

Theorie und Praxis
des
heutigen gemeinen preussischen
Privatrechts

auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts.

Von

Franz Förster,
Dr. d. R. Appellationsgerichtsrath zu Greifswald.

II. B a n d.

B e r l i n.
Druck und Verlag von Georg Reimer.
1866.

Theorie und Praxis
des
heutigen gemeinen preussischen
Privatrechts

auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts.

Von

Franz Förster,

Dr. d. R. Appellationsgerichtsrath zu Greifswald.

II. B a n d.

B e r l i n.

Druck und Verlag von Georg Reimer.

1866.

Inhaltsverzeichnis des II. Bandes.

Zweites Buch. Die besonderen Privatrechte.

Erster Theil. Die persönlichen Rechte, oder die Lehre von den Schuldverhältnissen.

Zweites Hauptstück. Die einzelnen Schuldverhältnisse.

	Seite
§. 121. Die systematische Ordnung	3
Insbesondere Klassifizirung der Verträge. 4.	
Erster Titel. Schuldverhältnisse aus Handlungen.	
Erster Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.	
Erstes Kapitel. Verträge, deren Leistung ein Geben ist.	

Erste Gruppe. Erwerbsverträge.

§. 122. Die Schenkung	
I. Stellung im S. stem. 6. Definition des A. L. D. . . II. Der Begrif. 8. III. Innere Voraussetzungen: Schenkungsabsicht. 10. Vermuthete Absicht. 11. Annahme. 12. IV. Gegenstand. 14. Ganzes Vermögen oder aliquoter Theil. 15. Erbschaft. 17. V. Sch. an Mehrere. 17. VI. A. Die Form. 18. B. Widerruf. 22. — 1. Ohne besonderen Grund. 24. — 2. Besondere Gründe: a. Uebermaß. 25. b. Grober Unbant. 26. c. Nachgeborene Kinder. 27. d. Klage und Einrede des Widerrufs. 28. Vererblichkeit. 29. Stillschweigender Widerruf. 29. VII. Verarmung des Schenkenden. 30. VIII. Klage auf Erfüllung. 31. IX. Besondere Arten: a. Gemischte Schenkung. 32. b. Belohnende Schenkung. 32. c. Belastete Schenkung. 35. d. Wechselseitige Schenkung. 36. e. Sch. auf den Todesfall. 37. Willkürliche Widerruflichkeit. 39. Verwandtschaft mit dem Legat. 41. X. Schenkungen an Kirchen u. s. w. 42.	
§. 123. Der Tausch.	43
Ansichten der Römer. 43. Heute Konsensualvertrag. 44. Exhitions- pflicht. 44. Gelbwechsel. 46.	

	Seite
Der Kauf und Verkauf	46
§. 124. I. Der Begriff und die Abschließung	47
A. Begriff. Gegenseitigkeit und Verschiedenheit der Leistungen. 47. Definition. 48. B. Käufer und Verkäufer. Unbestimmter Käufer. 48. Vertragsfähigkeit. 50. Erwerbsverbote. 51. C. Gegenstand 52. Im freien Verkehr. 52. Bestimmtheit, eigene und fremde Sache. 53. Wirkliche. 55. Theilweise Nichtexistenz. 56. D. Der Preis. 57. Entsprechender (justum). 57., wahrer, bestimmter. 58. Nebenleistungen. 60. E. Willenseinigung. 60. Bedingungen. 61. Kauf auf Probe. 62. Zweifelhaft, ob er ein bedingter Kauf. Auffassung des röm. R. 63. Neuere Ansichten: Goldschmidt, Fitting, Unger. 64. Kritik derselben. 65. Einseitig bindende Offerte, nicht bedingter Kauf. 67. Nach preuß. R. 68. F. Die Form (Subhastation, Auktion). 70.	
§. 125. II. Die Wirkungen	71
A. Verbindlichkeiten des Verkäufers. Uebergabe. 71. Nebensachen, Zubehör. 72. Unter Abwesenden. 73. Freier Besitz. 73. Vertretung des Verk. 74. Verzinsung des vor der Uebergabe empfangenen Preises: Keiner darf wider den Willen des Andern Sache und Kaufgeld zugleich nutzen. 74. Gewährleistung, Eviction. 75. Gewährleistung bei Viehhandel. 76. B. Verbindlichkeit des Käufers. Uebernahme. 77. Verzug dabei. 77. Zahlung des Preises. 78. Kreditirung. 79. Vorzug und Versehen bei Abschluß des Geschäfts. 80. C. Uebergang des Eigenthums. 80. Bei Abwesenheit. 81. Uebergang der Gefahr, 81., der Nutzungen. 83.	
§. 126. III. Nebenverträge	84
1. Vorbehalt der Verwirkung (lex commissoria). 84. Ob als Bedingung des Kaufs aufzufassen? 85. 2. Vorbehalt des Eigenthums. 87. Ob er den Kauf bedingt? 87. Als Hypothek an der Sache. 89. 3. Vorbehalt eines besseren Käufers (in diem addictio). 89. 4. Neuvertrag. 91. 5. Wiederkauf. 92. Wiederkäufliche Zinsen. 94. 6. Vorkauf. 95.	
§. 127. IV. Aufhebung und Anfechtung	95
A. Aufhebungsgründe: 1. Beiderseitige Einwilligung. 95. 2. Einseitig ausgebliebene Erfüllung. 96. B. Anfechtungsgründe. Besonders Verletzung über die Hälfte. 97.	
§. 128. V. Besonderheiten des Sachenkaufs	104
A. Der Antheilskauf (Quotenkauf). 104. B. Der Wahlkauf. 106. C. Der Gattungs- und Mengekauf (emptio ad mensuram). 107. Die Ausschcheidung. 108. D. Der Kauf in Pausch und Bogen (emptio ad corpus). 110. E. Der Lieferungsvertrag. 113. Verschiedene Ansichten über ihn. 113. Begriff. 116. Besonderheiten. 117. Handel mit Staats-, Kredit- und Inhaberpapieren. 118. F. Gewagte Geschäfte. 118. Hoffnungskauf. 119. Von beiden Seiten gewagte Geschäfte. 122. Lotterievertrag. 122. Ausloosung. Verkauf künftiger Sachen. 124.	
§. 129. VI. Besonderheiten des Kaufs von Rechten	125
A. Cession. 125. B. Erbschaftskauf. C. Verlagsrecht. D. Rechte auf künftige Leistungen. 1. Fortbauernde Prästationen. 126. 2. Auszug und Altentheil. 127. 3. Leibrentenvertrag. 127. Vitalizienvertrag. 131.	
§. 130. VII. Die Versteigerung und der gerichtliche Verkauf	132

	Seite
Gebot und Annahme bei der Versteigerung. 133. Privatversteigerungen. 135. Gerichtlicher Verkauf. 1. Nothwendige Subhastation. 136. Wer ist Verkäufer? 138. Freiwilliger gerichtlicher Verkauf. 138. Abhalten vom Mehrbieten. 139.	
§. 131. VIII. Der Zwangsverkauf	140
Verpflichtung zum Vertrag durch Gesetz, Vertrag, 140., letztwillige Verordnung. 141. Expropriationsrecht. 141. Prinzip. 142. Nothwendigkeit. 143. Charakter als Kauf. 144. Die Kontrahenten, der Gegenstand. 145.	
§. 132. Der Trödelvertrag	147
Auffassung im röm. R. 148. Heute Konsensualvertrag. 149. Wesentliche Momente. 149. Uebergang des Eigenthums auf den Empfänger. 149. Rechte und Pflichten des Trödlers. 151. Dritten gegenüber. 151.	
§. 133. Das Spiel und die Wette	151
I. Das Spiel. Heute nicht nach röm. R. zu beurtheilen. 151. Unersaubtes Spiel. 152. Klaglosigkeit. 153. II. Wette. Unterschied vom Spiel 153.	
§. 134. Der Verlagsvertrag	155
Er ist Veräußerung des Verlagsrechts. 156. Begriff des Verlagsrechts. 157. Lehre vom geistigen Eigenthum. 157. Urheberrecht. 158. Der Grund desselben. 159. Verbers abweichende Ansicht. 160. Subjekt des Verlagsrechts. 161. Der Urheber, der Besteller. 161. Der Herausgeber, Bearbeiter, Miturheber. 162. Objekt des Verlagsrechts. 163. Rechte und Verbindlichkeiten des Urhebers, 165., des Verlegers. 166. Form, Klagerecht. 167. Einseitiger Rücktritt. Vererblichkeit. 168.	

Zweite Gruppe. Die Gebrauchsverträge.

§. 135. Der Leihvertrag	169
Gebrauchen und nutzen. 169. Begriff der Leihe. 170. Konsensualvertrag. 170. Verbindlichkeiten. 171. Vertretungspflicht des Leihers. 172. Zufall. 172. Rückgabe. 173. Verbindlichkeiten des Verleihers. 173. Prefarium. 174.	
§. 136. Die Sachenmiete und Pacht	174
I. Begriff und Abschließung. 174. Verhältniß zum Kauf. 175. Eingeschränktes Nutzungsrecht. 175. Dinglichkeit, unvollständiger Besitz. 176. Persönliches Recht zur Sache. 177. Possessorische Rechtsmittel. 178. — Willenseinigung. 178. Form. 179. Gegenstand. 180. Preis. 181. II. Wirkungen. 1. Verbindlichkeiten des Vermiethers und Verpächters. Vorleistung. 181. Ueberlieferung, Erhaltung der Sache, Gewährleistung für Fehler. 182. Ersatz von Schaden und Interesse. 183. Lasten und Abgaben. 184. Erben und Singularsuccessor des Vermiethers. 185. Kauf bricht Miethe. 185. Note 73. 2. Verbindlichkeiten des Miethers und Pächters. Zusentrichtung als Nachleistung. 188. Lasten und Abgaben. Vertretung der Reichädigungen. 189. Rückgabe. 190. Pfstermiete. 190. III. Beendigung. Nothwendigkeit derselben, gegenüber der Erbpacht. 192. Ablauf der Zeit. 193. Erreichter Zweck. 193. Kündigung. 193. Fälle, wo diese nothwendig: mündlich auf ein Jahr. 194. Unbestimmte Dauer. 195. Kündigung und Rücktritt ohne	

Rüchigung innerhalb der Vertragszeit: nothwendiger gerichtlicher Verkauf. 195. Nothwendiger Hauptbau. 196. Tod des Pächters und Miethers. 197. Stellung der Wittwe. 197. Nicht freiwillig herbeigeführte Veränderung. 198. Untüchtigkeit der Sache. 198. Mißbrauch. Zeitweise Berechtigung. 199. Verweigerte Erfüllung des einen Theils. 200. Zweijähriger Zinsrückstand. Freiwillige Veräußerung. Konkurs. 200. Zinszahlung bei Aufhebung innerhalb der Zeit. 201. IV. Verlängerung (relocatio). 201. Stillschweigende Verlängerung. 201. V. Rechtsmittel. Persönliche und dingliche Klagerrechte. 203. Natur der Entsetzungsklage. 204. Einreden. 205. Besondere Sicherungsmittel: Kauktion, gesetzliches Pfandrecht. 206. Natur dieses Pfandrechts. 207. Pfandrecht gegen den Astermiether. 210. Umfang des Pfandrechts. 211. Wirksamkeit gegen andere Gläubiger des Miethers. 212. — VI. Landgüterpacht. 213. Begriff des Anschlags. 213. Pacht in Pausch und Bogen. Inventarium. 214. Form. Verpflichtungen des Verpächters. 215. Vorhandensein der Rubriken. Erhaltung. 216. Gewährleistung. 217. Verjährung dieser Pflicht. 218. Schadenersag. 218. Verpflichtungen des Pächters. Erhaltung in nutzbarem Stande. 219. Kosten und Abgaben. Vertretung des Verlehens. 220. Entsetzung wegen Mißbrauchs. 221. Mißgewähr. 222. Gefahr der Früchte, des Inventariums. 223. Remissionsanspruch. Rechtliche Natur desselben. 224. Unterschied von der Gewährleistung. 225. Begriff: Anspruch aus dem Gesetz. 226. Fälle der Remission. 227. Begriff der Unglücksfälle. 228. Benachrichtigung, Legung der Administrationsrechnung. 229. Partialremission. 230. Einrede. Entfagung. 231. — Aufkündigung der Landgüterpacht in Kriegszeiten. 232. Viehverstellung. 232.

§. 137. Die Kapitalsleihe und Kapitalsmiete. Das Darlehen 233

Auffassung im röm. R. 233. Aenderung derselben im heutigen R. 234. Jetzt Konsensualvertrag. 235. Veräußerung der Nutzung einer Summe. 237. Eigentumsübergang an den einzelnen Stücken der Summe. 238. Moderne Gesetzgebungen. 238. Begriff nach A. L. R. 239. Form. 240. Schuldschein. 241. Einrede der nicht erhaltenen Valuta. 242. Schuldscheine mit Hypothek. 243. Protestation. 245. Beweis kraft des Schuldscheins gegen den Aussteller und dessen Erben. 245. Der Darlehensempfänger. 246. Der gutgläubige Empfänger. 247. Beschränkungen der Darlehensfähigkeit: Mitglieder der königl. Familie. 248. Schauspieler, Mitglieder der k. Kapelle, Studierende; Militärpersonen. 249. Anerkenntniß nach Aufhebung des Militairstandes. 250. Darlehn nützlich verwendet. 252. Der Darlehensgeber. 252. Zurückleistung. 253. Kündigung. 253. Münzänderung. Verzinsung. 256. Verjährung. 257. Uneigentliches Darlehn. 257.

§. 138. Die Dienstmiete und Werkverdingung 258

I. Die Arbeit als Gegenstand der Miete. 258. Vergütung. 259. Ohne Vergütung nicht Realkontrakt. 260. Verweigerte Erfüllung. 261. Verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung. 262. II. Dienstmiete. 264. Hand- und Tagarbeit. 265. Zufällige und verschuldete Unterbrechung der Arbeit. 266. Handwerker und Künstler. 267. Operae liberales. 267. III. Werkverdingung. 268. Rücktrittsrecht. 272. Bauverbindungen. 272. IV. Retentions- und Pfandrecht. 273.

Zweites Kapitel Verträge, deren Leistung ein Thun ist.

§. 139. Der Verwahrungsvertrag 274

Systematische Bemerkung. 274. Begriff. Konsensualvertrag. 275. Ge-

	Seite
genstand. Einseitigkeit. 276. Pflicht der Verwahrung. 277. Zufall. 279. Rückgabe. 280. Der vertragsunfähige Verwahrer. 282. Verjährung der Klage. 282. Mehrere Verwahrer. 283. Zufällige Gegenforderungen des Verwahrers. 284. Depositum irregulare. 284. Amtskautionen. 285. Gerichtliche Verwahrung. 285. Sequestration. 288.	
§. 140. Der Gastaufnahmevertrag	290
Heutige Geltung. 290. Gesteigerte Verwahrung. 291. Gewerbsmäßiges Beherbergen. 292. Inhalt der Verpflichtung des Gastwirts. 292. Vertretungspflicht. 293. Befreiung bei Gewalt von Außen. 294.	
§. 141. Der Vollmächtauftrag	295
I. Begriff. Konsensualvertrag. 295. Unentgeltlichkeit. 296. Stellvertretung und Geschäft. Unterschied von der Dienstmiete. 297. Definition des A. F. N. 298. Für ihn und statt seiner kein Pleonasmus. 299. Interesse des Machtgebers. 299. Rath und Empfehlung. 299. Spezial-, Generalvollmacht. 300. II. Abschluß. Form. 301. Vermuthete Vollmacht. 302. Stillschweigend ertheilte Vollmacht. 304. Voraussetzung für das Recht gegen den Machtgeber. 305. III. Personen und Gegenstand. 306. Erlaubtes Privatgeschäft. 307. (Staatsamt nicht Mandat. Note 66.). Kollidirendes Interesse. 308. IV. Rechtsverhältniß zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem. 309. Pflichten des Bevollmächtigten. Mehrere. 309. Ueberschreitung und Abweichung. 310. Substitution. 311. Rechenschaft. Ablieferung. 312. Pflichten des Machtgebers. Honorar. 313. Schadloshaltung und Befreiung von Verbindlichkeiten. 314. Zufall. 315. V. Das Rechtsverhältniß des Dritten zum Machtgeber und zum Bevollmächtigten. 315. Unmittelbarkeit der Stellvertretung. 315. Innerhalb der Vollmacht. 316. Haftung mehrerer Machtgeber gegen den Dritten. 318. Zwischen dem Dritten und Bevollmächtigten. 318. VI. Aufhebung. Widerruf. 319. Aufkündigung. 320. Tod. 321. Eintretende Unfähigkeit. Konkurs. 322.	
§. 142. Der Verwaltungsvertrag	323
Mischung von Verwahrung, Bevollmächtigung und Dienstmiete. 323. Form. 323. Widerruf. Pflichten des Verwalters. 324. Rechnungslegung. 326. Abnahme der Rechnung, Quittung. Fristen. 327. Wirkung der Quittung gegen den Verwalter und dessen Erben. 329. Rechnungsfehler. Entsagung des Herrn. 329. Ersatz des Aufwandes, Honorar, Befreiung von Verbindlichkeiten. 330. Kautions. Zurückbehaltungsgrecht. 330.	
§. 143. Der Gesellschaftsvertrag	330
I. Begriff, Arten und Abschluß. Vermögensrechtlicher Zweck. 331. Gemeinschaft. 332. Handelsgesellschaft. 332. Kommanditgesellschaft. Aktiengesellschaft. 334. Aktienkommanditgesellschaft. 335. Auf Selbsthilfe gegründete Genossenschaften. 336. Note 18. Die einfache Erwerbsgesellschaft. 336. quoad sortem, quoad usum. 337. Allgemeine und besondere Erwerbsgesellschaft. 339. II. Rechte und Pflichten der Mitglieder unter einander. 340. Einlagen und Beiträge. 341. Geschäftsbetrieb. 342. Rechnungslegung. 343. Antheil am Gewinn. 344. Antheil an Verlust und Gefahr. 345. III. Rechte und Pflichten der Gesellschafter gegen Dritte. 347. IV. Beendigung. 349. Austritt. 349. Ausschluß. Konkurs. 351. Auflösung der Gesellschaft. 352. Actio pro socio und communi dividundo. 353.	

Drittes Kapitel. Sicherungsverträge.

§. 144. Der Bürgschaftsvertrag 353

Begriff und Fälle der Interzession. 354. Zweck und Begriff der Bürgschaft. 355. Persönliche Fähigkeit. Abschluß. 356. Selbstschuldnerischer Bürge. 357. Existenz einer Hauptschuld. 357. Umfang der Bürgschaft. 358. Sicherheit des Gläubigers. 359. Afterbürge. Mehrere Bürgen. 360. Klage des Gläubigers gegen den Bürgen. 360. Rechtswohlthat der Vorausklage. 361. Festgestelltes Unvermögen des Hauptschuldners. 362. Einreden des Bürgen aus der Bürgschaft, 363., aus der Hauptschuld. 365. Befreiung und Entlassung. 366. Vererblichkeit. 367. Rechtsverhältnis zw. Bürgen und Hauptschuldner. Klageabtretung. 367. Einreden des Schuldners gegen den Bürgen. 368. Klage des Bürgen gegen den Schuldner auf Befreiung. Rückbürgungsrecht. 369. Prämie. 370. Rückbürge. 370. Beendigung der Bürgschaft. 370. Qualifizirtes Mandat. 371. Kreditgeben auf Rechnung. 372. Empfehlung wider besseres Wissen. 373. Bürgschaft der Frauen, röm. R. 373. Gemeinrechtl. Praxis. 378. Preuß. R. 379. Fälle. 380. Aufgeben von Vortheilen. 381. Bürgschaft der Ehefrauen, Schuldschein von Mann und Frau ausgestellt. 382. Vertikales Recht. 385.

Der Versicherungsvertrag.

§. 145. I. Versicherungen gegen Gefahr an Sachen 385

Begriff. 386. Gesetzliche Normen. 387. I. Allgemeine Grundsätze. 387. Prämie. 387. Verf. auf Gegenseitigkeit. 388. Verf. geben. 388. Vernehmen. 389. Gegenstand. 389. Form. 390. Schadenersatz, nicht Bereicherung. Uebersversicherung, Doppelversicherung. 391. Risorno. 392. Nach-, Rückversch. 393. Inhalt: a. Leistung des Versicherten, Zahlung der Prämie. b. Leistung des Versicherers. 395. Abschätzung des Schadens. Selbstversicherung. 396. Persönlicher Anspruch aus der Polize (Feuerversicherungsgelder gehören nicht den Hypothekengläubigern). 397. Aufhebung: Veränderung des Eigentümers, einseitiger Rücktritt. 398. Verjährung, Konkurs. 399. II. Besondere Fälle. Versicherung gegen Feuergefahr. Anzeigepflicht. Pflicht des Versicherers. 400. Andere Fälle, besonders Versicherung in Kriegszeiten. 401.

§. 146. II. Versicherung der Person 402

Berschiedenheit und Verwandtschaft mit der Vermögensversicherung. 402. Person des Versicherungsnehmers und des Versicherten. 403. Verschiedene Fälle. 403. Eigenthümlichkeiten: keine Schätzung. Inhaberpolize. Schenkung. 404. Dividende. 405. Die besondern Bestimmungen des A. L. R. 405. Freiheitsberaubung. 406.

Zweiter Abschnitt. Schulverhältnisse aus einseitigen Rechtshandlungen.

§. 147. Die Bereicherung 407

Die Obligation aus einseitigen Handlungen. Quasikontrakte. 407. Niemand soll sich mit dem Schaden des Andern bereichern. 408. Umfang der Bedeutung dieses Satzes. Neuere Meinungen. 408. Kritik derselben. 409. Anwendbarkeit. 410. Begriff der Bereicherung. 411.

§. 148. Die nützliche Verwendung 412

Die actio de in rem verso im römischen R. und ihre abweichende Ge-

haltung im neueren gemeinen Recht. 413. Noch weitere Verallgemeinerung im preuß. R. 414. Kochs einschränkende Ansicht. 415. Charakter der nützlichen Verwendung im A.L.R. 416. Voraussetzung der Klage. 417. Verwendung durch Handlungen. Beweis des Schadens. 418. Nicht Absicht, den Empfänger zu verpflichten. Zweck der Klage. 419. Ausgleichung. Besonderheit bei der Klage gegen einen Unfähigen. 420. Klage gegen den Dritten. Kochs allgemeine Klage aus der Vereicherung. 421. Art. 83. der Wechselordn. 423. Verjährung. 424.

§. 149. Die Geschäftsbeforgung ohne Auftrag 424

Keine Einmischung in fremde Geschäfte. 425. Billigkeit Grund des Anspruchs, Charakter desselben. 426. Bedingungen: a. ohne Auftrag und ohne Verpflichtung. b. Geschäftsbeforgung. 427. c. Fremdes Geschäft im Interesse des Andern. 428. d. Verpflichtungsabsicht. 429. e. Verhinderung des Herrn. 430. f. Unwissenheit desselben. 430. g. Nützliches Geschäft. 431. Nothwendiges und vortheilhaftes. 432. Vereitelung des Erfolgs durch Zufall. 433. Verpflichtungen des Geschäftsführers 433., des Geschäftsherrn. 434. Verjährung. 435. Nachträgliche Genehmigung. 435. Verhältniß zum Dritten. 437.

§. 150. Die Zurückforderungsrechte 437

I. Allgemeines über das Wesen der Kondiktion. 438. Abgrenzung gegen andere Rückforderungen. 440. Die allgemeinen Erfordernisse: a. ein Gegebenes, b. der Mangel eines Grundes. 442. c. Gegenstand der Rückforderung. 443. d. Verjährung. 444. II. Die einzelnen Kondiktionsrechte: 1. Rückforderung wegen Nichtschulb. 444. a. Leistung ohne Vorbehalt. b. Keine, auch nicht eine moralische Verbindlichkeit. 445. c. Vortheil des Empfängers. 447. Irrthum. 448. Beweis desselben. 449. Kläger. 450. Beklagter. 451. Gegenstand. 452. 2. Rückforderung wegen nicht erreichten Zwecks. 453. 3. Wegen ungerechtfertigten oder unerlaubten Zwecks. 454.

Dritter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus rechtswidrigen Handlungen.

§. 151. Verletzungen der Person 455

Tödtung 456. Körperverletzung. 458. Schmerzensgeld. 460. Ehrverletzung, Freiheitsberaubung, Willensbeeinträchtigung. 461.

§. 152. Die Vermögensbeschädigung 462

Abstrakter Charakter der Klage. Kein Klagerecht zur Abwendung drohenden Schadens. 462.

§. 153. Der Nachdruck 463

Begriff. Geistliches. Gesetzgebung. 463. Prinzip der Entschädigungspflicht und Strafbarkeit. 464. Objektiver Thatbestand. 465. Subjektiver. 467. Die Folgen. 468. Der Beschädigte. 469. Zeitliche Beschränkung des Anspruchs. 470. Nachbildung von Kunstwerken, Aufführung dramatischer und musikalischer Werke. 471.

§. 154. Die Beschädigung durch Amtshandlungen 472

Gemeines Recht. 473. Reichsgesetzgebung in Betreff der Richter. 474. Bei Geschäften der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit. 475. Preussisches Recht. 476. Geringes oder mäßiges Versehen. 476. Gesetz v. 13. Febr. 1854. 477. Vertretung der Richter bei Erkenntnissen.

477. Bei anderen Thätigkeiten: widerrechtlicher Personalarrest, 479.,
 Subhastationen, Testamenten, Frauenbürgschaften, Vormundschafts- und
 Hypothekensachen. 479. Haftbarkeit der Kollegien. 480. Seite

Zweiter Titel. Schulverhältnisse aus Zuständen.

§. 155. Uebersicht	482
Berichtigungen und Nachträge zum ersten Bande	483

Förster,
Preussisches Privatrecht.

Zweiter Band.

Erster Theil.

Die persönlichen Rechte oder die Lehre von den Schuldverhältnissen.

Zweites Hauptstück.

Die einzelnen Schuldverhältnisse.

§. 121. Die systematische Ordnung.

Der systematischen Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse ist die Haupteintheilung durch die Entstehungsgründe von selbst gegeben. Wie früher ausgeführt wurde ¹⁾, sind Handlungen und Begebenheiten die Quellen der Obligationen, erstere erscheinen als zweiseitige und einseitige und diese letzteren wiederum als Rechtshandlungen oder als rechtswidrige ²⁾. Es wird einer besonderen Rechtfertigung nicht bedürfen, wenn die aus Handlungen entstehenden Obligationen denen vorangestellt werden, welche ihre Quelle in Begebenheiten oder Zuständen haben, zumal letztere ohne hin ihr volles Verständniß erst bei der Darstellung der Zustände finden können, aus denen sie hervorgehen und die zur großen Mehrzahl dem Eichen- und Familienrecht angehören, sie daher in diesem Theil nur berührt werden dürfen. Es wird auch dafür keine besondere Rechtfertigung nöthig sein, daß unter den Obligationen aus Handlungen die Verträge, die reichste und wichtigste Klasse, den Vorzug erhält. Schwieriger aber ist die Frage zu lösen, wie die Verträge unter einander zu gruppiren sind. Ein Blick auf die Lehr- und Handbücher überzeugt, daß jeder Verfasser eine andere Reihenfolge aufstellt und kaum über die allgemeinsten Grundlagen eine Uebereinstimmung vorhanden ist. Zwar wird zugegeben werden müssen, daß die in den römischen Rechtsquellen enthaltenen Einthei-

¹⁾ B. 1. C. 384. §. 70.

²⁾ Bb. 1. C. 387.

lungen für das heutige Recht, welches in vielen und wesentlichen Beziehungen von anderen Auffassungen ausgeht, und Vertragsarten entwickelt hat, die dem römischen Recht noch fremd waren³⁾, nicht mehr maßgebend sein können, und daß es der Sache Gewalt anthun heißt, wenn man noch immer Real- und Konsensualverträge⁴⁾, oder Verträge und vertragsähnliche Verhältnisse⁵⁾ dem System zu Grunde legen wollte. Nach dem Vorgange v. d. Pfordten's⁶⁾ ist in der Mehrzahl der Werke über gemeines Recht gegenwärtig die Eintheilung in ein- und gegenseitige Verträge beliebt, denen als Zwischenart die s. g. zufällig oder ungleich zweiseitigen Verträge hinzutreten⁷⁾. Noch hat sich dieser Anordnung im Wesentlichen angeschlossen⁸⁾. Aber, abgesehen davon, daß selbst diese Begriffe im heutigen Recht anders aufgefaßt werden, als im römischen, insofern jetzt einzelne Verträge, die das letztere sich als streng einseitige dachte, gewöhnlich als zweiseitige geschlossen werden, jedenfalls eine hinzutretende Zweiseitigkeit ihr Wesen nicht ändert, so leidet diese Eintheilung doch auch an einer zu großen Allgemeinheit, und es bleibt immer noch die schwierige Frage unbeantwortet, wie innerhalb jeder dieser Klassen die einzelnen Verträge nach einander folgen sollen⁹⁾.

Das A. L. R. gruppirt die Verträge nach der Beziehung, die sie zum Eigenthum haben; zuerst diejenigen, welche einen Titel zum Erwerb desselben darbieten (I, 11.), sodann folgen die Verträge, welche Sachen und Rechte durch Dritte erwerben lassen (I, 13.), endlich diejenigen, welche das Eigenthum erhalten und sichern sollen (I, 14.). Einzelne Verträge haben dann entferntere Stellen gefunden: der Gesellschaftsvertrag wird bei der Lehre vom gemeinschaftlichen Eigenthum abgehandelt, die Leihe, Miethé, Pacht bei den dinglichen Rechten, das Receptum bei dem Bürgerstande (im Gewerberecht), der Versicherungsvertrag im Handelsrecht. Diese große

³⁾ Erzeugnisse des deutschen Rechts und des modernen Verkehrs, z. B. die Rentenverträge, der Verlagsvertrag, die Versicherung, im A. L. R. noch als besonderer Vertrag die Verwaltung.

⁴⁾ Diese Eintheilung haben Pangerow und Brinz noch festgehalten.

⁵⁾ So z. B. bei Arndts. Puchta vermeidet nur scheinbar diesen Gegensatz, indem er Verträge und Quasi-Verträge unter der Bezeichnung „Geschäftsobligationen“ zusammenfaßt. Böding vereinigt sie unter der Bezeichnung: Die aus Rechtsgeschäften, Uebereinkunft oder analogen Rechtsgründen entstehenden Schuldverhältnisse. Sintenis stellt auch neben die Verträge die „ähnlichen Verhältnisse“. Wenn nur das Quasi, das Ähnliche und Analoge für die Rechtswissenschaft, welche feste Begriffe verlangt, nicht zu unbestimmt wäre.

⁶⁾ Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1840. S. 302 f.

⁷⁾ Angenommen von Puchta, Arndts, Böding, Sintenis, Keller.

⁸⁾ R. d. F. III. S. 1 fg. Abweichend ist die system. Ordnung bei Unterholzner (II. S. 3.). Er unterscheidet Schuldansprüche, die wesentlich auf Erhaltung und solche, die auf Verlehrsbeziehung gerichtet sind, und die letzteren in solche, die einen Veräußerungs- oder Leih- oder Genossenschaftsverkehr bezwecken.

⁹⁾ Hier zeigt sich auch die größte Verschiedenheit unter den Schriftstellern, mit mehr oder weniger Willkür werden die einzelnen Verträge neben einander gestellt.

Zersplitterung und die Gruppierung nach einer Rücksicht, die zwar an sich wichtig ist, aber doch nur einen einseitigen Blick in die Natur der einzelnen Verträge öffnet, und mit der untergeordneten und abhängigen Stellung, welche das A. L. R. dem Obligationenrecht anweist, zusammenhängt, ist daher ebenfalls nicht geeignet, als ein tafelfreies System zu gelten¹⁰⁾.

Man wird einer richtigeren und zugleich einfacheren Anordnung vielleicht näher kommen, wenn man auf die Bedeutung zurückgeht, welche die Verträge im Rechtsverkehr haben. Diese ist keine andere und zwar vornehmlich diejenige, welche die Obligationen überhaupt haben. Sie sollen der Person für ihre Endlichkeit und Bedingtheit eine Ergänzung in dem Willen anderer Menschen bieten¹¹⁾. Der Wille dieser wird der Person verpflichtet zu einem Geben oder Thun¹²⁾. Durch ersteres soll das Vermögen vermehrt, durch letzteres die persönliche Thätigkeit des Einzelnen ergänzt, erweitert, unterstützt werden. Ordnen sich hiernach die Verträge in zwei Hauptklassen, je nachdem ihre Leistung ein Geben oder ein Thun ist, so muß weiter gesagt werden, daß das Geben entweder den Zweck hat, dem Vermögen des Berechtigten einen bleibenden Erwerb einzuverleiben, oder dem Berechtigten nur einen vorübergehenden Gebrauch, eine Nutzung zuzuführen. Die auf ein Thun gerichteten Verträge aber bezwecken entweder eine Thätigkeit für den Berechtigten oder eine Thätigkeit gemeinsam mit ihm. Als dritte Gruppe schließen sich diejenigen Verträge an, die darauf abzielen, der Person für ihr Vermögen eine Sicherung zu verschaffen: entweder eine Sicherung dafür, daß ihr die obligatorischen Berechtigungen wirklich geleistet oder dafür, daß Nachtheile von ihrem Vermögen abgewendet werden, die durch zufällige Ereignisse eintreten können. Diese Eintheilung legt also die Betonung auf die ökonomische Bedeutung der Verträge. Hier ist dieser Gesichtspunkt, auf den Dankwardt besonders aufmerksam gemacht hat, von entscheidender Bedeutung, weil das ökonomische Bedürfnis die Verträge nicht allein erzeugt, sondern auch ihre Konstruktion bedingt, während er übrigens für das ganze System des Privatrechts keine ausreichende Grundlage darbietet¹³⁾. Zwar wird auch bei dieser Gruppierung mancher Zweifel übrig bleiben, denn einzelne Verträge haben eine gemischte Natur¹⁴⁾, bei anderen schwankt noch die Auffassung¹⁵⁾. Aber entscheiden muß, welches der verbundenen oder widerstreitenden Elemente das hauptsächlichliche in ihrem Begriff ist. Wo der-

¹⁰⁾ B. 1. S. 21.

¹¹⁾ B. 1. S. 308 f.

¹²⁾ B. 1. S. 355 f.

¹³⁾ B. 1. S. 22.

¹⁴⁾ Z. B. Erbvertragsvertrag, Verlagsvertrag, Gastaufnahme.

¹⁵⁾ Z. B. ob im heutigen Recht das Darlehn als Leihvertrag aufzufassen, oder als Vertrag, durch welchen das Eigenthum an einer Summe erworben wird.

gleichen Zweifel aufkommen können, ist bei der Darstellung der einzelnen Verträge versucht worden, dieselben zu beseitigen¹⁶⁾. Hier bleibt nur noch zu bemerken, daß bei den Sicherungsverträgen der Pfandvertrag fehlt, weil es zweckmäßiger erscheint, ihn im Zusammenhang mit dem Pfandrechte zu erörtern.

Das System der Verträge, wie es in diesem Werke befolgt werden soll, ist hiernach übersichtlich folgendes:

A. Verträge, deren Leistung ein Geben ist:

I. Erwerbsverträge,

II. Gebrauchsverträge;

B. Verträge, deren Leistung ein Thun ist;

C. Sicherungsverträge.

Erster Titel. Schuldverhältnisse aus Handlungen.

Erster Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erstes Kapitel. Verträge, deren Leistung ein Geben ist.

Erste Gruppe. Erwerbsverträge.

§. 122. Die Schenkung.

A. L. R. I, 11. §. 1037—1177. — Bornemann III. S. 210 f. v. Daniels III. S. 110 f. Koch, Pr. R. II. S. 276 f. R. d. Ford. III. S. 150 f. — Unterholzner II. S. 518 f. Savigny, System B. IV. S. 1 fg. Vangerow I. S. 194 f. Arnolds S. 99 fg. Sintenis I. S. 198 f. II. S. 545 fg. v. Kellner S. 123 fg. Unger, Desferr. Priv. R. II. S. 189 fg. — Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach römischem R. B. 1. 1835. B. 2. Abth. 1. 1837 (unvollendet geblieben). — Zacharia (Anschütz) IV. S. 174 fg.

I. In der neueren Zeit hat man nach dem Vorgang von Puchta und Savigny der Lehre von der Schenkung im allgemeinen Theil des Systems ihre Stelle angewiesen, weil sie nicht ein einzelnes Rechtsgeschäft sei, sondern einen allgemeineren Charakter habe, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können¹⁷⁾. Insofern man unter ihr jede unentgeltliche und freiwillige Zuwendung eines Vermögensvorthells versteht, ist dies auch richtig; eine solche kann unter den mannichfachen Geschäftsformen erfolgen, und es ist ebenso einseitig, sie bei der Lehre vom Erwerb

¹⁶⁾ Insbesondere möge hier auf §. 139. verwiesen werden, wo näher ausgeführt worden ist, warum die Dienstleistung und Werkverdingung als Arbeitsmiete ihre Stellung in der zweiten Gruppe des ersten Kapitels, nicht im zweiten Kapitel erhalten hat.

¹⁷⁾ Puchta, Institutionen B. 2. §. 205. Pand. §. 68. Savigny B. 4. S. 3. Ihnen sind gefolgt Arnolds, Vangerow, Sintenis, Unger (f. B. 2. S. 200.).

des Eigenthums abzuhandeln, wie dies das A. L. R. nach dem Vorbild der Institutionen des Justinian und der damaligen Praxis²⁾ gethan hat, als sie den obligatorischen Verträgen anzureihen³⁾. Der Erwerb des Eigenthums an einer Sache kann ihr Zweck sein, ist es aber nicht immer und sie erreicht ihn nicht durch sich selbst, sondern bedarf noch der Uebergabe; ein obligatorischer Vertrag ist sie nur in dem besonderen Fall des Schenkungsversprechens⁴⁾. Gleichwohl ist vom praktischen Standpunkt diese Kontroverse doch nur ein Schulstreit, denn da das positive Recht die Schenkung unter besondere und ihr eigenthümliche Regeln gestellt hat, hat sie den Charakter der Allgemeinheit, der in ihrem Begriff liegt, eingebüßt und ist ein individualisirtes Rechtsgeschäft geworden⁵⁾. Wenn sie daher hier an die Spitze der Reihe derjenigen Obligationen gestellt wird, deren Zweck es ist, Eigenthumswerte in ein anderes Vermögen zu übertragen, so rechtfertigt sich dies aus demselben Grunde, aus welchem die Lehre vom Verträge oben⁶⁾ nicht bei den allgemeinen Grundbegriffen, sondern im allgemeinen Theil des Obligationenrechts vorgetragen worden. Die Stellung wird a potiori genommen.

Hiernach ist klar, warum die Definition des A. L. R.: „Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechtes unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet“⁷⁾, zwar nicht für erschöpfend gehalten werden kann, weil sie nur den verpflichten-

²⁾ J. II, 7. Höpfner, Kommentar §. 408.

³⁾ So bei Mühlenthal, Göschen, Seuffert. Das österr. G. B. stellt die Schenkung an die Spitze der Verträge (II, 18.). Ebenso das sächs. G. B. (III, 2.). Der bairische Entwurf behandelt sie bei der Lehre von den Rechtsgeschäften im Allgemeinen (I. Art. 91 fg.). Der Code verbindet Schenkungen und Testamente unter dem Gesamtbegriff der freigebigen Verfügungen (Art. 893—1100.).

⁴⁾ Unger S. 197. 198 c.

⁵⁾ Dankwardt, Nationalök. u. Jurisprudenz, Heft. 2. 1857. S. 48., faßt jede Schenkung als „Vertrag“ auf, „weil aller Umlauf der Güter auf Vertrag beruht.“ Die Schenkung ist nach ihm ein einzelnes Geschäft, wie der Verkauf, und ebenso wenig, wie dieser, ein allgemeiner Charakter für die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte, nur der Gegenstand der Schenkung kann verschieden sein, wie der Gegenstand des Verkaufs. Diese sehr apobiktisch ausgesprochene Ansicht verwechselt den Gegenstand mit der Form. Daß jener sehr verschieden sein kann, hat noch Niemand bestritten; wenn der Schenkung ein allgemeiner Charakter beigelegt wird, so hat dies den Sinn, daß, abgesehen vom Schenkungsversprechen, der Schenkung keine besondere Rechtsform eigenthümlich ist, und insofern ist sie nicht, wie der Kauf, ein individualisirtes Geschäft, sie muß überall her, und sie kann überall her die Rechtsform entlehnen. Außerdem ist der Schluß: die Schenkung sei ein Vertrag, weil aller Umlauf der Güter auf Vertrag beruhe, an sich schon bedenklich, es kann aber auch nicht zugegeben werden, daß es nur einen vertragmäßigen Güterumlauf gebe.

⁶⁾ Oben I. S. 389.

⁷⁾ Österr. G. B. definit §. 938: Ein Vertrag, wodurch eine Sache Jemand unentgeltlich überlassen wird. Sächs. G. B. §. 1049: Das Rechtsgeschäft, durch welches Jemand ohne Gegenleistung und aus Freigebigkeit einem Andern einen Vermögensgegenstand zuwendet.

den Vertrag, das Schenkungsversprechen, bestimmt, aber sie trifft doch gerade diejenigen Fälle der Schenkung, auf die sich vornehmlich die einzelnen Regeln beziehen, und die die wichtigsten für die Rechtstheorie sind.

II. Der Begriff der Schenkung⁹⁾. Sie ist die freiwillige und unentgeltliche Bereicherung des Vermögens einer anderen Person durch Verminderung des eigenen Vermögens. Der Geber vermindert freiwillig sein Vermögen und wendet den Werth dieser Verminderung dem Vermögen des Beschenkten zu, welches um diesen Werth ohne Gegenleistung bereichert wird. In diesem Begriff liegen folgende Merkmale. Die Schenkung geschieht freiwillig¹⁰⁾, der Geber muß zur Zuwendung rechtlich in keiner Weise verpflichtet gewesen sein oder sich für verpflichtet irrtümlich gehalten haben — gleichgiltig ist, ob das Motiv, was den Geber treibt, für ihn aus sittlichen oder anderen Gründen als zwingend erscheint¹¹⁾. — Sie geschieht unentgeltlich¹²⁾; der Empfänger darf durch die Annahme des Geschenks zu keiner Art Gegenleistung verpflichtet werden. Aus der Unentgeltlichkeit folgt aber nicht, daß dem Geschenk nicht eine Last aufgelegt werden darf, eine besondere Art der Schenkung hat gerade darin ihre Eigenthümlichkeit. — Die Schenkung ist eine Verminderung des Vermögens des Gebers¹³⁾, er muß um den Werth des Geschenks ärmer

⁹⁾ Savigny §. 142. 143. Meyerfeld I. §. 1 fg. Unger II. 189.

¹⁰⁾ l. 1 pr. l. 29 pr. D. XXXIX, 5. Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. Vergl. l. 82 de R. J. Meyerfeld I. §. 22 f. Die donatio necessaria, die Peyer, med. sp. 434. erfunden, ist ein Widerspruch in sich selbst. Die in besonderen Fällen vom Gesetz gebotene Remission des Pachtzinses (A. L. R. I, 21. §. 299 fg.) ist nicht Schenkung.

¹¹⁾ S. g. Liebespflichten, Freundschaft, Dankbarkeit und dergl. Ein Beispiel aus der Praxis Entsch. B. 13. §. 182.

¹²⁾ l. 1 pr. D. XXXIX, 5. propter nullam aliam causam, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat. l. 23. §. 2. D. II, 14. Es ist also auch nicht Schenkung, wenn man etwas giebt, um zu verpflichten (ob causam dare). l. 19. §. 5. 6. D. XXXIX, 5. Daraus beruht der Unterschied von donatio und obligatio oder negotium. l. 18. pr. D. XXXIX, 5. Meyerfeld I. §. 17. Verzicht auf ein noch zweifelhaftes Recht ist nicht Schenkung. Destr. G. B. §. 939.

¹³⁾ Savigny §. 23 fg. Sehr bestimmt ausgesprochen in der l. 31 §. 7 D. XXIV, 1: non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur. Der Schenker muß zum Besten des Beschenkten sein Vermögen vermindern wollen. Daher ist nicht Schenkung, wenn man eine Sache delinquirt, die ein Dritter aufhebt, wenn ein Anderer die Sache usucapirt, wenn man sein Recht verjähren läßt, wenn es nicht in der Absicht geschieht, den Anderen zu bereichern. Dann ist es einer Veräußerung gleich. Unger §. 191. Note 10., der in Note 9a. a. §. a. M. Doch vergl. l. 28. pr. D. de V. S. Die Verminderung des eigenen Vermögens muß sich als Zuwendung an den Anderen charakterisiren. Es ist nicht Schenkung, wenn man nicht aus eigenen Mitteln hergiebt. Strietz. B. 42. §. 121. Das Hingeben eines unverzinslichen Darlehns ist nicht Schenkung, weil das Vermögen des Darleihers nicht vermindert ist, er hat statt der Summe die Forderung, durch die er jene wiedererlangt. Das wissentliche Anerkennen einer Nichtschuld wird als Schenkung aufzufassen sein (l. 7. §. 2. D. XLI. 4. l. 9. pr. C. IV, 5. Glük B. 13. §. 397.), dagegen nicht das Anerkennen einer wirklich bestehenden aber nicht klagbaren Schuld, einer oblig. natur. Seuffert B. 7.

werden. Es ist keine Schenkung, wenn Einer dem Andern Dienste leistet, deren Erfolg zwar eine Verbesserung des Vermögens des Letzteren sein kann, die aber dem Vermögen des Ersteren keinen Werth entziehen¹³⁾, oder wenn Jemand zu Gunsten eines Anderen einen Erwerb ausschlägt, denn der noch nicht eingetretene Erwerb ist noch kein realer Bestandtheil seines Vermögens gewesen, dasselbe ist nicht vermindert, nur nicht vermehrt¹⁴⁾. Dagegen ist es Schenkung, wenn man eine schon begründete aber erst künftig fällige Forderung, z. B. künftige Zinsen, aufgibt oder vermindert¹⁵⁾. — Die Schenkung ist eine Bereicherung des Vermögens des Empfängers¹⁶⁾. Der Beschenkte muß einen Werth erwerben, der ihm noch nicht gehörte, auf den er noch kein Recht hatte. Die Bestellung einer Sicherheit für ein schon zustehendes Recht, oder das Aufgeben der Sicherung für ein solches sind nicht Schenkungen: dort wird das Vermögen nicht vermehrt, hier noch nicht entlastet¹⁷⁾. Die Bereicherung kann bestehen in der Uebertragung des Eigenthums an einer Sache, in der Einräumung eines dinglichen Rechts, in der Abtretung einer Forderung des Gebers an einen Dritten — dare — oder in der Begrün-

Nr. 174. Der Erlaß ist Schenkung, wenn der Schuldner auch zahlungsunfähig ist. 1. 22. §. 3. 1. 82. D. XXXV, 2. 1. 31. §. 1. 4. D. XXXIX, 6. Savigny S. 128. Seuffert B. 6. Nr. 39. B. 8. Nr. 133. Unger S. 192. Note 11. Auch Erbeinsetzung oder Legat sind nicht Schenkung, sondern eine Liberalität anderer Art. Savigny S. 20 f. Weil aber das Legat die Erbschaft vermindert, wird es wohl auch donatio genannt. 1. 36. de leg. II. §. 1. J. II, 20. Nur eigentlich könnte auch durch Leihen eine Schenkung bewirkt werden, indem das Vermögen des Beschenkten einen Vortheil erhält; aber einerseits fehlt es an der Veräußerung, andererseits ist der Vortheil doch nur vorübergehend. S. über solche Fälle Savigny S. 32 fg.

- ¹³⁾ §. 1037 d. L. spricht nur von Sachen und Rechten, nicht von Handlungen. Unger S. 192. Note 12. Im einzelnen Fall kann dies zweifelhaft erscheinen, z. B. wenn unentgeltlich Jemand eine Arbeit leistet, die sonst zu seiner Gewerbsthätigkeit gehört. Hier nimmt unter Umständen Savigny S. 35 fg. Schenkung an (s. auch sächs. G. B. §. 1050.), aber entscheidend dagegen ist doch auch hier, daß es an einem *deminuere bona* im eigentlichen Sinne fehlt. Dankwardt a. a. D. S. 48. erklärt die Zuwendung eines Gebrauchswerths an Arbeit oder Kapital auch für Schenkung, die in dieser Hinsicht der Gegensatz zur *locatio conductio* sei, weil die Produktivdienste an sich Güter, Werthe sind, wenn sie auch nicht als Bestandtheile des Vermögens gelten. Vom ökonomischen Standpunkt kann der Andere dabei reicher werden, einen Vortheil erreichen, aber vom juristischen Standpunkt ist er nicht beschenkt. Vgl. auch Daniels III, 246.
- ¹⁴⁾ 1. 5. §. 13. D. XXIV, 1. 1. 28. pr. D. de V. S. Savigny S. 29. A. L. R. §. 1039. d. L. Ueber dessen Verhältniß zu §. 393. I, 16. f. Koch, Komm. Note 5. Sächs. G. B. §. 1051.
- ¹⁵⁾ Das ist streitig. Savigny S. 38. verneint es mit Bezug auf 1. 23. pr. D. XXXIX, 5. Daß aber diese Stelle, namentlich die Worte in *ea donatione* mehr dafür als dagegen sprechen, darüber s. Unger S. 193. Note 17. Dagegen sächs. G. B. §. 1051.
- ¹⁶⁾ Savigny S. 52 f. 1. 5 §. 8. 16. D. XXIV, 1.
- ¹⁷⁾ 1. 1. §. 19. D. XXXVIII, 5. 1. 18. D. XLII, 8. 1. 1. §. 1. 1. 11. D. XX, 6. Unger S. 194. Sächs. G. B. §. 1051.

zung einer persönlichen Forderung an den Geber — obligare — oder in der Befreiung von einer Schuld oder Last gegenüber dem Schenkenden oder einem Dritten — liberare —, in allen Fällen muß die Bereicherung des Vermögens des Beschenkten eine definitive sein. — Es ist insofern gerechtfertigt, wenn man die Schenkung als die Zuwendung eines Eigenthumswerthes auffaßt, denn auch das eingeräumte dingliche Recht (Nießbrauch u. s. w.) oder die abgetretene Forderung muß des Beschenkten eigene werden, und selbst bei dem liberare besteht die Zuwendung in einer dauernden Befreiung oder Entlastung des Eigenthums, vom ökonomischen Standpunkt in einer Erweiterung desselben. — Vorausgesetzt wird natürlich, daß der Schenkende an sich geschäftsfähig, über den Gegenstand des Geschenks zu verfügen berechtigt ist, und daß keine unerlaubte Absicht zu Grunde liegt: „daß durch das Geschenk nicht unerlaubte Absichten befördert werden“¹⁸⁾.

III. Diese äußeren Merkmale vollenden den Begriff der Schenkung nicht. Es gehören noch innere Voraussetzungen in der Willensrichtung beider Theile dazu: auf Seiten des Gebers, daß er schenken will, auf Seiten des Empfängers, daß er die Gabe als Geschenk annehmen will. Jene Schenkungsabsicht (animus donandi) hat ihr Charakteristisches darin, daß der Geber nicht in eigenem Interesse, sondern lediglich um des Vortheils des Beschenkten Willen ihm die Zuwendung macht, daß er dies weiß und will¹⁹⁾. Das donare steht in einem Gegensatz zum credere und solvere²⁰⁾. Die Absicht kann in einzelnen Fällen un-

¹⁸⁾ A. L. R. I, 11. §. 1070. Der Anh. § 27. gab dem Fiskus das Recht, Schenkungen ausgetretener Kantonsisten anzusechten, und es ist Koch, Comment. Note 39. dahin beizutreten, daß auch nach heutigem Recht, nach welchem das Vermögen des entwichenen Militärpflichtigen zwar nicht mehr konfisziert, aber eine Geldstrafe ausgesprochen wird, der Fiskus befugt ist, solche Schenkungen anzusechten, soweit es nöthig ist, um die Geldstrafe beizutreiben. — Das zur Beförderung unerlaubter Absichten wirklich Gegebene kann der Fiskus vom Empfänger zurückfordern, eine strafrechtliche Einmischung in das Privatrecht. §. 1071 b. E. — I. 27 § 4. D. II, 14.

¹⁹⁾ Savigny S. 77 fg.

²⁰⁾ Man pflegt in der heutigen Theorie die Vermögenszuwendungen auf die drei causas credendi, solvendi, donandi zurückzuführen. Diese Ansicht, schon bei Unterholzner, Verjähr. I. §. 108, hat besonders Meyerfeld I. S. 26 f. zur Bestimmung des donare, Liebe, Stipulation S. 86, und Gneiß, die formellen Verträge S. 116 f., zur Feststellung des Begriffs der Vertragscausa überhaupt verwandt. Andere haben sich gegen diese Eintheilung erklärt, nicht allein weil sie in den römischen Rechtsquellen als solche nicht aufgestellt werde, sondern auch weil sie nicht erschöpfend sei. Windscheid, Voraussetzung S. 89. Erleben, Die conditiones I. S. 33. Unger S. 195. Note 25. Witte in der trit. Vierteljahrscr. v. 6. S. 341 u. A. Beide Angriffspunkte können und müssen als begründet zugegeben werden. Der erste würde freilich nicht viel Gewicht haben, der zweite ist insofern richtig, als einzelne Vermögenszuwendungen nicht unter einen der drei Begriffe gebracht werden können, aber einerseits sind dergleichen Zuwendungen (z. B. conditionis implendae causa) praktisch von sehr geringer Wichtig-

ausgedrückt, mithin äußerlich nicht erkennbar sein. Dies tritt besonders ein, wenn durch Hingeben ohne vorangegangenes Versprechen geschenkt wird, wenn bei dem Akt der Schenkung eine Willenserklärung des Gebers nicht erfolgt ist. Wo die Schenkung dagegen nur durch eine Willenserklärung vollzogen werden kann, wie bei dem Verpflichten und Befreien, da muß auch die Absicht zum Ausdruck kommen. Es bedarf daher nur für jene Fälle gesetzlicher Anhaltspunkte²¹⁾, wie aus den Umständen auf die Absicht zu schließen und das A. L. R. hat nicht unterlassen, solche Vorschriften für die Auslegung zu ertheilen. An die Spitze stellt es den Satz: „daß eine Sache als Geschenk gegeben worden, wird nicht vermuthet“²²⁾, und hieran schließt es die Angabe einzelner Umstände, welche gegen jene Regel die Vermuthung begründen²³⁾. Natürlich kann die Vermuthung durch Gegenbeweis widerlegt werden, dieser richtet sich entweder darauf, daß Umstände vorliegen, welche die freigebige Absicht ausschließen²⁴⁾, oder darauf, daß bei dem Hingeben selbst eine die Schenkungsabsicht befeitigende Willensäußerung erfolgt, daß, wie das A. L. R. sich ausdrückt, „mit Vorbehalt“ gegeben worden ist²⁵⁾. Vermuthet wird die Absicht zu schenken, wenn der Geber gegen den Empfänger eine besondere persönliche Verpflichtung zur Wohlthätigkeit hat²⁶⁾. Dies trifft in der Regel zu bei Verwandten in auf- und absteigender Linie, bei Geschwistern, Eheleuten²⁷⁾. Die Verpflichtung muß auf einem besonderen Grunde beruhen, sie darf aber nicht schon eine gesetzlich erzwingbare sein²⁸⁾, und die

keit, andererseits können trotzdem jene drei Begriffe sehr gut dazu dienen, das Verständniß des einen klar zu machen an dem Gegensatz der beiden anderen. Vgl. Arndts, Pand. §. 233. S. 376.

²¹⁾ Koch, Comment. Note 6. zu §. 1040 d. T.

²²⁾ §. 1040 d. T. Vgl. Seuffert IX. 288.

²³⁾ §. 1041—1045.

²⁴⁾ Die Absicht zu schenken wird nicht vermuthet, wenn Jemand die Schuld eines Anderen bezahlt. I, 16. §. 46. Emich. B. 7. S. 88. Strieth. B. 6. S. 332 b. — Der Gegenbeweis, daß die Absicht zu schenken vorhanden gewesen, kann durch Eidesdelation geführt werden. Strieth. B. 18. S. 171.

²⁵⁾ §. 1041. 1044. Schles. Arch. B. 4. S. 368. Durch die Worte „ohne Vorbehalt“ ist nur soviel ausgesprochen, daß bei dem Geben eben nichts Besonderes, das gegenseitige Rechtsverhältniß Bestimmendes erklärt worden. Das Geben ohne Vorbehalt setzt eine positive Handlung voraus; daß man eine Zeitlang unterläßt, eine vertragsmäßige Forderung geltend zu machen, kann die Vermuthung der Schenkung nicht begründen. Strieth. B. 57. S. 222.

²⁶⁾ §. 1041. Hierzu Koch, im Kommentar Note 7.

²⁷⁾ §. 1042. Daß dieser §. nur ein Beispiel, spricht das Präj. 260. (Samml. I. S. 71.) aus. Andere Beispiele: Rechtsfälle B. 3. S. 164 und Arnsh. Arch. B. 4. S. 61 (im Verhältniß der Schwägerschaft). Ob die Vermuthung auch bei Stiefeltern, Stiefkindern und weiteren Verwandten eintritt, wird nach den Umständen zu ermes sen sein. Für gemeines Recht bejahet es Meyerfeld I. S. 215. 222., dagegen verneinen Glück B. 5. S. 384. und Unterholzner II. S. 610. Note m.

²⁸⁾ Deshalb ist angenommen, daß die Erklärung des Vaters, einem Kinde eine Summe zahlen zu wollen, welche dasselbe auf sein künftiges Erbtheil anzurechnen verpflichtet sein soll, eine Schenkung sei. Strieth. 49. S. 245.

begleitenden Umstände dürfen nicht widersprechen²⁹⁾. Es soll die Absicht zu schenken auch angenommen werden, wenn man einem Armen etwas zum Unterhalt giebt, oder einer Armenanstalt und milden Stiftung etwas zuwendet, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein oder ausdrücklich jene Absicht auszuschließen³⁰⁾; endlich in Fällen, wo sich „gar keine andere Absicht des Gebenden denken läßt,“ wo also die Umstände jede Annahme eines anderen Rechtsgrundes fernhalten³¹⁾. Wo dagegen eine unentgeltliche Zuwendung in Folge einer gesetzlichen Verpflichtung geschieht, fehlt es an der Freiwilligkeit, eine solche Zuwendung ist daher keine Schenkung. Dahin gehört das Versprechen oder Geben einer gewissen Sache oder Summe zur Ausstattung oder als Brautsczak von dem, der dem Empfänger gegenüber zur Ausstattung verpflichtet ist³²⁾. Endlich schließt eine Gegenleistung, weil sie dem Begriff der Unentgeltlichkeit widerspricht, auch dann die Schenkung aus, wenn die Gegenleistung nicht dem Geber zufällt. So wenn ein Fremder etwas unter der Bedingung oder zum Zweck einer abzuschließenden Ehe einem oder dem andern der künftigen Eheleute verspricht oder giebt³³⁾.

Daß der Empfänger die Gabe als Geschenk annehme, verlangt das A. L. R. für alle Schenkungen³⁴⁾, sie mögen durch Geben oder durch Versprechen geschehen. In der neueren gemeinrechtlichen Theorie ist dieses Erforderniß namentlich von Savigny geleugnet worden³⁵⁾. Die ältere

²⁹⁾ J. V. Schles. Arch. B. 4. S. 368. Entsch. B. 20. S. 288 (wenn der Empfänger Stäubiger war). Arnob. Arch. B. 5. S. 605 (bei fehlgeschlagener Erwartung).

³⁰⁾ §. 1043. 1044. Ueber das „Ebenso“ in §. 1043. s. Koch's Note 13. Rechtsf. B. 4. S. 121. Entsch. B. 11. S. 410.

³¹⁾ §. 1045. Ein Beispiel in der jurist. Wochenschr. 1838. S. 729. und Schles. Arch. IV. 138 (gastliche Gefälligkeiten). Dahin gehören auch die Fälle, wo man sich wissentlich eine unmögliche Gegenleistung versprechen läßt, z. B. I, 11. §. 41. I, 5. §. 55. S. hierüber Koch, R. v. F. III. S. 155 fg.

³²⁾ §. 1046. 1047. Ueber den Begriff der gewissen Sache oder Summe s. Entsch. B. 31. S. 398.

³³⁾ §. 1048. Die Bedingung der Zuwendung ist die abzuschließende Ehe. Diese darf nicht bloß die Veranlassung oder Gelegenheit zur Zuwendung gegeben haben (§. 1049.), denn dann ist letztere eine Schenkung. Vgl. noch das Präj. 765 (Samml. I. S. 71.).

³⁴⁾ §. 1058 „wie bei anderen Verträgen.“ Diese Worte haben keine besondere Bedeutung; sie stehen in Beziehung zu der zu engen Definition in §. 1037. Und doch nimmt Koch (Komm. Note 1.) an, daß durch die Acceptation die Sachlage in einen Vertrag zwischen Schenker und Beschenkten übergeht. Dann wäre die Definition in §. 1037. nicht zu eng, was doch Koch selbst behauptet. — Das sächs. G. B. §. 1054. verlangt die Annahme nur bei dem Schenkungsversprechen. — Die Schenkung zu Gunsten eines Dritten verlangt auch dessen Annahme (Weitritt). Gruchot II, 243. Oben B. 1. S. 412.

³⁵⁾ Savigny S. 145 fg. Wo übrigens die Schenkung als Vertrag erscheint, verkennet Sav. natürlich die Nothwendigkeit der Annahme nicht. S. 150 f. S. auch Meyerfeld I. S. 34 fg. Von älteren Juristen haben Gleiches behauptet Faber, de error. pragmat. decad. 47. error 1. J. P. de Ludewig, dissert. sel. Vol. 3. n. 21.

Doktrin zur Zeit der Redaktion hielt die Annahme für nöthig zur Vollendung der Schenkung³⁶⁾. Bei der bestimmten Vorschrift des A. L. R. ist diese Kontroverse für das preussische Recht interesselos; es muß übrigens die ältere Ansicht als mit den Zeugnissen des römischen Rechts und dem Wesen der Schenkung übereinstimmend behauptet werden³⁷⁾. Wie die Absicht zu schenken einer strengerer, so soll im Gegensatz die Absicht anzunehmen einer günstigeren Auslegung unterliegen. Die Annahme ist an keine Form gebunden³⁸⁾, sie kann ausdrücklich und durch Handlungen geschehen und im zweifelhaften Fall sollen die Worte und Handlungen so gedeutet werden, daß der Empfänger das Geschenk habe annehmen wollen³⁹⁾. Die Annahme ist an die Person dessen gebunden, dem das Geschenk angeboten. Seine Erben haben wider den Willen des Gebers nicht das Recht anzunehmen⁴⁰⁾. Stirbt der Geber vor der Annahme, so wird nach den allgemeinen Grundsätzen entschieden, ob seine Erben sich die Annahme noch gefallen lassen müssen, oder den Antrag des Geschenks zurücknehmen können⁴¹⁾. Dies hängt davon ab, ob der Tod des Versprechenden an sich den Rücktritt vom Vertrage motiviren würde, d. h. ob der Gegenstand der Schenkung eine Handlung war, die nur vom Erblasser persönlich geleistet werden konnte⁴²⁾. Im Uebrigen unterliegt die Annahme einer Schenkung, namentlich was die Zeit ihrer Erklärung betrifft, den allgemeinen Grundsätzen, und nur von Willensunfähigen gilt noch

³⁶⁾ Schilter, exerc. 43. th. 24. Leyser, sp. 433. med. 8. Hüpfner, Komm. §. 411. Von den Neueren behaupten die Nothwendigkeit der Acceptation Buchta, Instit. §. 205. Note p. Vangerow I. §. 121. Nr. III. Arndts §. 80. Unger II. §. 195 f.

³⁷⁾ l. 1. §. 2. D. XXXIX, 5. Non potest liberalitas volent. acquiri. l. 63. D. de R. J. Invito beneficium non datur. l. 1. §. 6. D. XXXVIII, 5. in liberalitatibus, quas non admisit is, cui quis donatum voluit. Daß dies im römischen Rechtsbewußtsein gelegen, ergiebt sich auch aus Cic. Topic. c. 8. in f. neque donationem sine acceptatione intelligi posse. Daß Niemand dem Andern etwas wider seinen Willen schenken kann, auch nach deutschem Rechtsbewußtsein, s. Grimm, Rechtsalterthümer I. A. S. 606. Man darf nur das Annehmen nicht so auffassen, daß dadurch ein Vertrag zu Stande komme, sondern dahin, daß der Beschenkte Kenntniß von der Zuwendung erhalten und den Werth derselben seinem Vermögen einverleiht. Vangerow I. S. 196 f. bei III. Seuffert B. 2. Nr. 45.

³⁸⁾ Das folgt auch aus dem mehr thatsächlichen Charakter der Annahme s. vorige Note

³⁹⁾ §. 1059.

⁴⁰⁾ §. 1062. Statt „anzunehmen“ muß es hier heißen „zurückzunehmen“. R. v. 29. Dezbr. 1837 (Sahrb. B. 50. S. 469.). Mit dem A. L. R. stimmen Voet, comm. ad Pand. 39. 5. Nr. 13. Wernher, observ. t. 1. p. 1. obs. 157. Savigny S. 152.

⁴¹⁾ I, 5. §. 90—108.

⁴²⁾ I, 5. §. 107.

die besondere, begünstigende Vorschrift, daß „jeder Dritte“ zum Besten eines Kindes, Kranken oder sonst Geisteschwachen annehmen darf⁴³).

IV. Wie aus Obigem folgt, kann Gegenstand einer Schenkung Alles sein, was geeignet ist, als Werth aus dem einen Vermögen in das andere übertragen zu werden⁴⁴). — Bei der Schenkung des Eigenthums an einer Sache oder eines dinglichen Rechts an der Sache des Gebers (einer Servitut, eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts) vollendet die Uebergabe oder der für die Bestellung des dinglichen Rechts sonst vorgeschriebene Akt (Gestattung der Ausübung) den Erwerb; die Schenkung einer Forderung, die dem Geber bisher zustand, geschieht durch Cession oder Delegation⁴⁵); die Zuwendung einer Forderung an den Geber selbst durch das Schenkungsversprechen, welches, weil es dem Beschenkten eine Erfüllungsklage gegen den Schenkenden giebt, nicht als ein vorbereitendes Versprechen einer künftigen Schenkung aufgefaßt werden darf⁴⁶); bei Befreiungen durch die entsprechende Erklärung, daß dem Beschenkten eine an sich gültige, nicht schon durch Einreden zu beseitigende Schuld⁴⁷) erlassen,

⁴³) §. 1060. Strietz. Bb. 17. S. 184. (Auch der Theilungskurator kann ein Geschenk des Vaters an sein Kind acceptiren.)

⁴⁴) Mithin kann auch der Miteigentümer seinem Miteigentümer schenken, s. Koch, Comment. Note 3. gegen die Entsch. im Arnberger Archiv B. 8. S. 173.

⁴⁵) Das geschieht dadurch, daß ein Gläubiger seinen Schuldner anweist, einem Dritten (dem Delegatar) die Schuld zu versprechen. Letzterer ist der Beschenkte. I. 2. §. 1. l. 21. §. 1. D. XXXIX, 5. Wie Koch, Comment. Note 34 a. zu §. 1065 d. L., dazu kommt, diesen Hergang Expromission zu nennen (s. auch R. d. F. III. S. 162. bei Note 6 a.), ist nicht zu verstehen, denn durch Expromission kann doch nur in der Weise geschenkt werden, daß der Schenkende die Schuld des Beschenkten an einen Dritten diesem letzteren zu zahlen verspricht. Das Präj. 1709, Entsch. B. 13. S. 190, bezieht sich auf Schenkung durch Delegation: der Schenker delegirte seinen Schuldner dem Beschenkten, indem er unter Rückgabe des Instruments an den Schuldner diesen anwies, eine neue Urkunde auf den Namen des Beschenkten auszustellen. Die Gründe der Entsch. sagen kein Wort von Expromission. Uebrigens bezeichnet Koch, Note 3. zu §. 1037., das Geschäft wieder richtig als Delegation. Aber da er Note 34 b. a. C. zu §. 1065. sagt: Die Liberation von der Schuld des zu Beschenkenden an einen Dritten kann nicht Mittel der Schenkung sein, weil der Letztere nur auf dem Umwege des Erlasses befreit wird — so scheint er eine Schenkung durch Expromission, durch welche allerdings der Beschenkte von seiner Schuld gegen einen Dritten befreit wird, für unausführbar zu halten. Warum wohl? Darauf die Antwort, wie es scheint, in Note 1., weil es an der nöthigen Acceptation fehlt, „denn bis dahin sei Nichts geschehen, was zur Vollziehung einer Schenkung gehöre.“ Es ist aber gerade so viel geschehen, wie bei schenkungsweise Uebergabe einer Sache, oder Abtretung einer Forderung — die Annahme des Geschenks folgt; freilich muß sie folgen auch bei Schenkungen durch Expromission, aber sie kann hier auch ebenso gut, wie bei jeder anderen Art der Schenkung folgen. Man beachte, wie Koch in Note 1. dem Expromittenten die Regressklage giebt und nimmt. Die Regressforderung kann gar nicht entstehen, wenn der Expromittent die Absicht gehabt hat zu schenken.

⁴⁶) Unger II. S. 198 fg.

⁴⁷) Unger S. 198. Note 37. a. C. Der Erlaß erfordert ausdrückliche Erklärung und ist nicht schon aus der Aushändigung der Schuldburkunde zu entnehmen. Entsch. B. 7. S. 88.

daß von seinem Vermögen eine Last genommen werden soll, also durch Nachlaßvertrag (pactum de non petendo), durch Ausstellung einer Quittung über die nicht bezahlte Schuld, Zurückgabe oder Kassirung des Schuldscheins, durch Expromission, indem der Schenkende die Schuld des Beschenkten an einen Dritten übernimmt⁴⁸⁾. Besonders hervorzuheben ist als Gegenstand ein ganzes Vermögen oder ein aliquoter Theil desselben⁴⁹⁾. Das A. U. R. erwähnt eine solche Schenkung nur beiläufig als möglich⁵⁰⁾; einzelne Regeln giebt es für sie nicht und aus einer Aeußerung von Suarez⁵¹⁾ geht hervor, daß die Redaktoren sie nur von Todeswegen als denkbar aufgefaßt haben. Bei diesem Mangel an Vorschriften muß auf die Grundsätze des gemeinen Rechts um so mehr zurückgegangen werden, als eine bei der Redaction beabsichtigte Abweichung von ihnen nicht nachweisbar ist. Es ist I. S. 96. 97. ausgeführt, daß das Zusammenfassen einer Menge von Sachen oder Sachen und Rechte unter einen Gesamtnamen als Inbegriff (universitas facti und juris) nur die Bedeutung einer Erleichterung hat, daß aber nicht der Inbegriff als Ideales, sondern die in ihm enthaltenen einzelnen Sachen und Rechte die Gegenstände der Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse sind. So ist auch das Vermögen einer Person als Inbegriff an sich kein Gegenstand von Rechten, sondern es enthält dieselben, es ist kein Rechtsbegriff, sondern ein ökonomischer. Wird daher ein ganzes Vermögen, oder eine Quote desselben verschenkt, so werden die einzelnen Sachen und Rechte, die man unter dem Gesamtnamen zusammenfaßt, geschenkt und daraus folgt: eine solche Schenkung bewirkt nur Singularsuccession und kann nur dadurch vollzogen werden, daß jede einzelne Sache, jedes einzelne Recht in der ihm eigenthümlichen Art und Weise in das Vermögen des Beschenkten gelangt, durch Tradition oder Cession u. s. w. Geht daher einer solchen Schenkung ein Schenkungsversprechen voraus⁵²⁾, so kann die daraus abgeleitete Erfüllungsklage sich immer nur auf Tradition der einzelnen Sachen und dinglichen Rechte, auf Cession der einzelnen Forderungen richten und ehe nicht jedes einzelne Stück tradirt, jede einzelne Forderung cedirt worden, ist die Schenkung nicht vollzogen. Von dieser Auffassung weicht Koch

⁴⁸⁾ Siehe oben gegen Koch Note 45.

⁴⁹⁾ Meyerfeld II. S. 1. (§. 21.) Savigny S. 134. Unger S. 207.

⁵⁰⁾ §. 1087.

⁵¹⁾ Jahrb. B. 52. S. 18.: sie sei widerrüflich, weil sie nur mortis causa geschehen könne.

⁵²⁾ Unger S. 208. läßt die Schenkung eines ganzen Vermögens nur durch ein Schenkungsversprechen zu Stande kommen, weil hier das Vermögen als ideale Einheit behandelt werde. Damit widerspricht er aber seiner eigenen Auffassung von der universitas juris in B. I. S. 470 fg. und B. 2. S. 210. führt er richtig aus, daß die Schenkung des ganzen Vermögens immer nur Singularsuccession sei und deshalb jedes einzelne Stück in der ihm eigenen Art auf den Beschenkten übertragen werden müsse.

ab⁵³⁾); er meint, das A. L. R. habe den Grundsatz, daß das Eigenthum eines geschenkten ganzen Vermögens schon durch den Vertrag übergehe. Ein solcher Grundsatz ist aber dem A. L. R. durchaus fremd, ja er widerstrebt ihm mehr als irgend einem anderen neuen Gesetzbuch, weil es für das dingliche Recht die Nothwendigkeit der Erkennbarkeit so besonders stark betont⁵⁴⁾. Gegenüber dem unbedingt ausgesprochenen Satz: „zur Erwerbung des Eigenthums ist die Vestignehmung erfordert“⁵⁵⁾, von welchem der Erbschaftserwerb die ebenso bestimmt ausgesprochene einzige Ausnahme macht⁵⁶⁾, beruft sich Koch auf I, 11. §. 474. 475.: „durch Abschluß des Erbschaftskaufs (d. h. durch den Vertrag) geht das Eigenthum auf den Käufer über.“ Aber durch den Erbschaftskauf werden nicht die einzelnen Bestandtheile der Erbschaft, auch nicht diese als Inbegriff gedacht — es wird das Erbschaftsrecht⁵⁷⁾ veräußert, der Kauf eines Rechts ist Cession, eine körperliche Uebergabe dieses Rechts ist nicht möglich. Diese §§. beweisen mithin nichts dafür, daß die Schenkung eines ganzen Vermögens durch den Vertrag allein sich zum Eigenthumserwerb an den einzelnen Bestandtheilen vollende. — Unter ganzem Vermögen kann im Zweifel nur das gegenwärtige, nicht auch das zukünftige verstanden werden⁵⁸⁾. Es kommt hier nicht darauf an, ob es an sich zulässig (was das richtigere ist) oder unzulässig erscheint, das künftige Vermögen zu verschenken, sondern es entscheidet die Auslegungsregel, daß für die mindere Verpflichtung zu deuten⁵⁹⁾. Wird dagegen das ganze Vermögen auf den Todesfall verschenkt, so begreift es auch das später erworbene⁶⁰⁾. — Der

⁵³⁾ Note 48. zu §. 1087. Gegen ihn auch Göppert, Beiträge z. L. v. Miteigenthum. S. 116. Note 1.

⁵⁴⁾ Oben B. 1. §. 23. S. 116 fg.

⁵⁵⁾ I, 9. §. 3.

⁵⁶⁾ I, 9. §. 367.

⁵⁷⁾ I, 11. §. 447.

⁵⁸⁾ Meyerfeld II. S. 5 fg. Savigny S. 142. Unger S. 212.

⁵⁹⁾ Das ist im gemeinen Recht sehr bestritten. Von den Aelteren halten die Schenkung des künftigen Vermögens für unzulässig Carpzov. V resp. 65., Schilter, exercit. 43. §. 19., dafür sind Leysor sp. 433. med. 2., Cocceji, jus controv. XXXIX, 5. qu. 5. Nach der Praxis in Rassel im Zweifel nur das gegenwärtige Vermögen. Heuser, Annal. I, 915. Von den Neueren sind dagegen Savigny S. 142., Sintenis I. S. 204., dafür Meyerfeld a. a. O., Puchta §. 71. a. E., Böcking I. §. 106. q. Note 23. Der Gegengrund, daß eine solche Schenkung die Testirfreiheit beschränke und ein verdeckter Erbvertrag sei, kann im heutigen Recht nicht entscheiden. Das österr. G. B. §. 944. läßt nur das ganze gegenwärtige Vermögen schenken, das künftige nur soweit, als das Geschenk nicht die Hälfte des Vermögens übersteigt. Das nennt Unger II, 212. eine passende Bestimmung, es dürfte aber sehr schwer sein, die Größe der Hälfte des künftigen Vermögens festzustellen, da es doch steter Wandelung unterworfen ist. Für nichtig erklärt das sächs. Gef. B. §. 1053. jede Schenkung des ganzen Vermögens, oder einer Quote desselben. Der bair. Entw. Art. 95. verbietet nur die Schenkung des künftigen Vermögens.

⁶⁰⁾ Entsch. B. 43. S. 128. Schenkung einer bestimmten Sache oder Summe aus einer künftigen Erbschaft ist Entsch. B. 38. S. 89. für zulässig erklärt, da §. 445.

Grundsatz des römischen Rechts, daß Vermögen nur dasjenige sei, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt⁴¹⁾, hat bei solcher Schenkung seine volle Bedeutung; nur soweit das Geschenk schuldenfrei ist, bereichert es den Empfänger. Der Geber ist daher berechtigt, den Betrag der Schulden vorweg abzuführen, und nur was übrig bleibt, zu übergeben. Ja, wenn er dies nicht gethan, sein ganzes Vermögen ohne Berücksichtigung der Schulden dem Beschenkten eingehändigt hat, so sind dennoch die Gläubiger nicht gehindert, aus diesem Vermögen ihre Befriedigung zu verlangen, d. h. direkt gegen den Beschenkten zu klagen. Die Schuld haftet am Vermögen, dies ist ein aus deutschrechtlicher Quelle stammender, im A. L. R. in einzelnen Anwendungen anerkannter Grundsatz⁴²⁾. Ist nur eine Quote des Vermögens geschenkt, so bleiben die Schulden bei dem Schuldner, dem Schenkenden zurück. Da das preussische Recht zwischen Anfall und Erwerb einer Erbschaft nicht unterscheidet⁴³⁾, so kann die Schenkung einer angefallenen Erbschaft nur als Schenkung des eigenen Vermögens zu einem aliquoten Theil aufgefaßt werden; auch hier findet nur Singularsuccession in die einzelnen Sachen und Rechte statt, der Schenkende bleibt der Erbe, er haftet für die Schulden der Erbschaft, wenn er vorbehaltlos angetreten, mit seinem ganzen Vermögen, und wenn er die Rechtswohlthat benutzt hat, trotz der Schenkung auf Höhe des Nachlasses. Aber auch hier wird den Erbschaftsgläubigern, wenn sie vor der Vollziehung der Schenkung nicht befriedigt worden, die Klage gegen den Beschenkten nicht versagt werden dürfen, denn die Erbschaft für sich ist ein Vermögen, welches seine eigenen Schulden trägt⁴⁴⁾. — Die einzige Regel, die das A. L. R. über die Schenkung eines ganzen Vermögens enthält, ist die⁴⁵⁾: wenn der Schenkende sich die Verfügung über einen gewissen Theil (einen Antheil oder einen einzelnen Bestandtheil) oder eine gewisse Summe vorbehalten und hierüber (bis zu seinem Tode) nicht verfügt hat, so fällt dieser Theil oder diese Summe an seine gesetzlichen Erben (auch wenn sie im Testament berufen sind), anderenfalls an den Beschenkten.

V. Wird Mehrere n geschenkt, so erwerben sie an dem Geschenk Miteigenthum; fällt aber Einer von ihnen aus, so wächst sein Antheil

446. I, 11. nur von der Erbschaft als Erbschaftsrecht handeln. Nach gemeinem Recht wäre auch eine solche Schenkung unzulässig. I. 30. C. II, 30.

41) I. 39. §. 1. de V. S. Es werden nur die Schulden z. B. der Schenkung abgezogen.

42) Oben B. 1. S. 659. Unger II, 209.

43) §. 367. I, 9.

44) Hier ist an das Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger zu erinnern. S. auch Göppert, z. L. v. Miteigenth. S. 132 f.

45) §. 1087. b. L.

nicht den Uebrigen zu, sondern er fällt an den Schenkenden zurück und dieser wird auf diesen Antheil Miteigenthümer⁶⁶⁾.

VI. Die Schenkung ist hauptsächlich aus drei Gründen Gegenstand juristischer Regeln geworden und eigentlich erst durch diese hat sie die Natur eines bestimmt individualisirten Rechtsinstituts erhalten, da sie ohne solche als freigebige Handlung nur ein Motiv ist, mithin dem Rechtsgebiet nicht angehören würde⁶⁷⁾. Man hat das Schenken — um leichtsinnigen Vermögensminderungen entgegen zu wirken, durch besondere Formen erschwert; man hat aus gleichem Grunde unter gewissen Voraussetzungen dem Geber einen Widerruf gestattet; man hat Schenkungen unter Eheleuten untersagt. Von diesen Rechtsregeln hat das A. L. R. die letzte nicht aufgenommen, Geschenke unter Eheleuten sind wie unter Fremden gültig⁶⁸⁾. Das Erforderniß einer besonderen Form ist im preussischen Recht zwar festgehalten, aber abweichend vom römischen Recht. Der Widerruf ist auch im A. L. R. zu einer umfangreichen Theorie entwickelt.

A. Die Form⁶⁹⁾. Nach neuestem⁷⁰⁾ römischem Recht muß eine Schenkung, deren Betrag 500 Solidi⁷¹⁾ übersteigt, gerichtlich insinuirt werden. Bis zu diesem Betrage ist sie formfrei. Es ist gleichgültig, ob die Schenkung durch Vertrag (Schenkungsversprechen) erfolgt, oder durch Uebergabe vollzogen wird. Auch im letzteren Fall muß insinuirt werden⁷²⁾. Die Insinuation ist eine Erklärung der Schenkung vor Gericht und die Abfassung eines gerichtlichen Protokolls darüber. Der Richter beglaubigt, aber er hat nicht zu genehmigen, auch nicht über die Wirkung des Geschäftes zu befehlen, oder seine Rechtsgültigkeit zu untersuchen⁷³⁾. Die

⁶⁶⁾ §. 1085. 1086. S. oben B. 1. S. 331.

⁶⁷⁾ Savigny S. 4. Arndts S. 102. oben Anm. 4. Unger S. 189. Note 2.

⁶⁸⁾ II, 1. §. 310. Ebenso österr. G. B. §. 1246.

⁶⁹⁾ Savigny S. 194 fg. §. 165—167.

⁷⁰⁾ Ueber das ältere römische Recht, die lex Cincia, fragm. Vatic. §. 249. I. 1. Cod. Theod. VIII, 12. I. 25. C. VIII, 54. I. 29. eod. I. 31 eod., worauf hier nicht weiter eingegangen werden kann, s. Savigny S. 194. und die Note a. Citirten, dazu noch Buchta, Cursus der Instit. §. 206. Das heutige röm. R. ruht auf den I. 36. §. 3. C. VIII, 54. und §. 2. I. II, 7.

⁷¹⁾ 500 Solidi = 1400 Thlr. Preuß., 2000 Gulden im 20 Guldenfuß, und 2400 Gulden im 24 Guldenfuß. Der Solidus wird dem ungarischen Dukaten gleich gerechnet, d. h. = 2½ Thlr. Preuß. Savigny S. 210. Seuffert XVIII, 39. Oben I. S. 551. Note 48. Eigentlich beträgt der Solidus etwas mehr. Zeitschr. f. geschichtl. Rechts.-W. B. 6. S. 392. Das sächs. G. B. setzt, §. 1056, bei 1000 Thlr. die Grenze.

⁷²⁾ Savigny S. 210 fg. Seuffert V, 165. VI, 39. VIII, 133. XVIII, 38. (Schenkung durch Schulverlaß.) Dasselbst Nr. 40. ist von Dresden bei der Schenkung einer lebenslänglichen Rente die Insinuation für entbehrlich erachtet, wenn die einzelnen Raten 500 Solidi nicht übersteigen und die Rente nicht über das Leben des Schenkenden oder Beschenkten fortbauern soll (I. 34. §. 2. C. VIII, 54.). Auch bedingte Schenkungen müssen insinuirt werden (Seuffert XVIII, 37.).

⁷³⁾ Savigny S. 217. Seuffert XVI, 111. XVII, 242. Es genügt daher die bloße gerichtliche Anerkennung der Schulburtunde. Seuffert B. I. 343. Da-

Nichtbeachtung dieser Form wirkt Nichtigkeit der Schenkung, soweit sie jenen Betrag übersteigt. — Bis zu diesem Betrage bleibt sie gültig⁷⁴). Soweit die Schenkung nichtig ist, kann die Sache auch durch Ersetzung nicht erworben, sie kann kondizirt, auch gegen den dritten Besitzer vindizirt werden⁷⁵). Einfach und zweifellos ist diese Theorie bei allen Schenkungen, welche durch Geben oder Verpflichten vollzogen werden, auch das Befreien als Erlaß bietet keine Schwierigkeit. Dagegen ist der Fall der Expromission und Delegation zweifelhaft, d. h. wenn dadurch geschenkt wird, daß der Geber die Schuld des Beschenkten gegen einen Dritten übernimmt, oder dadurch, daß er seinen Schuldner anweist, dem Beschenkten zu zahlen. Die hier eintretenden Verhandlungen mit dem Gläubiger oder Schuldner (dem Dritten) sind nicht eigentlich die Schenkung, und es kann die fehlende Insinuation nicht bewirken, daß die Zahlung des delegirten Schuldners ihn nicht befreie oder wenn der Gläubiger vom schenkenden Expromittenten Zahlung empfangen, sie zurückgeben muß. Es ist also anzunehmen, daß die Handlung der Expromission und Delegation trotz fehlender Insinuation an sich gültig ist, der zahlende Schuldner ist befreit, der bezahlte Gläubiger hat das Seinige empfangen — aber die Wirkung der Schenkung für den Beschenkten tritt nur ein, wenn sie das Maß nicht übersteigt, sonst muß er den übersteigenden Betrag, den er vom Delegaten erhalten, dem Geber herauszahlen, und diesem erstatten, was er dem Gläubiger gezahlt hat⁷⁶). — Das A. L. R. bestimmt: „Schenkungsverträge sollen gerichtlich abgeschlossen werden“⁷⁷). Hier, wie im römischen Recht

gegen genügt nicht, wie mit guten Gründen bei Seuffert XVI, 111. ausgeführt ist, daß eine versiegelte Schenkungsurkunde dem Gericht überreicht werde.

⁷⁴) Savigny §. 167. S. 217. 218.

⁷⁵) Savigny S. 219. Für das Liebesmaß ist die Schenkung nicht Usurpationstitel, und der Beschenkte ist insoweit als unredlicher Besitzer anzusehen, „weil er weiß, daran kein Eigenthum zu haben,“ freilich auch wieder insoweit nicht, als er annehmen kann, mit dem Willen des Eigenthümers zu besitzen. Sav. S. 219. Daß auch gegen den dritten Besitzer vindizirt werden kann, folgt aus der Nichtigkeit der Schenkung. 1. 5. §. 18. D. XXIV, 1. 1. 36. pr. eod. 1. un. §. 5. C. V, 13.

⁷⁶) S. hierüber Savigny S. 587 fg., bes. S. 596 f. 599. Beilage X. Etiam per interpositam personam donatio consummari potest. 1. 4. D. XXXIX, 5. Vergl. 1. 5. §. 5. D. XLIV, 4. 1. 21. §. 1. D. XXXIX, 5. Savigny entscheidet sich für die Nichtigkeit auch dem Dritten gegenüber, so daß also der delegirte Schuldner, wenn er 1000 Dukaten dem Beschenkten gezahlt, auf 500 dem Gläubiger (dem Geschenkgeber) verhaftet bleibt, und der dritte Gläubiger, welcher vom Expromittenten als Schenkenden 1000 erhalten, 500 zurückzahlen muß. Dies soll daraus folgen, daß die fehlende Insinuation im neuesten r. R. dieselbe Wirkung habe, wie die verbotene Schenkung unter Ehegatten, bei welcher diese Grundsätze gelten. Das wäre aber doch nur ein indirekter Beweisgrund, ausdrückliche Aussprüche der Quellen fehlen; die im Text vorgetragene Ansicht, die der Natur der Sache zu entsprechen scheint, können unterstützen: 1. 21. §. 1. D. XXXIX, 5. (Delegation) und 1. 5. §. 5. D. XLIV, 4. (Expromission). S. hierüber Savigny S. 597. 599.

⁷⁷) §. 1063. b. L. Nur schriftliche Form verlangt das österr. G. B. §. 943. und der

ist die gerichtliche Form Erklärung zu gerichtlichem Protokoll zur Beglaubigung, nicht zur Bestätigung⁷⁹⁾. Abweichend vom römischen Recht ist die Nothwendigkeit der gerichtlichen Form nicht vom Betrage des Geschenks bedingt. Soweit ist die Vorschrift klar und einfach, ja man darf sagen, einfacher als bei den Römern, da die Berechnung des Betrages, die oft sehr zweifelhaft sein kann, und die Schwierigkeiten vermieden sind, die namentlich bei untheilbaren Sachen daraus entstehen, daß ein Geschenk bis 500 Solidi giltig und nur auf den Ueberschuß nichtig ist. Zweifelhaft dagegen ist, was das A. R. unter Schenkungsvertrag versteht, ob nur das obligatorische Schenkungsversprechen oder überhaupt jede Schenkung. Wichtig ist hierbei die Aeußerung von Suarez bei der Schlussrevision⁷⁹⁾: „es ist als Vorbeugungsmittel angenommen, daß aus *pactis de donando*, wenn sie außergerichtlich geschlossen, auf Erfüllung nicht soll geklagt werden können. Es giebt Leute, die sich sehr bedenken, wenn sie nur etliche Louisd'or baar aus ihrem Beutel weggeben sollen, die es aber gar nichts kostet, ein Versprechen, das erst in der Zukunft erfüllt werden soll, auszustellen und zu unterschreiben.“ Durch die gerichtliche Form hat also nur das Schenkungsversprechen getroffen werden sollen, dies ist unter „Schenkungsvertrag“ zu verstehen⁸⁰⁾; die Schenkung durch Uebergabe fällt nicht unter jene Vorschrift⁸¹⁾. Daher kann, wenn eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe wirklich⁸²⁾ übergeben worden, das Geschenk nicht wegen mangelnder Form widerrufen, d. h. vom Geber vindizirt oder kondizirt werden⁸³⁾, und bei wirklich übergebenen unbeweglichen Sachen genügt, den allgemeinen Vorschriften über die Form entsprechend, daß die *justa causa* der Uebergabe, der Titel, in schriftlicher Form erklärt worden⁸⁴⁾. Der außergerichtliche schriftliche Vertrag gilt als Puntation, es kann also auf gerichtliche oder notarielle Form geklagt werden⁸⁵⁾, wenn diese, wie bei Grundstücken behufs Verichtigung des Be-

bair. Entw. Art. 97. Erklärung zu gerichtlichem Protokoll oder gerichtliche Bestätigung nach sächs. G. B. §. 1056.

⁷⁹⁾ Koch, R. d. F. III. S. 167 a. E. 168.

⁷⁹⁾ Jahrb. B. 41. S. 23 f.

⁸⁰⁾ Auch so nach österr. Recht. Unger S. 205.

⁸¹⁾ Koch, Komm. Note 31. zu §. 1063.

⁸²⁾ §. 1068. Die geschenkte Sache muß in die Gewahrsam des Beschenkten oder seines Stellvertreters gekommen sein, der Besitz ohne diese genügt nicht, weil er noch eine Klage auf Erfüllung übrig läßt. Die *s. g. brevi manu traditio* ist also genügend, das *constitutum possessorium* ungenügend. Es muß zwischen Schenker und Beschenktem das Geschäft ein abgemachtes sein. Koch, Komm. Note 37.

⁸³⁾ §. 1065. b. I. Bei Strietb. B. 11. S. 71. war das Geschenk der 1000 Thlr. durch Einhändigung an den Vormund giltig geworden, ohne daß es der gerichtlichen Form bedurft hat.

⁸⁴⁾ §. 1066 b. I. Vergl. §. 135. I, 5. und Koch's Note 16. hierzu. Entsch. B. 1. S. 363.

⁸⁵⁾ §. 1067.

stigtitels nothwendig ist. Es bedarf ferner die schenkungsweise erfolgte Cession, wenn sie nicht als ein besonderes pactum de cedendo, als Schenkungsversprechen auftritt, nicht der gerichtlichen Form, weil die Abtretungshandlung selbst, der Uebergabe körperlicher Sachen analog, die Schenkung sofort vollzieht, nicht erst eine Erfüllung für die Zukunft verheißt, weil sie nicht ein obligare, sondern ein dare ist⁶⁶⁾. Nur bei dem Schenkungsversprechen hängt die Klagbarkeit von der gerichtlichen Form ab, weder notarielle noch einfache Schriftlichkeit lassen die Klage auf Erfüllung zu⁶⁷⁾. Nun hat aber das A. L. R. noch die Vorschrift, daß der Schenkende bei gerichtlicher Abschließung des Vertrages ausdrücklich zu versichern habe, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteige, daß ihm dabei das Gesetz nebst den Folgen seiner Angabe deutlich ausgelegt, und wie dieses geschehen, in dem Protokoll ausdrücklich bemerkt werden soll⁶⁸⁾. Es entsteht die Frage, ob dies eine Formvorschrift oder eine materielle ist, ob es zur Vollendung der gerichtlichen Form gehört, daß der Schenkende jene Erklärung abgebe und darüber vom Richter belehrt werde, so daß wenn beides unterblieben, die ganze Schenkung nichtig ist, oder ob an ihr Unterbleiben sich nur besondere materielle Folgen knüpfen. Koch⁶⁹⁾ nimmt ersteres an, er schließet daraus, daß bei jedem gerichtlich erklärten Schenkungsversprechen jene Vorschrift beobachtet werden muß, daß mithin ohne dieses mehr als die Hälfte des Vermögens auch nicht in gerichtlicher Form verschenkt werden kann, und daß daher nach preussischem Recht die Schenkung eines ganzen Vermögens schlechthin un-

⁶⁶⁾ Entsch. B. 51. S. 121. (Auch selbst wenn auf Grund einer schenkungsweise Cession die Herausgabe eines Grundstücks verlangt wird.) Die Cession muß aber an sich rechtmäßig ausgeführt sein, d. h. es muß die Abtretung verbrieftester Forderung schriftlich mit Aushändigung der Schuldburkunde erfolgt und bei Abtretung hypothekarischer Forderungen wenigstens notarielle Form beobachtet sein. Auch ist nothwendig, daß die schriftliche Cession dem dadurch Beschenkten eingehändigt werde. Vergl. Schles. Arch. B. 4. S. 472. Entsch. B. 20. S. 128. B. 2. S. 260. Strietb. B. 9. S. 192. c. B. 43. S. 268. b. Boots in d. Arnob. jurist. Monatschr. I, 321. Auch nach österr. R. ist die Cession von der besonderen Schenkungsform befreit. Unger S. 205. Note 15. — Schenkung durch Delegation, Expromission, Erlaß bedarf nicht der gerichtlichen Form (Entsch. B. 5. S. 261. B. 13. S. 190. Al. 2. Strietb. B. 43. S. 269. c.) unter der Voraussetzung, daß der Beschenkte wirklich in die Lage gebracht ist, bei der Delegation über die geschenkte Forderung wie über seine eigene zu verfügen, d. h. gegen den Delegaten zu klagen, oder bei der Expromission und dem Erlaß durch die Befreiung von seiner Schuld eine Vermögensvermehrung erhalten zu haben, d. h. er muß bei der Expromission eine Einrede gegen den Gläubiger, bei dem Erlaß eine Einrede gegen den Schenkenden gebrauchen können. Der beschenkte Delegatar muß also auch die etwaige Schuldburkunde empfangen. — Die Schenkung eines Sparkastenbuchs wird nicht durch dessen Uebergabe vollzogen, sondern verlangt Cession der Forderung an die Sparkasse. Gruchot II, 426. VI, 403.

⁶⁷⁾ §. 1069. b. I.

⁶⁸⁾ §. 1094. 1095. b. I.

⁶⁹⁾ Koch, Komm. Note 52. zu §. 1094. R. d. F. S. 168 f. 213 oben. Vergl. hierüber Suarez, Jahrb. B. 41. S. 29 f.

ausführbar sei. Allein gegen diese Auffassung spricht, daß jene Vorschrift gegeben ist nicht bei der Stelle, wo von der Form des Schenkungsvertrages gehandelt wird, sondern wo von dem Widerruf einer Schenkung wegen Uebermaßes die Rede ist, und hieraus folgt, daß ihre Nichtbeachtung nicht die Schenkung formell ungiltig macht, sondern nur diesen besonderen Grund zum Widerruf nicht ausschließt. Darum ist es auch möglich und zulässig, die Schenkung eines ganzen Vermögens, obschon bei ihr jene Erklärung nicht abgegeben werden kann, „rechtsgiltig“ vorzunehmen. Geht ihr ein Schenkungsversprechen voraus, so muß es zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden; wird sie sofort durch Uebergabe (Tradition, Cession der einzelnen Sachen und Rechte) vollzogen, so bedarf sie auch der gerichtlichen Form nicht und nur darin besteht ihre Eigenthümlichkeit, daß sie, weil es bei ihr nicht möglich ist, den Widerruf wegen Uebermaßes durch eine Erklärung auszuschließen, erst gesichert ist, wenn der Zeitablauf von drei Jahren das Widerrufsrecht beseitigt hat⁹⁰⁾. Das Resultat ist demnach: jede Schenkung, die sofort durch Uebergabe oder durch einen ihr entsprechenden Akt vollzogen wird, ist formlos giltig — sie erfordert nur, daß dieser Uebergabe-Akt gehörig erfolgt ist. Das Schenkungsversprechen allein muß, wenn es eine Klage auf Erfüllung erzeugen soll, ohne Unterschied des Betrages, gerichtlich erklärt werden und bei dieser Insinuation bedarf es weder einer Erklärung über den Betrag, noch einer Belehrung des Richters⁹¹⁾. Mit einem Wort: die gerichtliche Insinuation ist nach preussischem Recht nur nöthig für die Klage auf Erfüllung, und diese ist nur denkbar, wenn ein ausdrückliches Schenkungsversprechen erfolgt ist⁹²⁾.

B. Der Widerruf einer Schenkung ist die zweite Besonderheit dieses Rechtsgeschäfts⁹³⁾; sie trifft nicht, wie die Form, nur das Schen-

⁹⁰⁾ S. auch Göppert, Beitr. z. Lehre v. Miteigenthume S. 116. Note 1. Im Privatrecht B. 2. S. 286. §. 611. a. U. hat Koch im Widerspruch mit seinen andern Schriften die richtige Ansicht.

⁹¹⁾ Bei schenkungsweise überlassener Nutzung eines Grundstücks hat die Entsch. B. 13. S. 239. die gerichtliche Form für nothwendig erachtet. Dies war zwar im vorliegenden Falle richtig, weil die Nutzung nur versprochen, nicht schon wirklich eingeräumt war, aber darauf stützt sich das D. Trib. nicht, sondern darauf, daß „Schenkungen“ zu ihrer Giltigkeit gerichtlichen Abschluß erfordern. In dieser Allgemeinheit wäre der Satz falsch, und ist er auch sonst vom D. Trib. keineswegs anerkannt. Durch Einräumung eines dinglichen Rechts, wenn der Berechtigte dadurch nur wirklich in den Besitz und Genuß kommt, kann ohne gerichtliche Form geschenkt werden, auch wenn es sich auf eine unbewegliche Sache bezieht. Nicht einmal einfache Schriftlichkeit ist nöthig, da sich §. 1066. nur auf den Fall beziehen läßt, wo das Grundstück selbst (nicht das Nutzungsrecht) Gegenstand der Schenkung ist. — Das Resultat, was Koch, R. d. J. III. S. 170. hinstellt: „es giebt keine freie Schenkung, jede Schenkung erfordert zur Rechtsgiltigkeit gerichtliche Insinuation; aber auch eine gerichtlich insinuirt Schenkung jeder Art ist ungiltig, soweit sie die Hälfte des Vermögens des Schenkenden übersteigt. Es kann also jede ohne gerichtlichen Akt geschenkte Kleinigkeit innerhalb der Verjährungszeit zurückgefordert werden,“ ist in jedem Wort unrichtig.

⁹²⁾ §. 1076. b. I. S. unten bei VIII. Entsch. B. 5. S. 268.

lungsversprechen, sondern ebenso die schon vollzogene Schenkung. Der Widerruf ist eine Ausnahme von dem Rechtsatz, daß gültig errichtete Geschäfte unwiderruflich sind⁹⁴⁾; er wird nur gestattet aus besonderen Gründen und setzt eine gültige Schenkung voraus, also entweder ein gerichtliches Schenkungsversprechen, oder eine durch Uebergabe vollzogene Schenkung; er unterscheidet sich wesentlich von der Anfechtung, welche wegen Ungültigkeit stattfindet⁹⁵⁾, von der Aufhebung, welche zwar auch ein gültiges, aber ein noch nicht erfülltes Geschäft, und zwar nicht dadurch beseitigen soll, daß der Verpflichtete sich einseitig und willkürlich seiner Verpflichtung entzieht⁹⁶⁾, endlich von den Rückforderungsrechten (den Konditionen), die wegen mangelnden Rechtsgrundes gegeben sind⁹⁷⁾. Das Charakteristische des Widerrufs einer Schenkung besteht gerade darin, daß er nur aus einer Willensänderung des Gebers hervorgeht, und daß diese ihm gestattet wird vor und nach der Erfüllung. An sich ist also dieser Widerruf rein willkürlich, aber das positive Recht schränkt diese Willkür ein, indem es einerseits nur bestimmte Gründe für eine solche Willensänderung zuläßt, andererseits wenigstens in einzelnen Fällen derselben kürzere Zeitgrenzen steckt. Neben und außer dem Widerrufsrecht des Gebers ist zwar auch ein solches dritten Personen gestattet, den Gläubigern, den Pflichttheilserben des Gebers — diese Berechtigungen stehen aber unter anderen Gesichtspunkten. Von der den Gläubigern zustehenden Anfechtung der Schenkungen ihres Schuldners ist bereits I. S. 510. fg. gehandelt; die Erörterung des Widerrufs der Pflichttheilserben muß bis zur Darstellung des Erbrechts verschoben werden, weil sein Verständniß den Begriff des Pflichttheilsrechts voraussetzt. Passender erscheint es auch, das Recht derer, die einen gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt an den Schenkenden haben, eine Schenkung desselben zu widerrufen, an die Erörterung dieses Anspruchs anzuschließen. So bleiben hier nur die Fälle übrig, wo der Geber selbst die gültig von ihm versprochene oder vollzogene Schenkung widerrufen darf.

Das römische Recht gestattet in zwei Fällen dem Geber, seinen Willen zu ändern: wegen nachgeborener Kinder und wegen Undankbarkeit des Empfängers. Beide Fälle knüpften sich im älteren Recht an das Patronatsverhältniß an⁹⁸⁾, der letztere hat dann durch Justinian⁹⁹⁾, der erstere

⁹³⁾ Savigny S. 224 f. §. 168. 169. Koch, R. d. J. S. 174 fg. Unger S. 212 fg.

⁹⁴⁾ Grundsätzlich ist die Unwiderruflichkeit auch für die Schenkung anerkannt in §. 1089. d. Z. Vgl. österr. Ges. B. §. 946.

⁹⁵⁾ Oben §. 88. B. 1. S. 508.

⁹⁶⁾ Oben §. 87. B. 1. S. 500. Savigny S. 226.

⁹⁷⁾ Savigny S. 225.

⁹⁸⁾ Savigny S. 228. 229 f.

⁹⁹⁾ I. 10. C. VIII, 56.

durch die gemeinrechtliche Praxis¹⁰⁰⁾ eine allgemeine Anwendbarkeit erhalten. Ein Widerruf wegen Uebermaßes mußte dagegen dem römischen Recht fremd sein, weil es hiergegen schon durch seine Vorschrift über die Form Vorsorge getroffen. Das steht nach A. L. R. anders. Die gerichtliche Form hat zur Höhe des Geschenks keine Beziehung, sie soll nur das Schenkungsversprechen klagbar machen. Deshalb war, um übermäßige Schenkungen zu verhüten, folgerecht, daß man einen besonderen Widerrufsgrund aufstellte. Damit erschöpfen sich aber die Fälle des eigentlichen Widerrufs, soweit solcher dem Geber selbst zusteht, und wenn das A. L. R. unter diese noch die spätere Verarmung des Gebers zählt¹⁰¹⁾, so giebt es bei solcher dem Schenkenden vielmehr ein Recht auf Unterhalt, was sich wesentlich vom Widerruf unterscheidet.

Die einzelnen Regeln des A. L. R. über den Widerruf sind folgende:

1. Ohne besonderen Grund für die Willensänderung kann der Geber jede außergerichtliche Schenkung, also jede ohne besonderes Schenkungsversprechen durch Uebergabe vollzogene, innerhalb sechs Monate seit der Uebergabe widerrufen¹⁰²⁾. Dies ist eine dem preussischen Recht ganz eigenthümliche Bestimmung, die das Korrektiv gegen die Formlosigkeit der Schenkungen durch Uebergabe bilden soll. Außer der Zeitgrenze hat die Willkür des Gebers hier keine Schranken. Aber eben darum, weil dieser Widerruf allein aus der Willensänderung des Schenkenden hervorgeht, keiner besonderen objektiven oder thatsächlichen Gründe bedarf, ist es der Natur der Sache widersprechend und ein offener Fehlgriß, einen solchen Widerruf dem Erben des Gebers zu gestatten. Der Erbe kann den Willen des Erblassers nicht ändern, die bloße Fähigkeit oder Möglichkeit, den Willen zu ändern, läßt sich nicht vererben¹⁰³⁾. Mit Ablauf der sechs

¹⁰⁰⁾ Lauterbach ad XXXIX, 5. §. 53—57. Wernher II, 10. obs. 371. Höpfer, §. 412. Nr. 3., der diesen Widerrufsgrund auf die stillschweigende Klausel *rebus sic stantibus* zurückführt. Koch, R. d. F. S. 177.

¹⁰¹⁾ §. 1123 fg. d. E.

¹⁰²⁾ §. 1090. d. E.

¹⁰³⁾ Entsch. V. 11. S. 256. Hier ist der Satz ausgesprochen: Die dem Geschenkgeber zustehende Befugniß, eine außergerichtliche, durch Uebergabe vollzogene Schenkung binnen 6 Monaten zu widerrufen, beschränkt sich nicht auf seine Person, sondern geht auch auf seine Erben über. Denselben Satz hat das Appell. G. Hamm angenommen, bei Gruchot V. 2. S. 427. Gegen diese Praxis hat sich die Theorie wohl einstimmig erklärt. Koch, R. d. F. S. 175. Preuß. Erbrecht. 1865. I. S. 84 fg. Gruchot V. 2. S. 429. Hornemann scheint in der 2. A. V. 3. S. 223. bei 8. b. die Vererblichkeit des Widerrufs auf den Fall zu beschränken, wo bereits eine gerichtliche Erklärung des Erblassers vorliegt. Er würde hiernach die Praxis des O. Trib. nicht mehr billigen (s. 1. A. V. 3. S. 373. Note). Das Erf. des O. L. G. Breslau, welches durch das O. Trib. geändert wurde, sagt sehr richtig: „Das Widerrufsrecht sei kein Vermögensrecht und könne ebenso wenig, wie der individuelle Wille eines Menschen überhaupt abgetreten und vererbt werden.“ Wenn das O. Trib. annimmt, der Widerruf basire hier auf einem Formmangel, der angefochten werden soll, so verkennt es ebenso den Begriff des Wider-

Monate erlischt dieses willkürliche Widerrufsrecht, welches nicht die Bedeutung der Anfechtung einer ungiltigen Schenkung hat. Man wird daher dem Schenkenden auch nach sechs Monaten die Anfechtung aus allgemeinen gesetzlichen Gründen z. B. wegen wesentlichen Irrthums nicht verfahren dürfen¹⁰⁴).

2. Die besonderen Gründe sind: a. Uebermaß läßt innerhalb dreier Jahre vom Tage der Uebergabe oder der Insinuation widerrufen¹⁰⁵). Uebermäßig ist jede Schenkung, welche die Hälfte des Vermögens zur Zeit der Insinuation oder Uebergabe übersteigt. Wird zwischen der Insinuation und der Uebergabe widerrufen, so wird auf den Zustand des Vermögens, wie er alsdann (d. h. zur Zeit der Ausübung des Widerrufs) beschaffen war, Rücksicht genommen¹⁰⁶). Die Schenkung des ganzen Vermögens ist daher stets an sich eine übermäßige und innerhalb jener Zeit unbeschränkt widerruflich. Bei der Schenkung eines aliquoten Theils des Vermögens kommt es auf die Feststellung seines Verhältnisses zum Ganzen an, und dies kann oft eine sehr schwierige und zweifelhafte Berechnung nöthig machen, namentlich wenn das Geschenk in fortlaufenden, zu bestimmten Zeiten sich wiederholenden Zuwendungen besteht, wenn dieselbe Person zu gleicher Zeit und durch denselben Akt mehreren Personen schenkt. Das A. L. R. hat nicht unterlassen, solche Fälle kasuistisch zu behandeln¹⁰⁷). Das

rufs, der gerade eine formell gültige Schenkung voraussetzt, als die Bedeutung der Form bei der Schenkung nach A. L. R., denn die durch Uebergabe vollzogene Schenkung ist formlos unzweifelhaft gültig, was das O. Trib. selbst wiederholt anerkannt hat.

¹⁰⁴) Das hat jedoch das O. Trib. (Strietz. B. 21. S. 128.) verneint. Die Entsch. ist bedenklich. Es handelt sich nicht um Widerruf im technischen Sinn, sondern um Anfechtung einer außergerichtlich vollzogenen Schenkung wegen ausdrücklich erklärten irrigen Beweggrundes, nach Ablauf von 6 Monaten. Der erste Richter hatte §. 150. I, 4. angewendet. Das O. Trib. deduzirt ohne weitere Ausführung, §. 150. passe nicht, es müsse §. 1090 f. I, 11. oder §. 166 f. I, 16. zur Anwendung kommen. Der §. 150. I, 4., welcher auf freigebige Willenserklärungen sich bezieht, macht keinen Unterschied zwischen Schenkungen, Zahlungen oder anderen freigebigen Zuwendungen. Es ist auch in der That kein Grund zu finden, weshalb eine Schenkung nicht als „unkräftig“ d. h. als ungiltig angefochten werden soll, wenn auch der Widerruf aus §. 1090. nicht mehr statthaft ist.

¹⁰⁵) §. 1091—1112 d. L. Koch, R. d. F. III. S. 197.

¹⁰⁶) §. 1097. 1098.

¹⁰⁷) §. 1099—1111. d. L. Die Erörterung dieser §§. hat wissenschaftlich kein Interesse. Koch, R. d. F. III. S. 198 f. Im röm. Recht werden diese Fragen erörtert, um die Nothwendigkeit der Insinuation festzustellen. Seuffert B. 8. Nr. 131. 285. B. 1. S. 308. Holzschuher, 3. A. IV. S. 480 fg. In §. 1111. ist angeordnet: sobald sich findet, daß Jemand mehr als die Hälfte seines Vermögens verschenkt habe, ist der Richter befugt und schuldig zu untersuchen, ob nicht ein solcher Mensch als ein Verschwender unter Vormundschaft zu stellen sei. Diese munderliche Vorschrift sagt aber nicht, daß jeder, der mehr als die Hälfte verschenkt, deshalb für einen Verschwender anzusehen, sondern es soll nur untersucht werden, ob Verschwendung vorliege, also Leichtsinns, Unbesonnenheit müssen ermittelt werden.

Widerrufsrecht wegen Uebermaßes wird im Fall der gerichtlichen Insinuation, also wenn ein verpflichtendes Schenkungsversprechen der Vollziehung vorausgeht, beseitigt durch die oben schon erwähnte Erklärung des Gebers, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteigt. Diese Erklärung ruft eine Belehrung des Richters hervor, welche darin besteht, daß er dem Geber das Gesetz und die Folgen seiner Angabe erklärt, d. h. daß er ihm klar macht, daß nach einer solchen Angabe das Geschenk wegen Uebermaßes nicht mehr widerrufen werden darf — es sei denn, wenn er nachweisen könne, daß er irrthümlich ohne grobes Versehen sein Vermögen für größer gehalten habe¹⁰⁸). Jene Erklärung des Gebers und diese Belehrung des Richters muß ausdrücklich im Protokoll, und zwar wie sie geschehen, vermerkt werden¹⁰⁹). Nur wenn dies beobachtet, ist der Widerruf wegen Uebermaßes ausgeschlossen. Aber es ist zu bemerken: der Geber ist nicht verpflichtet zu jener Erklärung, und die Belehrung des Richters wird erst nöthig, wenn jener freiwillig diese Erklärung abgegeben. Unterbleibt sie, so folgt daraus, daß der Geber sich den Widerruf für die nächsten drei Jahre offen halten will. Hat der Geber seinen Entschluß, wegen Uebermaßes zu widerrufen, bereits gerichtlich erklärt — aber nur in diesem Fall —, so sind auch seine Erben berechtigt, diesen begonnenen Widerruf zur Ausführung zu bringen¹¹⁰). b. Grober Unbank¹¹¹). Wenn der Empfänger¹¹²) den Geber¹¹³) vorsätzlich oder aus grobem Versehen tödtet, vermundet, geschlagen, oder sonst dessen Leben und Gesundheit gefährdet, wenn er ihm eine schwere Ehrenkränkung¹¹⁴) zugefügt, wenn er boshaft oder aus unerlaubtem Eigennutz sein Vermögen beschädigt hat oder hat beschädigen wollen, und der Nachtheil nur zufällig nicht eingetreten ist¹¹⁵), so kann sowohl das Schenkungsversprechen als eine vollzogene Schenkung widerrufen werden. Der Begriff der Unbankbarkeit ist ausgeschlossen, wenn sich der Empfänger bei seiner Handlung in der Selbstvertheidigung befunden hat¹¹⁶). Der Erbe des Gebers hat, wenn dieser durch den Empfän-

¹⁰⁸) §. 1094—1096 b. Z.

¹⁰⁹) §. 1095. b. Z.

¹¹⁰) §. 1112 b. Z.

¹¹¹) §. 1151—1161. b. Z. I. 10. C. VIII, 56. Koch, R. d. F. III. S. 178. Savigny S. 230. Unger S. 213. Nach österr. Gesetzbuch §. 948. entscheidet, ob die Handlung des Beschenkten von Amtswegen oder nach Verlangen des Gebers nach dem Strafgesetz verfolgt werden kann. Sächs. G. B. §. 1059.

¹¹²) Der Unbank seiner Erben begründet den Widerruf nicht.

¹¹³) Die Unbankbarkeit muß sich gegen den Geber selbst richten.

¹¹⁴) Das neue Strafgesetzbuch hat die Eintheilung der Ehrenkränkungen des II, 20. A. L. R. nicht aufgenommen. Der Richter hat im einzelnen Fall zu ermessen, ob die Beleidigung eine schwere ist.

¹¹⁵) Also auch der Versuch gilt als Unbankbarkeit. Die einzelnen Fälle sind nicht analog auf andere auszudehnen (ex his tantummodo causis). Savigny S. 233.

¹¹⁶) §. 1156. b. Z.

ger. sein Leben oder den Gebrauch seiner Verstandeskkräfte verloren hat, das Recht des Widerrufs aus der Person des Erblassers auszuüben, indem, wie sich Koch richtig ausdrückt, die Willensänderung des letzteren fingirt wird¹¹⁷⁾. Sonst ist an sich auch hier dieses Recht nicht vererblich, wenn nicht schon der Erblasser seinen Willen, das Geschenk zu widerrufen, erklärt hat, es sich also nur um eine Ausführung des bereits begonnenen Widerrufs handelte¹¹⁸⁾. Ist die Erklärung von ihm erst außergerichtlich abgegeben, so kann der Erbe den Widerruf fortsetzen, wenn erhellet, daß der Erblasser nur durch den Tod verhindert worden ist, den Unbath gerichtlich zu rügen¹¹⁹⁾. Dies muß vom Erben bewiesen werden¹²⁰⁾. Korporationen können nicht undankbar sein, daher ist ein ihnen zugewendetes Geschenk aus diesem Grunde nicht widerruflich, aber der Schenkende soll doch berechtigt sein, diejenigen Mitglieder der Korporation, von denen er beleidigt worden, von den Vortheilen des Geschenks auszuschließen¹²¹⁾. c. Nachgeborene Kinder¹²²⁾. Ein Widerruf aus diesem Grunde darf nur gegen ein Schenkungsversprechen, nicht gegen eine durch Uebergabe vollzogene Schenkung gerichtet werden¹²³⁾; er ist ausgeschlossen, wenn der Geber zur Zeit des Versprechens schon Kinder hatte und deren Zahl in der Folge sich vermehrt, wenn das Geschenk einem Verwandten in aufsteigender Linie oder einem außer einer Ehe zur rechten Hand erzeugten Kinde zugewendet werden sollte. Unter nachgeborenen Kindern sind die Descendenten, die aus einer Ehe zur rechten Hand erzeugten oder die nachträglich legitimirt sind, nicht aber adoptirte zu verstehen. Eine Mutter kann aber auch widerrufen, wenn sie nachher außerehelich oder in einer Ehe zur linken Hand Kinder geboren hat. Auf die Zahl der nachgeborenen Kinder kommt nichts an. Sind sie wieder gestorben, so kann hinterher nicht widerrufen werden, aber war bei ihrem Tode der Widerruf be-

¹¹⁷⁾ §. 1157. Koch, R. d. F. III S. 181. c.

¹¹⁸⁾ §. 1158. Grundsätzlich stimmt das A. L. O. mit dem römischen R. I. 7. 10. C. VIII, 56. Koch, R. d. F. III. S. 179. Anders nach österr. R. §. 949., welches die Widerrufsklage aktiv und passiv vererblich erklärt. Das sächs. Gef. B. §. 1060. 61. stimmt mit dem preuß. Recht.

¹¹⁹⁾ §. 1159. d. Z.

¹²⁰⁾ Koch, Note 17. zu §. 1159. und R. d. F. III, 81. b. meint, es müsse aus den Umständen erhellen, eine direkte Beweisführung, insbesondere ein nothwendiger Eid sei unzulässig. Da sich aber eine Beweisführung denken läßt, so ist nicht einzusehen, warum sie durch das Wort erhellen ausgeschlossen sein soll.

¹²¹⁾ §. 1160. 1161. d. Z.

¹²²⁾ §. 1140—1150. d. Z. Die neuere Theorie will im Widerspruch mit der herrschenden Praxis diesen Widerrufsgrund für das gemeine Recht verwerfen. Savigny S. 228. Österr. Gef. B. §. 954 verwirft diesen Widerruf.

¹²³⁾ §. 1142. d. Z. Entsch. B. 38. S. 96. Strietz. B. 28. S. 251. c. In der gemeinrechtlichen Praxis wurde die Schenkung durch nachgeborene Kinder als ipso jure aufgehoben angesehen, indem man annahm, die Schenkung sei nur unter der Klausel rebus sic stantibus zugewendet. Von dieser Auffassung ist das A. L. R. frei, es nimmt hier einen eigentlichen Widerruf an.

reits ausgeübt, so kehrt das Geschenk nicht an den Beschenkten zurück¹²⁴⁾. Vererblich ist auch dieses Widerrufsrecht nicht, denn es beruht auf anderem Grunde, daß solchen Kindern, wenn der Erblasser nicht widerrufen, die Befugniß, eine Verletzung des Pflichttheils geltend zu machen, eingeräumt ist. — d. Der Widerruf kann vom Geber durch eine Klage und eine Einrede ausgeübt werden; durch letztere vertheidigt er sich gegen die Klage auf Erfüllung des Schenkungsversprechens, durch erstere strebt er, das wieder zu erlangen, was er durch die Schenkung fortgegeben, um was er durch diese ärmer geworden. Daher leuchtet ein, daß der Widerruf wegen nachgeborener Kinder nur als Einrede praktisch möglich ist. Es ist nicht zweifelhaft, daß die Widerrufsklage (a. revocatoria) eine persönliche Natur hat, es soll nicht vindicirt werden, was dem Geber noch eigenthümlich gehört, sondern es soll vom Empfänger zurückgefordert werden, was der Geber bereits gültig veräußert hat, und zwar mittelst einer f. g. *condictio ex lege*¹²⁵⁾. Diese Klage geht auf Rückgabe der geschenkten Sache, Rückcession des geschenkten Rechts, Erstattung des Gezählten, Zahlung der erlassenen Schuld, auf Früchte und Zinsen — aber mit der Beschränkung, daß der beklagte Empfänger durch die Restitution nicht ärmer werden darf, als er ohne das Geschenk gewesen wäre¹²⁶⁾. Er hat also nur die wirklich noch vorhandene Bereicherung herauszugeben, an die Stelle der veräußerten Sache tritt ihr gelöster Werth¹²⁷⁾. Der Beschenkte wird durch die ihm zugestellte gerichtliche Erklärung des Widerrufs, die nicht als ein besonderer Akt der Klage vorauszugehen braucht, aber ihr vorausgehen kann¹²⁸⁾, unredlicher Besitzer¹²⁹⁾; von diesem Zeitpunkt hat er also als solcher die Restitution zu vertreten. Es ist eine wunderliche, augenscheinlich auch wieder durch ungehörige Einmischung der Moralität hervorgerufene Bestimmung, daß der undankbare Beschenkte von dem Augenblick der

¹²⁴⁾ Das ist eine von der gemeinrechtlichen Praxis abweichende Einschränkung. Koch, R. d. F. III, 186. Entsch. V. 38. S. 96 f.

¹²⁵⁾ Savigny S. 231. Koch, R. d. F. III. S. 175., wo in Note 2. a. ältere Ansichten. Ueber die Verwechslung der *actio revocatoria* mit der Anfechtung einer Schenkung als unkräftig, in Strieth. V. 21. S. 129 f. f. oben Note 104. — Sächf. O. V. §. 1061.

¹²⁶⁾ Savigny S. 239. Koch, R. d. F. III. S. 182.

¹²⁷⁾ §. 1165. d. Z. Savigny S. 237. Koch S. 182. Gegen Dritte ist die Klage niemals zu richten. Hat der Beschenkte die Sache weiter verschenkt, oder ist sie zufällig untergegangen und befindet sich in Folge dessen in dem Vermögen des Beschenkten keine Bereicherung mehr, so ist die Klage auch gegen diesen unsstatthaft. Unger S. 215 f.

¹²⁸⁾ Strieth. V. 9. S. 192. bes. S. 200. Der Widerruf braucht weder im persönlichen Gerichtsstand des Beschenkten zu geschehen, noch ist er sonst an eine Form gebunden. Die Widerrufsklage muß freilich bei dem persönlichen Richter des Beschenkten angestellt werden.

¹²⁹⁾ §. 1166. d. Z. Die gerichtliche Erklärung des Widerrufs hat also die zwei besonderen Wirkungen, daß der Beschenkte in schlechten Glauben versetzt wird und daß der Erbe des Gebers die Ausführung des Widerrufs fortsetzen kann.

begangenen Undankbarkeit als unrechtlicher Besitzer angesehen werden soll¹²⁰⁾. Es folgt daraus, daß derselbe möglicherweise 30 Jahre lang als unrechtlicher Besitzer Eigentümer der geschenkten Sache ist, wenn nämlich der Geber sein Widerrufsrecht nicht gebraucht¹²¹⁾. Weder vor noch bei dem Schenkungsversprechen, auch nicht bei der Uebergabe darf der Geber seinem Recht zum Widerruf entsagen¹²²⁾, außer wegen Uebermaßes — wie oben dargestellt — bei der Insinuation¹²³⁾. Daß die Klage und Einrede nur unter der Voraussetzung vererbt wird, wenn der Erblasser seinen Willen zu widerrufen bereits erklärt hat, ist erwähnt, grundsätzlich ist also das Widerrufsrecht unvererblich¹²⁴⁾; gegen die Erben des Beschenkten gehen aber beide Rechtsmittel, wie gegen diesen selbst¹²⁵⁾. Die Widerrufsklage wegen Undanks und wegen nachgeborener Kinder verjährt in 30 Jahren, wegen Uebermaßes in 3 Jahren¹²⁶⁾, ebenso muß gegen die Klage aus dem Schenkungsversprechen die Einrede des Widerrufs wegen Undankbarkeit und wegen nachgeborener Kinder als unverjährbar angesehen werden, die Einrede wegen Uebermaßes dagegen nach drei Jahren verloren gehen.¹²⁷⁾ — e. An die Lehre vom Widerruf knüpft zum Schluß das A. L. R. noch folgenden sehr allgemein gehaltenen Satz: „wenn der Geschenkgeber eine zum Geschenk versprochene aber noch nicht wirklich gegebene, bestimmte Sache vor der Uebergabe veräußert oder vernichtet, so ist dieses für einen stillschweigenden Widerruf des Schenkungsversprechens zu achten“¹²⁸⁾. Soll dieser erst nachträglich bei der Revision eingeschobene Satz nichts weiter sagen, als daß ein Schenkungsversprechen — bei dem Vorhandensein eines der gesetzlichen Gründe — auch stillschweigend, durch Handlungen widerrufen werden könne, so ist er unbedenklich. Nach dem Wortlaut scheint es aber, als sei gemeint, daß ein Schenkungsversprechen bis zur Erfüllung

¹²⁰⁾ §. 1167. b. I.

¹²¹⁾ Vergl. Koch's Note 22. hierzu. Ebenso nach österr. G. B. §. 949. Unger S. 216.

¹²²⁾ §. 1162. b. I.

¹²³⁾ §. 1163. 1094—1096. b. I.

¹²⁴⁾ Das ist die Lehre des gemeinen Rechts und das preuß. Recht ist nicht davon abgewichen. Selbst die Erwähnung des Erben in §. 1162. beweist nichts dagegen, denn es versteht sich von selbst, daß hier nur an die Fälle gedacht ist, wo Erben ausnahmsweise den bereits begonnenen Widerruf des Erblassers fortsetzen dürfen. Ueber die unrichtige Entscheid. B. 11. S. 256. f. oben Note 103.; über gemeines R. Savigny S. 231. a. E. f.

¹²⁵⁾ §. 1164. b. I. Hier weicht das gemeine Recht ab, welches auch gegen die Erben des Beschenkten den Widerruf versagt, wenn er nicht gegen ihren Erblasser bereits ausgesprochen. Savigny S. 232 f. Koch, R. d. F. III. S. 182.

¹²⁶⁾ §. 1093. d. I.

¹²⁷⁾ Und zwar deshalb, weil der Widerruf nicht bloß durch Klage, sondern auch durch eine einfache Erklärung erfolgen kann, und diese muß bei Uebermaß innerhalb dreier Jahre stattfinden, sonst steht dieser Widerruf nicht mehr zu. S. oben §. 57. B. 1. S. 297. a. E. 298.

¹²⁸⁾ §. 1168. b. I.

willkürlich durch Handlungen widerrufen werden könne, auch wenn keiner der gesetzlichen Gründe eingetreten. Wäre dies gemeint, so ist nicht zu verstehen, was dann noch die Klage aus einem gültigen Schenkungsversprechen bedeuten soll, die der Schenkende nach freiem Belieben jeden Augenblick illusorisch machen kann. Koch¹³⁹⁾ nimmt an, es sei hier nur bestimmt, daß nicht bloß ein ausdrücklicher, sondern auch der durch die erwähnten Handlungen an den Tag gelegte Widerruf den Erben berechtige, daraus eine Einrede gegen die Erfüllungsklage aus dem Schenkungsversprechen zu entnehmen — natürlich vorausgesetzt, daß der Widerruf an sich gesetzlich begründet ist. Dadurch bekommt allerdings der §. einen gewissen Sinn, aber aus den Worten ist er nicht herauszunehmen, er muß vom Ausleger hineingetragen werden. Will man dies nicht zulassen, so bleibt nur übrig, den §. als bedeutungslose Phrase wegzuwurfen.

VII. Wie schon erwähnt, hat das A. R. R. die Verarmung des Schenkenden auch unter die Widerrufsgründe aufgenommen¹⁴⁰⁾. Dies kann aber nur sehr uneigentlich geschehen, denn das Geschenk selbst wird nicht widerrufen, der Beschenkte ist nicht verpflichtet, den Gegenstand desselben zurückzugeben, das Gesetz bewilligt vielmehr dem Geschenkgeber, wenn er später in Dürftigkeit gerathen ist, einen Anspruch auf Unterhalt (Alimente) an den Empfänger¹⁴¹⁾, dessen Höhe auf 6 Prozent von der geschenkten Summe oder dem Werthe der Sache jährlich bemessen wird. Der Beschenkte muß, wenn er aus eigenen Mitteln diesen Unterhalt nicht gewähren kann, die Substanz des Geschenks, soweit es sich noch in seinem Vermögen befindet, dazu verwenden, mit seinem sonstigen Vermögen haftet er nicht, und er kann sich von der Verpflichtung befreien, wenn er das Geschenk oder die bei ihm noch vorhandene Bereicherung dem Schenkenden zurückgibt¹⁴²⁾. Unter mehreren Empfängern von Geschenken haftet der spätere vor dem früheren, letzterer nur aus Hilfsweise¹⁴³⁾.

¹³⁹⁾ R. d. F. S. 209.

¹⁴⁰⁾ §. 1123—1128 d. Z. Oesterr. G. B. §. 947. sieht dies Recht als eine Ausnahme der Unwiderruflichkeit an.

¹⁴¹⁾ In §. 1123. ist das Recht als eine Kompetenz bezeichnet, das ist es aber auch nicht. S. oben §. 110. Note 5. B. I. S. 737., denn der Geber ist doch nicht ein Schuldner, dem sein Gläubiger etwas übrig lassen muß. Dagegen ist der Beschenkte Schuldner für die Entrichtung der 6 Prozent, und ihm ist insofern scheinbar die Kompetenzeinrede gegeben, als er in keinem Fall genöthigt ist, zur Entrichtung der 6 Prozent über den Betrag des Geschenks zu haften. So weit aber dieser Betrag reicht, darf er dem Geber nicht einwenden, daß er ihm und seiner Familie durch die Alimente den nöthigen Unterhalt entziehe und insofern giebt auch dem Beschenkten §. 1124. d. Z. keine eigentliche Kompetenz, wie Koch, Note 71 im Comment., annimmt. Es kann auch nicht seiner Bemerkung Note 72. im R. d. F. III. S. 208. beigestimmt werden, weil das Alimentationsrecht des Schenklers mit dem beneficium competentiae überhaupt nichts zu thun hat. — Unger S. 217. bezeichnet das Recht des verarmten Schenklers als „partiellen“ Widerruf.

¹⁴²⁾ §. 1126. d. Z.

VIII. Aus dem gerichtlich insinuirten Schenkungsversprechen erwächst dem Beschenkten eine Klage auf Erfüllung¹⁴⁴⁾, nicht eine Klage auf Gewährleistung, wenn dieselbe nicht ausdrücklich versprochen worden¹⁴⁵⁾. Auch die Erfüllungsklage ist, soweit sie gegen den Geber anzustellen, eingeschränkt. Die Uebergabe einer nutzbaren Sache und die Uebereignung eines zinsbaren Kapitals muß zwar geleistet werden mit allen seit der widerrechtlichen Zögerung wirklich erhobenen Nutzungen und Zinsen, aber in Betreff der Erhaltungskosten und Verbesserungen hat der Schenkende die Rechte, in Betreff der Verschlimmerungen nur die Pflichten eines redlichen Besitzers¹⁴⁶⁾ und von geschenktem Gelde hat er erst vom Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses Zögerungszinsen zu gewähren¹⁴⁷⁾. Der Verzug des Gebers hat also gegen ihn selbst nicht seine volle Wirkung. Werden dagegen seine Erben belangt, so sind sie „gleich anderen Schuldnern“ zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet¹⁴⁸⁾; es wird bei ihnen auch anzunehmen sein, daß sie durch die Klagebehändigung unredliche Besitzer werden¹⁴⁹⁾. Außerdem haftet der Schenkende für Arglist¹⁵⁰⁾, wenn er „wissentlich“ eine fremde oder schädliche Sache geschenkt und den Empfänger nicht damit bekannt gemacht, nicht gewarnt hat; er hat dann den „dadurch entstehenden“ Schaden zu ersetzen, worunter nur der wirkliche Schaden nicht auch der entgangene Gewinn wird verstanden werden dürfen, weil bei Auslegung der Verpflichtungen aus freigebigen Rechtsgeschäften immer für das mindere Maß zu interpretiren ist¹⁵¹⁾.

IX. Besondere Arten der Schenkung sind insofern denkbar, als in einzelnen Fällen die Merkmale der Schenkung modifizirt erscheinen,

¹⁴³⁾ §. 1128. b. Z.

¹⁴⁴⁾ §. 1076. b. Z. Das D. V. G. Rassel (Heuser, Annal. I, 914) läßt bei der Schenkung eines ganzen Vermögens eine Klage mit dem allgemeinen Antrag auf Erfüllung zu, die Ermittlung des Umfangs und der Gegenstände der Schenkung dem späteren Prozeß vorbehalten.

¹⁴⁵⁾ §. 1082. 1083. b. Z. 1. 18. §. 3. D. XXXIX, 5. 1. 62. D. XXI, 1. Minderungs- und Wandellage sind bei der Schenkung undenkbar. Die Klage auf Gewährleistung kann also auch da, wo diese bebungen, immer nur auf das Interesse gehen. Die Behauptung, daß wenn ein genus versprochen, der Schenker für Eviction einstehen müsse, beruht auf einem Mißverständnis; da genus non perit, kann es nicht evinjirt werden. Bangerow B. 3. S. 336. Oben B. 1. S. 470. Note 32.

¹⁴⁶⁾ §. 1077. 1078. 1080. b. Z. §. 280. I, 5. d. h. er haftet für dolus und culpa lata, wie nach röm. R. 1. 22. §. 5. D. XIII, 5. 1. 108. §. 12. D. de leg. I.

¹⁴⁷⁾ §. 1079. b. Z. 1. 22. D. XXXIX, 5. Savigny S. 121. Nach gemeinrechtl. Praxis (Rassel bei Heuser Ann. I, 915.) beginnen die Folgen des Verzugs mit der Insinuation der Klage. Seuffert V, 284. XVII, 220.

¹⁴⁸⁾ §. 1081. b. Z. D. h. von Ablauf der Ueberlegungsfrist. Koch, Komm. Note 44. Seuffert B. 5. Nr. 19.

¹⁴⁹⁾ Nach dem allgemeinen Grundsatz in I, 7. §. 222. Siehe oben §. 51. B. 1. S. 237.

¹⁵⁰⁾ §. 1084. 1. 18. §. 3. D. XXXIX, 5. 1. 62. D. XXI, 1. Oesterr. G. B. §. 945.

¹⁵¹⁾ Vergl. oben §. 106. B. 1. S. 701. Note 57.

oder zu ihnen noch besondere Merkmale hinzutreten. Modifizirt ist das Merkmal der Unentgeltlichkeit bei der f. g. gemischten, der belohnenden, der belasteten und der f. g. wechselseitigen Schenkung, ein besonderes Merkmal tritt hinzu bei der Schenkung auf den Todesfall. a. Unter gemischter Schenkung (*negotium cum donatione mixtum*)¹⁵³⁾ versteht man diejenige, welche mit einem entgeltlichen Geschäfte verbunden oder in ein solches eingekleidet ist, und zwar so, daß die Gegenleistung in einem solchen Mißverhältniß zur Hauptleistung steht, daß durch den überschießenden Werth der letzteren der Empfänger bereichert wird. Dies kann in sehr verschiedener Weise zur Ausführung gebracht werden; man kann zu niedrigem Preise verkaufen oder vermieten, zu hohem Preise kaufen oder mieten, gegen eine Valuta unter dem Nennwerth eine Forderung abtreten u. s. w.¹⁵³⁾. Im einzelnen Fall wird zu ermessen sein, ob das entgeltliche Geschäft nur zum Schein abgeschlossen, um die Schenkung zu verdecken¹⁵⁴⁾, oder ob neben jenem die Schenkung auf den überschießenden Werth gelten soll, oder auch ob die Schenkungsabsicht fehlt, das Geschäft daher als entgeltliches zu beurtheilen ist¹⁵⁵⁾. Das A. L. R. hat über gemischte Schenkungen nichts vorgeschrieben, es kann aber nicht bezweifelt werden, daß soweit solche Geschäfte wirkliche Schenkungen und als solche beabsichtigt worden sind, sie deren Vorschriften über Form und Widerruf unterworfen werden müssen¹⁵⁶⁾. b. Die belohnende Schenkung (*d. remuneratoria*)¹⁵⁷⁾ ist die Vergeltung einer dem Geber zugewendeten üblichen Handlung oder eines ihm geleisteten¹⁵⁸⁾ wichtigen Dienstes. Zur Zeit der Redaktion des A. L. R. stritt man über die Natur einer solchen Schenkung¹⁵⁹⁾. Sie ist überhaupt eine Erfindung der deutschen Praktiker¹⁶⁰⁾. Nach römischem Recht — und nach der an sich richtigen Theorie — ist sie als eine besondere Art der Schenkung nicht aufzufassen¹⁶¹⁾, denn entweder hat

¹⁵³⁾ Savigny S. 99. Unger S. 219. I. 18. pr. D. XXXIX, 5.

¹⁵³⁾ I. 5. §. 5. I. 32. §. 26. D. XXIV, 1. 1. 38. D. XVIII, 1. 1. 2. D. III, 6. 1. 8. D. XLVIII, 11. Unger a. a. O.

¹⁵⁴⁾ Unger S. 220. a. E. (*nummo uno vendere*).

¹⁵⁵⁾ Z. B. wenn aus Noth oder aus besonderen Gründen zu billig verkauft oder zu hoch gekauft wird. Savigny S. 80. Unger S. 195.

¹⁵⁶⁾ Seuffert VI, 38. XVIII, 136.

¹⁵⁷⁾ Koch, R. d. F. S. 213. Gruchot in f. Beitr. B. 7. S. 159. Meherfels I. S. 368. Savigny S. 86. Unger S. 221. A. L. R. §. 1169—1177 b. I.

¹⁵⁸⁾ Der Dienst muß geleistet sein, er ist also als *causa praeterita* aufzufassen, eine *causa futura* giebt der Schenkung nicht den Charakter der belohnenden. §. 1177. b. I. Dresden. Ann. IV, 285.

¹⁵⁹⁾ Koch, R. d. F. S. 214 f. Comment. Note 24. zu §. 1169.

¹⁶⁰⁾ Nicht eine Erfindung der Redactoren des A. L. R., wie Gruchot S. 159. behauptet.

¹⁶¹⁾ Das österr. O. B. §. 940. folgt der richtigen Theorie. Das sächs. O. B. §. 1064. schließt, wenn durch die Schenkung Dienstleistungen vergolten werden sollen, welche gewöhnlich bezahlt werden, und wegen Lebensrettung Form und Widerruf aus,

der Dienst, der durch sie belohnt werden soll, den Charakter einer rechtlichen Leistung mit dem Anspruch auf Gegenleistung, wenn eine solche auch ohne Versprechen nur üblich ist — und dann ist das Geschenk diese Gegenleistung —, oder er gehört dem Rechtsgebiet überhaupt nicht an, oder er war unentgeltlich erzwingbar, und dann ist das Geschenk eine freie Gabe, bei welcher der empfangene Dienst das Motiv für die Schenkungsabsicht bildet und der Schenkung ebenso wenig, wie ein anderes Motiv eine besondere Eigenthümlichkeit geben kann¹⁶²). Nur in einem Fall hat das römische Recht eine solche angenommen, d. h. die Regeln des Widerrufs und die Nothwendigkeit der Insinuation ausgeschlossen: wenn Etwas gegeben ist für die Rettung aus Lebensgefahr¹⁶³). Allein unter den Praktikern entstand die Meinung, jede Gabe, die wegen eines wichtigen Dienstes zugewendet werde, sei als eine entgeltliche zu betrachten, auf sie seien nicht die Regeln von der Schenkung, sondern die von den s. g. lästigen Verträgen anzuwenden, insbesondere also müsse der Geber Gewähr leisten für Fehler und für Entwährung einstehen¹⁶⁴). Dies führte nothwendig zu dem Bemühen, das eigentlich Charakteristische dieses Geschäfts, den geleisteten Dienst, zu fixiren. Zu einer Bestimmtheit, welche Dienste, Gefälligkeiten oder Wohlthaten eine solche Wirkung äußern sollten, konnte es freilich nicht kommen, aber es sollte wenigstens bei der Schenkung, oder in der Urkunde über dieselbe der Dienst genannt¹⁶⁵), und wenn öthig

im ersteren Fall soweit dem Preis der Dienstleistung die Schenkung gleichkommt. Siehe l. 5. D. XXXIX, 5. Seuffert I, 55.

- ¹⁶²) S. Voet, comm. ad P. XXXIX, 5. Nr. 3. Meyerfeld a. a. D. Marezoll in der Zeitschr. f. Civ. R. und Proz. B. 1. S. 30. Savigny S. 88 fg. Blätter f. R. Anw. B. 7. S. 327.
- ¹⁶³) l. 34. §. 1. D. XXXIX, 5. (vergl. mit Pauli S. R. V, 11. §. 6.). S. hierüber Savigny S. 97 f.
- ¹⁶⁴) Diese Ansicht vertreten Mynsinger, obs. IV, 75. Gail, obs. II, 38. 5. u. 6. obs. 39, 14. Carpov, jurispr. Forens. Rom. Sax. p. II, const. 12. def. 15. n 5. Stryk, usus mod. lib. 39. tit. 5. §. 17 in f. Lauterbach, coll. th. pr. 21. 2. §. 17. Böhmer, jus nov. contror. obs. 123. — Von den Neueren Schwegge, röm. Priv. R. §. 499. — Daß die remuneratorische Schenkung als reine Schenkung aufzufassen und den gesetzlichen Regeln derselben unterworfen sei, hat schon Giphanius (bei Meyerfeld S. 368. Note 2.) behauptet. Ferner vertreten diese Ansicht Cocceji, jus contr. XXI, 2. qu. 6., Gluck B. 20. S. 246., Meverfeld, Marezoll, Kriß (Samml. v. Rechtsfällen B. I. S. 1 f.), Savigny. Auch Vangerow ist hierher zu rechnen, obgleich er meint, daß Meyerf. und Sav. zu weit gehen, wenn sie nur eine unschätzbare Wohlthat für die Ausschließung des Widerrufs wegen Undankbarkeit geeignet halten. — Auch ob der Schenker Verzugszinsen entrichten müsse, ist streitig, die neuere Praxis ist aber dagegen. Seuffert B. 1. Nr. 55. B. 5. Nr. 284.
- ¹⁶⁵) Wie unbestimmt und weit der Begriff des Dienstes blieb, zeigt sich bei Wolff, instit. jur. nat. et gent. 1750. §. 482.: dicitur autem bene mereri de aliquo, qui operam dat, ut ei quocunque modo prosit, vel agit, quod ad utilitatem vel jucunditatem facit. Dagegen wurde aber andererseits wenigstens verlangt, ut non generalis meritorum mentio fiat, sed in specie exprimat, quibus meritis donator ad liberalitatem commotus sit. Leyser spec. 436. m. 2. 3. und der von ihm citirte Stryk.

— um gegen Widerruf zu sichern — vom Empfänger als wirklich geleistet bewiesen werden¹⁶⁶). Zwischen diesen beiden Auffassungen als einfacher Schenkung und als lästigen Geschäfts bildeten sich hiernach Mittelmeinungen, welche ziemlich haltlos die eine oder andere der eigenthümlichen Regeln der Schenkung (Form und Widerruf, Verbot unter Ehegatten) theils beschränken, theils ganz ausschließen wollten¹⁶⁷).

Obwohl bei der Abfassung des N. L. R. die richtige römische Ansicht ihre Vertreter fand¹⁶⁸), drangen diese doch nicht durch, man schloß sich an die damalige Praxis an: die Voraussetzung ist, daß irgend ein wichtiger Dienst geleistet¹⁶⁹), und deshalb das Geschenk zugewendet worden; der Widerruf ist dann nur wegen Uebermaßes gestattet¹⁷⁰); der Empfänger muß die läbliche Handlung oder den wichtigen Dienst beweisen, wenn ihm das Geschenk aus anderen Gründen streitig gemacht oder widerrufen werden soll¹⁷¹). Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so wird die Gabe nicht etwa als einfache Schenkung beurtheilt, und der Form und dem Widerruf unterworfen, sondern sie wird zurückgenommen. Das ist kein Widerruf, sondern eine Kondiktion¹⁷²). Das belohnende Schenkungsversprechen bedarf nur der schriftlichen Form mit Angabe der Handlung, die belohnt werden soll; dieses Bekenntniß des Gebers befreit den Empfänger von der Beweislast und überträgt sie auf den, der die Schenkung ansech-

¹⁶⁶) Mynsinger a. a. O. n. 2—4. Leyser, med. sp. 436. m. 2. Glück B. 26. S. 201 f. Böhmcr, Rechtsfälle B. 1. Nr. 51.

¹⁶⁷) So nimmt Mühlensbruch, Lehrb. des Pand.-R. §. 443. (B. 2.) an, eine solche Schenkung sei der Insinuation, aber nicht dem Widerruf wegen Unbanks unterworfen, und er beruft sich auf Leyser, sp. 436. med. 1. 6. So auch Pufendorf, tom. 1. obs. 18. §. 10. t. 2. obs. 5. §. 9. Man entnahm insbesondere aus l. 25. §. 11. D. de H. P. die Ansicht, daß die don. remun. die Erfüllung einer Naturalobligation sei. Dagegen schon Duarenus im Tit. de O. et A. c. 2. S. hierüber Marejoll S. 31., Meyerfeld S. 376 fg. Die Praxis fordert die Insinuation nicht, und es tritt in ihr auch noch die Theorie der Naturalobligation hervor. Seuffert B. 3. Nr. 265. B. 4. Nr. 118. B. 5. Nr. 18. B. 8. Nr. 132. 260. B. 13. Nr. 26. Magazin für hannöv. R. B. 2. S. 442. Dagegen Seuffert B. 1. Nr. 340. B. 18. Nr. 37. 38. Dresden. Ann. IV, 288.

¹⁶⁸) S. Koch's Note 24. zu §. 1169.

¹⁶⁹) Das D. Trib. hat die einem Beamten bewilligte Pension unter den Begriff der belohnenden Schenkung gestellt. Der wichtige Dienst wäre hier die frühere Amtsführung. Strietb. B. 29. S. 11. Bei der Unbestimmtheit des Begriffs des wichtigen Dienstes läßt sich hiergegen nichts einwenden, vorausgesetzt, daß der Beamte auf die Pension keinen Rechtsanspruch hatte. Ueber den Begriff s. auch Gesetzsrevisor XIV, 201. 202. (Es kommt auf die subjektive Ansicht des Schenkenden an.)

¹⁷⁰) §. 1170. b. I. Strietb. B. 51. S. 103. Uebermaß im Verhältniß zum Vermögen des Schenkers: Gruchot S. 171.

¹⁷¹) §. 1171. 1172. Strietb. B. 51. S. 103.

¹⁷²) Suarez scheint allerdings dies als Widerrufsgrund aufgefaßt zu haben, er sagt: „daß sie revocirt werden kann, wenn erwiesen wird, daß die Handlung nicht gethan“ (Ges. Rev. Pens. XIV. S. 201.), in Wirklichkeit soll aber die Schenkung nicht giltig sein und rescindirt werden, weil die Voraussetzung falsch war. Das ist eine

ten will¹⁷³⁾. Eigenthümlich dem preussischen Recht ist die Bestimmung, daß Inoffiziosität der belohnenden Schenkung nicht der Grund zu einem Widerruf sein darf¹⁷⁴⁾. Die Klage aus dem belohnenden Schenkungsversprechen weicht nicht ab von der aus dem Versprechen einer einfachen Schenkung¹⁷⁵⁾.

c. Bei der belasteten Schenkung (d. sub modo)¹⁷⁶⁾ übernimmt der Empfänger die Verpflichtung, einen mit der Schenkung vom Geber beabsichtigten Endzweck (modus)¹⁷⁷⁾ zu erfüllen. Der Zweck kann zum Besten des Empfängers oder eines Dritten bestimmt oder selbst im Interesse des Gebers¹⁷⁸⁾ sein — als Gegenleistung darf er nicht aufgefaßt werden, er ist eine Beschränkung des Geschenks, welches sich um den Werth der für die Erfüllung des Zwecks nothwendigen Aufwendungen vermindert¹⁷⁹⁾. Soweit der Empfänger bereichert ist, reicht die Wirkung der Schenkung, d. h. es findet der Widerruf aus den gesetzlichen Gründen statt und das Schenkungsversprechen bedarf der gerichtlichen Form¹⁸⁰⁾. Wird aus solchen Gründen widerrufen, und ist der Zweck nicht zum Vortheil des Empfängers beigefügt worden, so muß ihm ersetzt werden, was er zur Erfüllung des Zwecks aufgewendet hat und zwar nach dem höchsten Werth¹⁸¹⁾. War mit dem Zweck der Vortheil des Empfängers beabsich-

condictio ob causam. Daß §. 1175. eine Anwendung des §. 1171. 1172. ausgesprochenen Grundsatzes sei, wie Koch, Note 27. zu §. 1175., behauptet, läßt sich nicht annehmen. S. auch Gruchot S. 173, und Baron, Abhandlungen aus dem preuß. R. 1860. S. 84. Unger a. a. S. 221 f.

¹⁷³⁾ §. 1173. 1174. 1175. d. L. Gruchot S. 169. Wird die belohnende Schenkung sofort durch Uebergabe vollzogen, so bedarf es nicht der speziellen Angabe des Dienstes. Strieth. B. 51. S. 103.

¹⁷⁴⁾ Auch §. 28. zu §. 1113. Hierüber das Nähere bei der Darstellung der f. g. donatio inofficiosa im Erbrecht. S. Koch, R. d. F. III. S. 217 fg.

¹⁷⁵⁾ Der Beklagte kann nach preuß. R. nicht einwenden, daß das versprochene Geschenk im Mißverhältniß zum geleisteten Dienst stehe. S. Koch, Note 29. zu §. 1175.

¹⁷⁶⁾ §. 1053 -1057. d. L. Koch, R. d. F. III. S. 224. Meyerfeld I. §. 20. S. 412. Savigny S. 280. Unger S. 223.

¹⁷⁷⁾ Ueber Zweckbestimmung s. oben §. 38. B. 1. S. 176 f. Seuffert V, 167.

¹⁷⁸⁾ Z. B. daß der Beschenkte dem Schenker Alimente gebe, l. 8. C. IV, 64. l. 3. C. IV, 38. l. 1. C. VIII, 55., Seuffert IX, 155., oder daß der Beschenkte den Gläubiger des Schenkers befriedige l. 22. C. VIII, 54. l. 2. C. IV, 6. Zum Besten des Beschenkten (Meyerfeld S. 418 f.): l. 2. §. 7. D. XXXIX, 5. l. 13. §. 2. D. XXIV, 1. Zum Besten eines Dritten oder eines öffentlichen Interesses (Meyerfeld S. 422.): l. 9. §. 1. D. XIV, 6. l. 2. §. 7. D. XXXIX, 5.

¹⁷⁹⁾ Als ein Modus kann es nicht aufgefaßt werden, wenn Jemand einen Anderen während seiner Ausbildung unterstützt. Das ist eine einfache Schenkung. Antsch. B. 13. S. 182. Ueberhaupt ist, wenn eine Verwendung zum Besten des Beschenkten der Zweck der Schenkung ist, nicht immer Modus im technischen Sinn anzunehmen, zu welchem gehört, daß die Erfüllung des Modus den Betrag der Zuwendung beschränkt oder vermindert. S. Seuffert B. 5. Nr. 167.

¹⁸⁰⁾ §. 1054. d. L. Savigny §. 154. Note m. und §. 175. l. 25. C. VIII, 54. Seuffert B. 1. Nr. 341. B. 5. Nr. 168.

¹⁸¹⁾ §. 1055. d. L.

tigt, so kann er nur bei nicht verschuldetem Widerruf (also wegen Uebermaßes, wegen nachgeborener Kinder) für seine Aufwendungen Entschädigung beanspruchen¹⁸²⁾. Im zweifelhaften Fall — nur in diesem, nicht schlechtweg, wie Koch annimmt¹⁸³⁾ — soll die belastete Schenkung den lästigen Verträgen gleich geachtet werden, d. h. wenn aus der Handlung oder Erklärung nicht zu entnehmen ist, ob die Belastung als Zweckbestimmung oder als Gegenleistung beabsichtigt worden, so wird für letztere ausgelegt. Dann fallen die Widerruflichkeit und die Insinuation natürlich weg. Im Falle der Simulation ist die Schenkung eine einfache¹⁸⁴⁾. Weigert sich der Beschenkte, die Auflage zu erfüllen, so darf nicht auf Erfüllung, sondern es muß auf Zurückgabe des Geschenks geklagt werden¹⁸⁵⁾. — Eine bedingte Schenkung kann nur dann einen Zweifel über die Natur des Geschäfts erregen, wenn die Bedingung in einer Leistung oder Handlung des Beschenkten selbst besteht¹⁸⁶⁾. Dann wird sie wie die mit einem Endzweck belastete Schenkung beurtheilt und im Zweifel die Bedingung als Gegenleistung aufgefaßt¹⁸⁷⁾. Auch hier giebt es keine Klage auf Erfüllung der Bedingung¹⁸⁸⁾.

d. Ohne Grund wird die wechselseitige Schenkung (d. *reciproca*)¹⁸⁹⁾ als eine besondere Art aufgeführt; jede der beiden Schenkungen ist selbständig, wenn sie auch in Beziehung auf die andere zugewendet oder versprochen worden. Das A. L. R. hat diesen richtigen Gesichtspunkt¹⁹⁰⁾ — aber von einer Singularität der damaligen Praxis, welche

¹⁸²⁾ §. 1056. 1057. Ueber die Schwierigkeit, unter Umständen eine solche Entschädigung zu berechnen s. Koch, Note 25 zu §. 1057.

¹⁸³⁾ §. 1053. Koch, Note 22.

¹⁸⁴⁾ §. 1054.

¹⁸⁵⁾ Oben §. 38. I. S. 180. Nach gemeinem Recht nimmt man an, daß der Schenker auf Erfüllung des Modus mit einer a. praeser. verbis oder einer a. ex stipulatu klagen, l. 9. 22. C. VIII, 54., sächsl. G. B. §. 1066., oder das Gegebene mit einer *condictio ob causam* zurückfordern kann, l. 3. 8. C. IV, 6., Unger S. 226. Das A. L. R. giebt nur die Klage auf Zurückgabe (§. 154. 157. 158. I, 4.). Entsch. B. 37. S. 22 fg. Koch läßt die Klage auf Erfüllung des Zwecks zu (Komm. Note 22. zu §. 1053.) mit Berufung auf Entsch. B. 12. S. 150. Diese Entscheidung handelt aber nur von dem Klagerrecht der Kontrahenten auf Erfüllung eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten, also von einem ganz andern Fall. In Note 154. zu 1, 4. §. 155. dagegen behauptet Koch, daß nach §. 158. I, 4. nur die Zurückforderung des Gegebenen zustehe — also nicht eine Klage auf Erfüllung des Modus. — War die Erfüllung des Modus von Anfang an unmöglich und dies dem Schenkenden bekannt, so liegt einfache Schenkung vor.

¹⁸⁶⁾ Savigny S. 164 f.

¹⁸⁷⁾ §. 1053 fg.

¹⁸⁸⁾ Oben §. 36. B. I. S. 168. Tritt die Bedingung nicht ein, so muß das schon vorher gegebene Geschenk zurückgegeben werden. Seuffert XI, 242.

¹⁸⁹⁾ Koch, R. d. F. S. 158. Meyersfeld I. S. 370. Savigny S. 92. Unger S. 222.

¹⁹⁰⁾ §. 1051. d. I.

solche Schenkungen als belohnende auffasste, hat es sich nicht freigehalten: wenn der Eine widerruft, so soll der Andere für das, was er schon gegeben oder geleistet, entschädigt werden¹⁹¹⁾. Man wird, um dieser Bestimmung wenigstens einigen juristischen Sinn beizulegen, annehmen müssen, daß die Entschädigungs berechtigung des anderen Theils nur dann eintritt, wenn es zwischen beiden Theilen zur ausdrücklichen Willenseinigung darüber gekommen ist, daß das eine Geschenk mit Rücksicht auf das andere, als Erkenntlichkeit dafür, gegeben, und daß die Entschädigungspflicht des Widerrufenden nicht in der Leistung eines Vertragsinteresse, sondern in der Zurückgabe des empfangenen Geschenks besteht, daß also in jener Bestimmung der Rechtsatz ausgedrückt ist: bei wechselseitigen Geschenken berechtigt der Widerruf des einen Theils (der ihm wie bei jeder anderen Schenkung nur aus den gesetzlichen Gründen zusteht) auch den anderen Theil zum Widerrufe, wenn er sich selbst nicht auf einen solchen Grund stützen kann¹⁹²⁾.

e. Wichtiger ist die Schenkung auf den Todesfall (*mortis causa d.*)¹⁹³⁾. Der Tod des Schenkenden¹⁹⁴⁾ kann in verschiedener Art mit der Schenkung in Verbindung gebracht werden. Es kann erstens im Allgemeinen der bevorstehende Tod oder eine bestimmte Todesgefahr nur der Beweggrund für die Schenkung sein: dann äußert er keine besondere Wirkung. Das den Schenkungen eigenthümliche Widerrufsrecht ist vor und nach überstandener Gefahr gestattet¹⁹⁵⁾, und ebenso wenig vererblich, d. h. der Erbe des Gebers kann nur dessen bereits gerichtlich erklärten Widerspruch geltend machen¹⁹⁶⁾. Auch ist die Insinuation des Versprechens nothwendig. Oder zweitens, das Geschenk soll dem Bereichernten nur bis oder erst vom Tode des Gebers zugewendet werden: hier ist der Todestag die Zeitbestimmung¹⁹⁷⁾. Mit seinem Eintritt hört entweder das ge-

¹⁹¹⁾ §. 1052. Koch's Note 21. hierzu.

¹⁹²⁾ War bei der ersten Schenkung eine Gegenschenkung bedungen, so ist es *volut genus quoddam permutationis*. l. 25. §. 11. D. de H. P. Oesterr. G. B. §. 942.

¹⁹³⁾ §. 1134—1139. d. I. Bornemann III. S. 228. Koch, Pr. R. II. S. 278. 289. R. d. F. III. S. 152. — v. Schröder, in der Z. f. C. R. u. Proj. B. 2. S. 97 fg. Wiederhold, das. B. 15. S. 96 f. Savigny B. 4. S. 239 fg. Unger, österr. Priv. R. B. 6. (Erbrecht) S. 322 fg. — Unterholzner II. S. 499. Bangerow II. S. 656. Arndts S. 862 fg. Sintenis III. S. 721. Keller S. 134.

¹⁹⁴⁾ Der Tod eines Dritten oder des Beschenkten qualifizirt die Schenkung in keiner Weise. l. 11. 18. pr. D. XXXIX, 6. l. 37. §. 3. de leg. III. l. 2. C. VIII, 55. Savigny S. 243. Unger S. 325. Note 4.

¹⁹⁵⁾ §. 1138. d. I. l. 3. D. XXXIX, 5. Sehr bezeichnend sind in l. 42. §. 1. D. XXXIX, 6. die Worte: *non tam mortis causa, quam morientem donare*. l. 27. D. XXXIX, 6.

¹⁹⁶⁾ §. 1139. d. I.

¹⁹⁷⁾ *Nis dies quando*. S. oben §. 37. B. 1. S. 173 f. Unger S. 332. Note 22. Seuffert XII, 31.

gebene Geschenk auf und der Erbe kann vindiziren und kondiziren, oder es beginnt jetzt erst seine Wirksamkeit und der Beschenkte hat gegen den Erben die Ansprüche auf Uebergabe, Abtretung u. s. w. Auch dieser Fall unterscheidet sich nicht von der einfachen Schenkung. Es kann drittens aber das Geschenk unter der Bedingung ¹⁹⁸⁾ zugewendet oder versprochen sein, daß der Beschenkte den Geber überlebt ¹⁹⁹⁾. In diesem Fall wird eine Schenkung auf den Todesfall angenommen, welche wegen der Eigenthümlichkeit, daß ihre Perfektion durch den früheren Tod des Gebers bedingt ist, als ein besonderes Rechtsinstitut aufgefaßt wird. Die Römer sagen hier: der Schenker will die Sache lieber haben, als sie dem Beschenkten geben, letzterem sie aber lieber geben, als sie dem Erben hinterlassen ²⁰⁰⁾. Das ist eine vulgäre Anschauung (*quare vulgo dicatur*), kein Rechtsprinzip und erklärt nichts. Hier äußert der frühere Tod des Beschenkten bei schon vollzogener Schenkung die Wirkung einer auflösenden Bedingung ²⁰¹⁾, der Geber fordert den Gegenstand desselben von dem Erben des Beschenkten zurück. Das ist kein Widerruf im technischen Sinn ²⁰²⁾, obgleich das *U. L. R.* von „widerrufen“ ²⁰³⁾ spricht. Vielmehr ist die Klage des Gebers entweder eine Vindikation oder eine Kondiktion ²⁰⁴⁾. Bei einem Schenkungsversprechen bleibt die Ausführung bis zum früheren Tode

¹⁹⁸⁾ §. 1136. b. *L.* erwähnt zwar nicht den Fall, wo der Tod des Gebers überhaupt das bedingende Ereigniß ist, sondern nur den speziellen Fall, wo der Tod durch eine bestimmte Gefahr zur Bedingung gemacht ist. Aber auch der erstere gehört hierher. — Wo der Eintritt des Todes die Bedingung ist, da gilt, was l. 32. D. XXXIX, 6. sagt: *non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur, b. h. bis zum Eintritt der Bedingung ist das davon abhängige gemacht Rechtsverhältniß noch nicht perfekt.* S. oben §. 36. D. 1. §. 161. 170.

¹⁹⁹⁾ §. 1. I. II, 7. *mortis causa donatio est, quae propter mortis sit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is, cui donatum sit.* Vergl. l. 2. (*sola cogitatione mortalitatis*), l. 32. D. XXXIX, 6. *Dresdener Annalen* IV, 281.

²⁰⁰⁾ l. 35. §. 2. D. XXXIX, 6. *is, qui mortis causa donat, se cogitat, atque amore vitae recepisse potius, quam dedisse mavult; et hoc est, quare vulgo dicatur, se potius habere vult, quam eum, cui donat, illum deinde potius, quam heredem suum.*

²⁰¹⁾ l. 2. 29. D. XXXIX, 6. Die Erabition kann auch unter aufschiebender Bedingung geschehen, das ist aber im Zweifel nicht anzunehmen. *Savigny* §. 246 fg. *Unger* §. 325. Note 3. Vergl. den in §. 263. I, 11. *U. L. R.* ausgebrühten Rechtsatz.

²⁰²⁾ *D. h.* kein Widerruf, wie er ausnahmsweise aus besondern gesetzlichen Gründen (wegen Uebermaßes, Unbanks, nachgeborener Kinder) bei jeder Schenkung gestattet ist. S. oben bei VI. B. §. 22 f.

²⁰³⁾ §. 1137. b. *L.*

²⁰⁴⁾ l. 19. pr. D. XII, 1. l. 29. l. 35. §. 3. l. 39. D. XXXIX, 6. l. 12. D. XII, 4. §. 1. I. II, 7. Auch die *a. praescriptis verbis* ist anwendbar. *Savigny* §. 255. Vindikirt wird *cum omni causa*, aber der Besagte giebt als rechtlicher Besitzer zurück. Die *a. revocatoria* ist nur persönlich (*cond. ex lege*), s. über diese oben bei VI. B. d. §. 28.