

# Religion und Recht (9): Den fröhlichen Schenker liebt der Herr

1364



ARNOLD F. RUSCH\*

*Der Korintherbrief und das Matthäusevangelium geben eine Anleitung, wie man richtig schenkt. Beide Bibelstellen befassen sich überdies mit zwei aktuellen obligationenrechtlichen Fragen.*

Die Bibel sagt an mehreren Stellen, wie man schenken soll: Nicht zu kleinlich und mit fröhlichem Geist, ja nicht aus Zwang: «Denkt daran: Wer kärglich sät, wird auch kärglich ernten; wer mit Segen sät, wird mit Segen ernten. Jeder gebe, wie er es sich in seinem Herzen vorgenommen hat, nicht verdrossen und nicht unter Zwang; denn Gott liebt einen fröhlichen Geber» (2. Korinther 9.6–7). Die Gabe soll man nicht an die grosse Glocke hängen: «Wenn du Almosen gibst, posaune es nicht vor dir her, wie es die Heuchler in den Synagogen und auf den Gassen tun, um von den Leuten gelobt zu werden! Amen, ich sage euch: Sie haben ihren Lohn bereits erhalten. Wenn du Almosen gibst, soll deine linke Hand nicht wissen, was deine rechte tut, damit dein Almosen im Verborgenen bleibt; und dein Vater, der auch das Verborgene sieht, wird es dir vergelten» (Matthäus 6.2–4).

\* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

Tatsächlich bilden diese beiden Bibelstellen zwei wichtige obligationenrechtliche Fragestellungen ab, die bis heute viele Juristen beschäftigen. Das *Matthäusevangelium* hält fest, dass der Herr den Lohn für die Schenkung gibt: Man gibt für den «*Gotteslohn*». Der *Paulusbrief* deutet an, dass zum richtigen Schenken auch die richtige Gesinnung gehört. Das ist wohl der *animus donandi*. Will der *animus donandi* lediglich festhalten, dass über die Unentgeltlichkeit ein Konsens besteht? Oder braucht es zusätzlich ein Element der *Freigebigkeit, Grossherzigkeit oder eben Fröhlichkeit*?

Beide Konzepte weisen Schwächen auf. Das erste Konzept ist eine Selbstverständlichkeit: Ohne Konsens über die Unentgeltlichkeit kann es keine Schenkung geben. Beim zweiten Konzept bilden Altruismus oder Freigebigkeit schwer feststellbare innere Willenselemente, die sich im Alltag als unpraktikabel erweisen. Es sind drei Gründe, die gegen das zweite Konzept sprechen. Die innere Gesinnung stellt *erstens* lediglich das rechtlich unbedeutende Motiv des Vertragsschlusses dar.<sup>1</sup> Dennoch dient das Konsenserfordernis über die Unentgeltlichkeit als Abgrenzungskriterium zu Fällen der ungerechtfertigten Bereicherung, wie zum Beispiel der Zweckverfehlungskondiktion (Art. 62 Abs. 2 OR), bei der lediglich eine gemeinsame Geschäftsgrundlage im Sinne einer nichtrechtlichen Einigung besteht.<sup>2</sup> Das Bundesgericht versteht *zweitens* den *animus donandi* stets als subjektive Seite des Konsenses.<sup>3</sup> Für das Ausreichen der Einigung über die

Unentgeltlichkeit ohne zusätzliches Freigebigkeitselement spricht *drittens* die schwierige Beweisbarkeit der Gesinnung als innere Tatsache.<sup>4</sup>

In diversen Konstellationen dürfte die Unentgeltlichkeit auch ökonomisch in Frage stehen. Wenn ich als Herstellerin von Kartoffelchips die Kartoffelabfälle einem Rindermäster überlasse, um die teure Entsorgung zu sparen, habe ich dann geschenkt oder einen – vollentgeltlichen – *Recyclingvertrag* geschlossen? Der Rindermäster zahlt nichts, es fliesst kein Geld. Dennoch sind nach der Übergabe der «Kartoffelpüpe» interessanterweise beide Parteien reicher: Der Rindermäster spart teures eigenes Futter, die Chipsherstellerin die Entsorgungskosten. Die rechtliche Konsequenz daraus liegt beispielsweise in der fraglichen Anwendbarkeit der schenkungsrechtlichen Haftungsmilderung (Art. 248 OR), wenn die Rinder von der Kartoffelpüpe einen Schaden davontragen. Der deutsche BGH hat eine Schenkung bejaht, doch hat der klagende Rindermäster die Entgeltlichkeit des Vertrags erst vor dem BGH und etwas widersprüchlich vorgebracht.<sup>5</sup> Ich bin

2009, 21.12.2009, E. 2.2-2.4; 5C.212/2000, 2.4.2001, E. 4b.

<sup>4</sup> Vgl. zur Beweisbarkeit als Folgeerwägung TIZIANA CHIUSI, Staudinger BGB, § 516–534 BGB, Berlin 2021, § 516 N 28, m.w.H., und MICHAEL FISCHER, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Habil. Erlangen-Nürnberg 2001, 82.

<sup>5</sup> BGH, IV a ZR 104/83, 20.11.1984, E. 1: «Dagegen will die Revision darauf hinaus, in Wahrheit liege ein entgeltliches Geschäft vor: Es handele sich um ein lästiges Abfallprodukt, dessen Beseitigung Kosten verursachen könne. Aus der Sicht der Bekl. und nach ihrer Interessenlage stelle sich die Abnahme als solche als Gegenleistung dar. Eine Handschenkung könne nicht angenommen werden, weil die Parteien sich gegenseitig einen Dienst erwiesen hätten. Auf diesen Gesichtspunkt ist das BerGer nicht eingegangen. Das ist aber unschädlich. Denn für ein entgeltliches Geschäft über die Kartoffelpüpe war vor dem Tatrichter nichts vorgetragen. Vielmehr hat der Kl. die

<sup>1</sup> SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996, N 154; HANS OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 184–529 OR, 2. A., Zürich 1936, Art. 239 OR N 19; vgl. BGE 42 II 500 E. 1.

<sup>2</sup> MAISSEN (FN 1), N 113.

<sup>3</sup> BGE 145 III 1 E. 3; 126 III 171 E. 3a; BGer, 2C\_32/2020, 8.6.2020, E. 3.3; 5A\_662/



«Almosen gebt und helft den Armen/So wird Goth Euer sich erbarmen.» (Almosentafel im Basler Münster. Foto Oporinus, CC 4.0)

der festen Meinung, dass der Rindermäster durchaus zahlt, und zwar mit der Annahme und der Entsorgung der Kartoffelpülse. Die Annahme der Pülpe stellt nicht wie gewöhnlich eine Obliegenheit, sondern wie beim Räumungsausverkauf eine ganz primäre Vertragspflicht dar. Hier fehlt also bereits der Konsens über die Unentgeltlichkeit.

Der karitative Aktivismus vieler Unternehmungen baut sodann eine Brücke zum Matthäusevangelium. Beim Sponsoring ist klar, dass der Empfänger sich mit den Produkten des Gebers zeigen und so den Repu-

tationstransfer bewirken muss. Gegenleistung und Austauschverhältnis sind evident und vom Konsens gedeckt.<sup>6</sup> Bei anderen Gaben steht dies eher in Frage. Sozio-Sponsoring steht für eine subtilere Form der Werbung, bei der die Unternehmungen karitative Institutionen oder ideelle Anliegen finanziell unterstützen, um sich darüber ins Gespräch bringen zu können.<sup>7</sup> Sie geben nicht, um zu unterstützen, sondern damit sie sagen können, sie hätten unterstützt. Die Geber bewirken den Re-

putationstransfer selber. Die Nehmer dürfen durchaus von der Unentgeltlichkeit ausgehen, auch wenn die Geber die Unterstützung wie die Heuchler vor sich her posaunen, «um von den Leuten gelobt zu werden». Haben diese Geber «ihren Lohn bereits erhalten», wie Matthäus festhält? Stellt die selber erzielte Aufmerksamkeit eine Gegenleistung dar? Oft fehlt beim Empfänger die Internalisierung des vom Geber selbst bewirkten Reputationsgewinns als Geschäftsgrundlage, weshalb die subjektive Entgeltlichkeit wegfällt – Motive und einseitige Wünsche gehören nicht zum Konsens oder zur Geschäftsgrundlage. Es ist also obligationenrechtlich immer noch eine Schenkung. Vor dem Herrn ist es ein entgeltliches Geschäft. Das macht aber nichts: Beim allwissenden Herrn gibt's keine Beweisprobleme!

<sup>6</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 386, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020.

<sup>7</sup> FISCHER (FN 4), 63 f.; GOTTFRIED E. BREUNINGER/ULRICH PRINZ, Neues zum Sozio-Sponsoring aus steuerlicher Sicht, DStR 1994, 1401 ff., 1407.