der Heilung eines formnichtigen Versprechens besteht.<sup>15</sup>

#### 4. Was bedeutet Vollzug?

MAISSEN sieht in der freiwilligen Erfüllung die Heilung des Formmangels und verweist auf das Bundesgericht, das die Heilung schon aufgrund der freiwilligen, teilweisen *Erfüllung zur Hauptsache* bejaht.<sup>16</sup> Dieses Konzept blendet die vom Bundesgericht zusätzlich verlangte Irrtumsfreiheit der Erfüllung aus. Ohne diese versagt das Konzept gerade in den Fällen, in denen sich jemand schon aufgrund des formlosen Versprechens rechtlich gebunden fühlt.<sup>17</sup> Der Übereilungsschutz mutiert vollends zur Übereilungsstrafe, wenn die Erfüllung zur Hauptsache einen Anspruch auf den Rest begründet.<sup>18</sup> Diese übertriebene Relativierung der Formvorschriften verdient aber auch deshalb Ablehnung, weil sie auf dem Rechtsmissbrauchsverbot basiert, das gerade keinen Erfüllungsan-

spruch verschafft.<sup>19</sup> Die Konzepte der Rechtssicherheit und der Naturalobligation bieten bessere Lösungen. Die Rechtssicherheit gebietet nicht, dass ein Anspruch auf den nicht erfüllten Rest entsteht. Sie gebietet lediglich einen Ausschluss der Rückforderung nach dem System *nec actio, nec repetitio*. Nur *sofern und soweit* die Erfüllung *tatsächlich* eintritt, rechtfertigen diese Gründe eine «Heilung» des formungültigen Versprechens und eine Gleichbehandlung mit der Handschenkung. Es gibt keine Handschenkung, bei der man noch etwas schuldig bleibt. Wer noch nichts erhalten hat, bei dem lässt sich auch noch nichts zurückfordern, unabhängig davon, ob dies mittels Vindikation oder Kondiktion erfolgen muss.<sup>20</sup> Dies beantwortet gleich auch die zweite Frage, ob denn die *Einleitung der Erfüllung* schon Wirkung zeitigt oder erst die beim Empfänger *tatsächlich angekommene Leistung*. Wenn es um einen Rückforderungsausschluss und um Rechtssicherheit aus der Sicht des Empfängers geht, kann eine noch nicht angekommene Leistung keinerlei Wirkung zeitigen.<sup>21</sup>

#### 5. Gibt es den Vollzug *post mortem donatoris*?

Das Bundesgericht verneint die Möglichkeit einer «Heilung» des formlosen Schenkungsversprechens *post mortem donatoris*, also nach dem Tod des Schenkers. Diese Konstellation zeigte sich im legendären Bonifatius-Fall<sup>22</sup> und im Sachverhalt eines Bundesgerichtsentscheids aus dem Jahre 1979<sup>23</sup>: Die schenkende Person verstirbt, bevor der Empfänger die Willenserklärung mitsamt dem geschenkten Gut erhält und annimmt. Das Bundesgericht richtet den Fokus dabei auf die in Art. 243 Abs. 3 OR vorgesehene Gleichstellung mit der Handschenkung, bei der Abschluss und Vollzug des Vertrags zusammenfallen. Die Bestätigung des Schenkungswillens bei der Übergabe sei nach dem Tod des Schenkers nicht mehr möglich.<sup>24</sup> Diese auf dem Übereilungsschutz basierende Interpretation des Art. 243 Abs. 3 OR ist, wie vorne gezeigt, nicht sinnvoll. Erstens braucht es die Erfüllung des formlosen Schenkungsversprechens bei diesem Verständnis gar nicht mehr.

Heilung formnichtiger Verträge offenbar zur Gruppe «*Nicht (mehr) diskutierte Fälle für die Anerkennung einer Naturalobligation*» (SCHULZE, 201); vgl. auch BK-SCHMIDLIN (FN 3), OR 11 N 41 f. und WERNER LORENZ, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 1957, 381 ff., 392 f.

<sup>14</sup> EUGEN BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht – Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? ZSR 1983, 251 ff., 278; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 151; vgl. auch ERNST ECKSTEIN, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur «Realschenkung», AcP 1911, 384 ff., 399.

<sup>15</sup> Vgl. HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184–418, 2. A., Zürich 1936, OR 239 N 34.

<sup>16</sup> MAISSEN (FN 1), N 340, unter Hinweis auf BGE 104 II 99 ff., 105 und BGE 112 II 107 ff., 111.

<sup>17</sup> MK-KOCH (FN 6), BGB 518 N 10; vgl. POHLMANN (FN 6), 53.

<sup>18</sup> Das Bundesgericht hat bei den Schwarzzahlungsfällen eine Tendenz zur Gewährung des Anspruchs auf den Rest, vgl. Urteile BGer 4C.175/2003, E. 3.2 und 4C.299/1998 in recht 2001, 68 ff. (Anspruch aus Vertrauenschaftung); den Erfüllungsanspruch ablehnend Urteile BGer 5C.275/2002, E. 2.3 und 4C.21/2007, E. 5.3; vgl. CHK-AHMET KUT, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (zit. CHK-KUT), OR 11 N 20 und INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A., Bern 2012, N 31.34.

<sup>19</sup> In diesem Sinne auch FURRER (FN 8), 110 f. und CHK-KUT (FN 18), OR 11 N 20, m.w.H.

<sup>20</sup> Diese Argumente bei MK-KOCH (FN 6), BGB 518 N 10.

<sup>21</sup> Richtig MK-KOCH (FN 6), BGB 518 N 10 und POHLMANN (FN 6), 106; a.M. MAISSEN (FN 1), N 340.

<sup>22</sup> RG, Urteil vom 28.10.1913 – VII 271/13, RGZ 83, 223 ff.

<sup>23</sup> BGE 105 II 104 ff.

<sup>24</sup> BGE 105 II 104 ff., 108 f.

Die Erfüllung wäre dann einfach eine *neue Handschenkung*, bei der man sich den Bezug zum formlosen Schenkungsversprechen sparen könnte. Der Vollzug des Schenkungsversprechens im Sinne des Art. 243 Abs. 3 OR muss aber im Vergleich zur Handschenkung ein *minus* sein.<sup>25</sup> Zweitens verdient nicht der Schenker, sondern der Empfänger Schutz: Die Konzepte der Rechtssicherheit und der Naturalobligation verhelfen in dieser Konstellation zu guten Resultaten und würden den Empfänger im Paradefall des BGE 105 II 104 ff. schützen. Der Empfänger kann die angekommene Schenkung behalten, weil sein Vertrauen in die Beständigkeit des Empfangs Schutz verdient – schliesslich hat der Schenker dies so angeordnet. Der Vollzug der Schenkung tritt nach dem Tod des Schenkers *durch die Erben des Schenkers* ein, die den Vollzug nicht verhindert haben oder nicht verhindern konnten – indem sie beispielsweise den vom Erblasser geschickten Überbringer zurückrufen oder eine noch nicht vollzogene Überweisung widerrufen. Insofern ist es keineswegs so, dass mit dem Tod des Schenkers plötzlich kein Wille mehr vorhanden wäre. Die Willenserklärung des Erblassers bleibt erhalten.<sup>26</sup> Wenn der Schenker den Vollzug angeordnet hat, könnte er diesen noch bis zur Kenntnisnahme durch den Empfänger (Art. 9 Abs. 1, 244 OR) oder bei Verträgen zugunsten Dritter bis zur Annahmeerklärung des Dritten stoppen (Art. 112 Abs. 3 OR). Aufgrund der Universalsukzession (Art. 560 Abs. 1 ZGB) treten dessen Erben exakt in diese Situation ein.<sup>27</sup> Sie müssen sich anrechnen lassen, was der mittlerweile verstorbene Schenker in die Wege geleitet hat. Erfahren sie früh genug davon, können sie den Vollzug der Schenkung noch verhindern. Einzuräumen ist, dass das Bundesgericht auch diese Lösung torpediert, indem es das Widerrufsrecht als *nicht vererblich* bezeichnet.<sup>28</sup> Gegen die bundesgerichtliche Sichtweise spricht aber auch deren Missbrauchsgefahrlichkeit. Sie lässt sich durch Einschaltung eines Dritten

problemlos umgehen, der die Schenkung als vollmachtloser Stellvertreter des Beschenkten sofort annimmt. Der Beschenkte braucht dann nur noch die Annahmeerklärung des vollmachtlosen Stellvertreters gemäss Art. 38 OR mit Rückwirkung zu genehmigen – eine Lösung, die das Bundesgericht *nota bene* selber vorschlägt.<sup>29</sup> Bei entsprechender Instruktion des Dritten und des Beschenkten lässt sich der Sachverhalt durch entsprechende Behauptungen problemlos zurechtabiegen.

## 6. Fazit

Ein bloss mündliches Schenkungsversprechen ist, in Abweichung zur h.L. und zur ständigen Rechtsprechung, gültig und deshalb erfüllbar. Da keine Formnichtigkeit vorliegt, bedarf es auch keiner Heilung. Das Schenkungsversprechen bedarf lediglich dann der Schriftlichkeit, wenn man einen *klagbaren Anspruch* möchte. Dies erklärt die *ratio legis* des Art. 243 Abs. 3 OR besser als die gängigen Ansätze, die sich allesamt widerlegen lassen. Es geht dabei nicht um den Schutz vor Übereilung, der durch Erfüllung wegfällt, sondern um den Schutz des Empfängers vor Rückforderung und damit um Rechtssicherheit.

<sup>25</sup> Dieser Gedanke bei MICHAEL MARTINEK/STEFAN RÖHRBORN, Der legendäre Bonifatiusfall – Nachlese einer reichsgerichtlichen Fehlentscheidung, JuS 1994, 564 ff., 567.

<sup>26</sup> Vgl. BK-SCHMIDLIN (FN 3), OR 3 N 35, m.w.H.; BK-PETER TUOR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, 1. Abteilung, Art. 457–536 ZGB, 2. A., Bern 1952, Einleitung N 11; MAISSEN (FN 1), N 548, Fn. 856; vgl. ALFRED KOLLER, Anfang und Ende der Schenkung, in: Heinrich Honsell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin (Hrsg.), Liber Amicorum Nedim Peter Vogt, Privatrecht als kulturelles Erbe, Basel 2012, 199 ff., 205.

<sup>27</sup> Vgl. MARTINEK/RÖHRBORN (FN 25), JuS 1994, 564 f.

<sup>28</sup> ZBGR 1996, 338 ff., 340 f.; ebenso SJ 1939, 339 ff., 343; auch nach BSK-NEDIM VOGL/ANNAIG VOGL, in: Heinrich Honsell/Nedim Vogl/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK-Verfasser), OR 244 N 1, geht das Widerrufsrecht mit dem Tod unter.

<sup>29</sup> BGE 69 II 305 ff., 309; vgl. MK-HANS-JOACHIM MUSIELAK, Münchener Kommentar zu § 2301 BGB, 6. A., München 2013, BGB 2301 N 35; zur Rückwirkung der Genehmigung BSK-WATTER (FN 28), OR 38 N 8 und Urteil BGer 4A\_107/2010, E. 2.3 i.f.