

# Preussisches Privatrecht.

---

Auf der Grundlage des Wertes

von

**Dr. Franz Förster**

bearbeitet

von

**Dr. M. C. Eccius,**  
Oberlandesgerichtspräsidenten.

---

**II. Band.**

**Sechste Auflage.**

(Dritte der neuen Bearbeitung.)

---

Berlin.

Verlag von Georg Reimer.

1892.



# Preussisches Privatrecht.

Zweiter Band.

Die einzelnen Schuldverhältnisse.



# Inhaltsverzeichnis des II. Bandes.

## Zweites Buch.

### Das Recht der Schuldverhältnisse.

#### Zweiter Theil. Die einzelnen Schuldverhältnisse.

	Seite
§. 121. Systematische Ordnung . . . . .	3
Uebersicht. Insbesondere Klassifizierung der Verträge. 4.	
Erstes Kapitel. Schuldverhältnisse aus Verträgen.	
A. Verträge, die auf Begründung von Vermögensrechten der einzelnen Kontrahenten abzielen.	
I. Verträge über ein Geben.	
a. Ueber ein Geben zu Eigenthum.	
§. 122. 1) Die Schenkung . . . . .	5
I. Die Stellung im System. 5. II. Begriff. Freiwillig, unentgeltlich, Ver- ringerung des Vermögens des Gebers. 6. Bereicherung des Empfängers. 7. Innere Voraussetzung: Schenkungsabsicht. 8. Wann wird sie vermutet? 9. Geben auf Grund gesetzlicher Verpflichtung. III. Vertragscharakter. Fähigkeit zu schenken. 10. Annahme der Schenkung. Durch die Erben und gegenüber den Erben. 11. IV. Gegenstand. 12. Wenn ganzes Vermögen oder aliquoter Theil. 13. Erbschaft. 14. V. Schenkung an Mehrere. VI. Besondere Regeln über die Schenkung. 15. A. Die Form. Römisches Recht. 15. Landrechtliche Form des Schenkungsversprechens. Die ausgeführte Schenkung. 16. Schriftform neben Uebergabe des geschenkten Grundstücks. Auflassung. Dauernde Bedeutung der Schriftform bei der Schenkung von Grundstücken. 17. Die Versicherung, daß die Schenkung nicht die Hälfte des Vermögens übersteige, keine Formvor- schrift. 18. Keine gerichtliche Annahme des Schenkungsversprechens. 19. B. Widerruf. 19. Römisches Recht. 20. Preussisches Recht. 1. Willens- änderung beim Mangel gerichtlichen Vertrages. 20. Ohne besonderen Grund noch nach 6 Monaten. 21. Widerruf auch der durch Auflassung eines Grund- stücks ausgeführten Schenkung. 2. Besondere Gründe: a. Uebermaß. Verzicht auf Widerruf wegen Uebermaßes. 22. b. Grober Undank. 23. c. Nachgeborene Kinder. 24. 3. Klage und Einrede beim Widerruf. 25. Vererblichkeit. 26. 4. Stillschweigender Widerruf. 27. VII. Verarmung des Schenkenden, Recht auf Unterhalt, Kompetenz. 27. VIII. Klage auf Erfüllung, Gewährleistung. 28. IX. Besondere Arten der Schenkung: a. Gemischte Schenkung. 29. b. Be- lohnende Schenkung. 30. c. Belastete Schenkung. 32. d. Wechselseitige Schen- kung. 34. e. Schenkung auf den Todesfall. 34. Ausscheidung nicht hierher ge- höriger Fälle. 35. Willkürliche Widerruflichkeit. 36. Verwandtschaft mit dem Legat. 37. X. Schenkungen an Korporationen und andere juristische Personen. 38. 2) Zweifseitige Verträge über ein Geben zu Eigenthum.	

- §. 123. Der Tausch . . . . .  
 Begriff. Ansichten der Römer. 39. Heute Konsensualvertrag. Gegenstand. 40.  
 Eviktionspflicht. 41. Geldwechsel. 42.

Der Kauf und Verkauf.

- §. 124. Begriff und Abschließung . . . . .  
 A. Begriff. Gegenseitigkeit und Verschiedenartigkeit der Leistungen 43. B. Käufer und Verkäufer. Unbestimmtheit des Erwerbers. 44. Fähigkeit zum Verkauf. 45. Verfügungsberechtigung? 46. Fähigkeit zum Kauf. Erwerbserbote. 47. C. Gegenstand. Alle veräußerlichen Dinge. 47. Im freien Verkehr. Bestimmtheit 48. Fremde Sache. 49. Wirklich. 51. Theilweise Nichterfüllung. 52. D. Der Preis. 52. Entsprechender (justum), wahrer. 53, bestimmter. 54. Münzsorte. Nebenleistungen. 55. E. Willenseinigung. Bedingungen. 56. Kauf auf Probe. 58. Natur desselben. 59.
- §. 125. Die Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrage . . . . .  
 A. Verbindlichkeiten des Verkäufers. 1. Uebergabe. 60. An- und Zuwächse, Früchte, Zubehör. 61. Unter Abwehenden. 62. Haftung bis zur Uebergabe. 63. 2. Verzinsung des vor der Uebergabe empfangenen Preises. 64. 3. Ertheilung der Auflassung. 64. 4. Gewährleistung für Evktion und für Fehler. Gewährleistung bei Viehhandel. Klagen des Käufers. 65. B. Verbindlichkeit des Käufers: 1. Uebernahme. Verzug dabei. 66. 2. Zahlung des Preises. 67. Kreditirung. 68. Verhältniß von Kreditirung und Rücktritt bei verzögerter Zahlung. 69. 3. Haftung für Verschaden des Käufers, insbesondere auch bei Abschluß des Geschäfts. Klagen des Verkäufers. 69. C. Wirkung des Vertrags in Bezug auf Uebergang des Eigenthums. 70. Im Falle der Verendung. Uebergang der Gefahr. 71. Uebergang der Vortheile und Nutzungen; insbesondere bei Grundstücken. 72.
- §. 126. Nebenverträge beim Kaufvertrage . . . . .  
 1. Vorbehalt der Bewirkung (lex commissoria.) 73. Ob als Bedingung des Kaufs aufzufassen? 74. 2. Vorbehalt des Eigenthums. Als Titel zur Hypothek an der Sache. 75. 3. Vorbehalt eines besseren Käufers (in diem addictio.) 76. Der Verkäufer entscheidet, ob das Gebot besser. Vorkaufsrecht. 77. 4. Neuentrag. 78. 5. Wiederkauf und Wiederverkauf. 78. Rechtsverhältnisse. 79. Eintragung. 81. Wiederkäuflich begründetes Rentenrecht. 81. Wiederkauf zur Bedeckung eines wucherlichen Darlehens. 82. 6. Vorkauf. 82.
- §. 127. Aufhebung und Anfechtung der Kaufverträge . . . . .  
 A. Besondere Regelung von allgemeinen Aufhebungsgründen. 1. Weidseitige Einwilligung. 82. 2. Einseitig ausgebliebene Erfüllung. 83. B. Besonderer Anfechtungsgrund. Verletzung über die Hälfte. 84. Nach gem. R. und Preuß. R. 85. Vermuthung des Irrthums des Käufers. Feststellung der Verletzung. 86. Wirkung der Anfechtung. 87. Entfugung, Verjährung der Anfechtung, Gesetzlicher Wegfall derselben. 88. Laesio enormis auch bei Tausch. 89.
- §. 128. Besondere Fälle des Sachkaufs . . . . .  
 A. Der Antheilkauf (Quotentauf). 89. B. Der Wählkauf. 90. C. Der Sattungs- und Mengelauf (emptio ad mensuram). 91. Gemeinrechtlich: Ausscheidung. 92. Uebergabe. Gewährleistung. 93. D. Der Kauf in Pausch und Bogen (emptio per aversionem). 94. Uebergang der Gefahr der Verschlechterung mit dem Vertragsschluß, Beschränkung der Gewährleistung. 95. Erbschaftskauf im Falle, wenn nur der Inbegriff der Erbschaftsachen gekauft wird. 96. E. Der Pflanzungsvertrag. 96. Definition. Ansichten über denselben. 97. Begriff. 99. Besonderheiten. 100. Kauf von Staats-, Kredit- und Inhaberpapieren. Pflanzungsgehefte mit festem Stichtag in Konturje. 101. F. Gewagte Geschäfte. 101. Hoffnungskauf und künftige Vortheile. 102. Lotterievertrag. 105. Lotterieloose, Inhaberpapiere. Pflichten des Unternehmers. 106. Staatslotterie. Einnehmer,

	Seite
Kollekteure. 106. Ausloosung. 107. Verkauf künftiger Sachen, insbesondere des künftigen Zuwachses. 107.	
§. 129. Besondere Fälle des Kaufs von Rechten . . . . .	108
Cession. Erbschaftskauf. Verlagsrecht. Rechte auf künftige Leistungen. 108. 1. Begründung eines Rechts auf fortdauernde Prästationen gegen Entgelt. Wirthum. 110. 2. Auszug und Altentheil. 110. 3. Leibrentenvertrag. Begriff. 111. Rechtsverhältnisse. Dauer der Pflicht. 112. Rücktrittsrecht. 114. Vererbung. Cession. Konkurs. Vitalizienvertrag. 115. Lontine. 116.	
§. 130. Die Versteigerung und der gerichtliche Verkauf . . . . .	116
I. Die Privatversteigerung. Möglichkeit. Auffassung des Versteigerungsangebots als bindende Offerte. Regelmäßig nur Mittel zur Auffindung eines Käufers. 116. Form des Gebots und der Annahme. 117. Zulässigkeit der Privatversteigerung. 117. Rechtliche Behandlung. Versteigerung durch die Eigenthümer selbst. 118. Auktionatoren und Gerichtsvollzieher bei Privatversteigerungen. Öffentliche Versteigerung. Gerichtlich, notariell beurkundete Versteigerung. Freiwillige Subhastation. 119. II. Nothwendiger gerichtlicher Verkauf. 119. Grundsätze des Landrechts für denselben. 120. 1. Versteigerung beweglicher Sachen und Rechte in der Zwangsvollstreckungsinstanz. 120. a. Rechtsstellung des Versteigernden (Gerichtsvollziehers). b. Obligation des beauftragenden Gläubigers. c. Was macht den Verkauf perfekt? 121. Voraussetzungen des Zuschlags. 122. d. Gesetzliche Verkaufsbedingungen. Das Wesen des Verkaufs in Gemäßheit des §. 718 C. P. O. Accidentalien. 123. e. Bedingtes Eigenthum des Käufers. f. Mündliches Gebot. g. Gebot des Gläubigers oder Schuldners. 124. h. Anfechtung des Zuschlags. 125. 2. Die Zwangsversteigerung der unbeweglichen Gegenstände. 125. a. Das den Verkauf leitende Gericht. Das Zuschlagsurtheil. 126. b. Betreibende Gläubiger. Beitritt. 126. Interessenten. Nicht mehr konkursähnlicher Charakter des Verfahrens. Beschlagnahme für den betreibenden Gläubiger. 127. Geringstes Gebot. Andere Verkaufsbedingungen. Berücksichtigung der Interessenten. 128. c. Willenseinigung. Grundlage des Zuschlagsurtheils, ohne rechtsgeschäftlichen Charakter. 128. Worin besteht die Willenseinigung? Verbundenheit des Bieters. 129. d. Gläubiger und Schuldner als Bieter. 129. e. Gegenstand des Verkaufs. Gebot auf einen nach den Verkaufsbedingungen nicht zu verkaufenden Gegenstand. Zuschlag eines nicht zur Zwangsversteigerung gestellten Grundstücks. Was ist mit dem zugeschlagenen Gegenstand mitverkauft? Feststellung durch die Verkaufsbedingungen. 130. Der Verkauf als Verkauf in Pausch und Bogen. Wirkung bezüglich des Inventars. Auch des nicht dem Vollstreckungsschuldner gehörigen? 131. f. Verpflichtung auf Seite des Verkäufers. Vollstreckungszwang: Kaufklage? 132. Ansprüche gegen den letzten Perzipienten. 133. g. Verpflichtung des Ersteihers. Bezüglich des geringsten Gebots, der Haarzählung. Kaufgelbervertheilungsverhandlung. 133. Vollstreckbarkeit der Forderung an rückständigem Kaufgeld. Wiederversteigerung. 134. h. Anfechtung des Zuschlags und der Verfassung desselben. 131. III. Behinderung Anderer am Mitbieten. 135.	
§. 131. Der Zwangsverkauf. Das Enteignungsrecht . . . . .	136
Verpflichtung zum Verkauf durch Vertrag, durch letztwillige Verordnung, durch Gesetz. 136. Expropriationsrecht. Geschichte. 137. Prinzip. 138. Charakter des entstehenden Rechtsverhältnisses als Kauf. 139. Die Kontrahenten. Verfahren wegen der Entschädigung. 142. Feststellung derselben. 143. Enteignungserklärung. 144. Recht Anderer als des Eigenthümers auf die Entschädigung. 144. Nachträgliche Entschädigung. Vorkaufsrecht des Enteigneten. 145.	
§. 132. Der Erdbelvertrag . . . . .	146
Auffassung im röm. R. 146. Heute Konsensualvertrag. Inhalt. Uebergang des Eigenthums auf den Empfänger. 147. Rechte und Pflichten des Erdbelers. 148. Einwirkung des Konkurses. Rechtsverhältniß Dritten gegenüber. 149.	

	Seite
§. 133. Das Spiel und die Wette . . . . .	149
I. Das Spiel. Heute nicht nach röm. Recht zu beurtheilen. 150. Unerlaubtes Spiel. Klaglosigkeit. Ausschluß der Kondiktion. Darlehn zum Spiel. 151.	
II. Wette. Voraussetzung der Klagbarkeit. 151. Darlehn zum Wetten. 152.	
III. Rechtlicher Unterschied von Spiel und Wette. 152.	
§. 134. Der Verlagsvertrag . . . . .	153
Gemischter Charakter des Vertrags. Wesentlich Pflicht zur Vielfältigkeit und Verbreitung und Veräußerung des Verlagsrechts. 154. Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Verträge. Auf Seiten des Urhebers. 155. des Verlegers. 167. Form des Vertrages. Klagerrechte. 158. Einseitiger Rücktritt. 159. Vererblichkeit. Abtretbarkeit. Erlöschen des Rechts des Verlegers. Konkurs desselben. 160.	
b. Verträge über ein Geben zum Gebrauch.	
§. 135. Der Leihvertrag . . . . .	161
Gebrauchen und nugen. Begriff der Leihe. 162. Konsensualvertrag? Bekämpfung dieser Auffassung. Form. Gegenstand. 163. Verbindlichkeiten des Leihers. 164. Zufall. 165. Zeit der Rückgabe. Unvollständiger Besitz des Leihers. 166. Verbindlichkeiten des Verleihers. 166. Praefarium. 167.	
§. 136. Die Sachenmiete und Pacht . . . . .	167
I. Begriff und rechtliche Natur. Verhältniß zum Kauf. 168. Eingeschränktes Nutzungsrecht. Dinglichkeit, unvollständiger Besitz. Uebergabe und Eintragung. 169. Persönliches Recht zur Sache. 170. Possessorische Rechtsmittel des in Besitz gesetzten Miethers. 171. — II. Vertragsmäßige Abschließung. Inhalt der Willenseinigung. Form. 172. Gegenstand. 173. Preis. 175. — III. Inhalt der Obligation. 1. Verbindlichkeiten des Vermiethers und Verpächters. Ueberlieferung. 175. Ueberlieferung. Erhaltung der Sache. Gewährleistung für Fehler. 176. Interesse. 177. Zufällige Erfahrforderungen aus Verwendungen. 178. Lasten und Abgaben. 179. Erben und Singularsuccessor des Vermiethers. Kauf bricht nicht Miete. 180. 2. Verbindlichkeiten des Miethers und Pächters. Zinsentrichtung als Nachleistung. 182. Befreiung durch Entrichtung an den Feind. 189. Periodische Zinszahlung. Zinsenachlaß bei veränderter Benutzung. 183. Lasten und Abgaben. Vertretung der Beschädigungen. 184. Rückgabe. Eintritt der Erben. Cession. Afermiete. 185. Folgen der Veräußerung zur Einwilligung dazu. 186. Rechtsverhältnisse aus der Afermiete. 187. — IV. Beendigung. Gegensatz der Erbpacht. Möglichkeit dauernden Ausschusses der Kündigung außer in den Fällen des Gesetzes. 187. Kündigung. a. durch Ablauf der Zeit oder erreichten Zweck. b. Kündigung. 189. Wesen desselben. 190. Fälle, wo sie nothwendig: Formell unverbindliche, in Folge der Uebergabe ein Jahr geltende Verträge. Giltige Verträge von unbestimmter Dauer. 191. c. Kündigung und Rücktritt innerhalb der Vertragszeit: nothwendiger gerichtlicher Verkauf. 192. Der dingliche Charakter der Miete zeigt sich hier in der Nothwendigkeit der Kündigung. Eintritt des Adjudicatars in den Vertrag bis zur Räumung. 192 (Anm.). Kündigungsrecht des Käufers, der Gläubiger. 193 (Anm.). Bedingtheit der Kündigung der Gläubiger. 195 (Anm.) Recht des Miethers zu räumen im Falle der Kündigung durch den Gläubiger. 195. Nothwendiger Hauptbau. 196. Tod des Pächters und Miethers. Stellung der Wittve. 196. Nicht freiwillig herbeigeführte Veränderung. 197. Unfähigkeit der Sache. 198. Mißbrauch. 199. Ende des Rechts des nur zur zeitweisen Verfühlung berechtigten Vermiethers. 200. Verweigerte Erfüllung des einen Theils. Zweijähriger Zinsrückstand. 200. Freiwillige Veräußerung. Konkurs. Besondere Abreden. 201. Materielle Folgen des Rücktritts. 201. — V. Verlängerung (relocatio). Stillschweigende Verlängerung. 202. — VI. Rechtsmittel und Sicherungsmittel. Persönliche und dingliche Klagerrechte. 203. Actio locati. Inhalt. Ermittlungsklage. 204. Einreden. 205. Actio conducti. 205. Zwangsvollstreckung in das Pachtrecht des Miethers und Pächters. 206. Sicherungsmittel, Kaution. Gelegentliches Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers. 206. Natur dieses Pfandrechts. 207. Nach der Reichs-Konkursordnung und dem Ausführungsgezet dazu. 208. Pfandrecht gegen den Afermiether? 210. Umfang des Pfandrechts. 210. Sachen,	



welche der Miether zu verpfänden befugt ist. 211. Konkurs des Eigentümers dieser Sachen. 212. Früchte. 212. Wirksamkeit des gesetzlichen Pfandrechts gegen eine Pfändung für andere Gläubiger des Miethers. Begrenzung der Objekte der Retention auf das Nothwendige. 213. — VI. Landgüterpacht und Viehverpachtung. 1. Landgüterpacht. Pachtung nach Anschlag. Pacht in Pausch und Bogen. Inventarium. 214. Form des Vertrages. Verpflichtungen des Verpächters. 215. Gewähr für Vorhandensein der Rubriken. Erhaltung. 216. Gewährleistung. 217. Verjährung dieser Pflicht. Rechtzeitige Anzeige. Einwirkung derselben auf spätere Geltendmachung der Ansprüche des Pächters. 218. Zu erstattende Verbwendungen. 219. Verpflichtungen des Pächters. Erhaltung in nutzbarem Stande. 219. Lasten und Abgaben. Vertretung des Verlehens. 220. Wann Entsetzung wegen Mißbrauchs? Pflicht zur Rückgewähr. 221. Rückgewähr des Inventars und Ansprüche bezüglich desselben 222, insbesondere im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Verpächters. 223. Gefahr, insbesondere der Früchte. Gefahr des Inventariums. Remissionsanspruch. Rechtliche Natur desselben. 224. Begriff. 225. Totalremission. Vereitelung des Fruchtbezugs 227, zufolge Unglücksfalls. Benachrichtigung. 228. Legung der Administrationsrechnung. 229. Partialremission. 230. Geltendmachung der Rem. nur als Einrede. Entsagung auf dieselbe. 231. — Aufkündigung der Landgüterpacht in Kriegszeiten. 231. — 2. Viehverpachtung 232. — VIII. Der Jagdpachtvertrag. Gesetzliche Vorschriften darüber. 232. Verhältniß zu der Unzulässigkeit des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden als eines dinglichen Rechts. Der Jagdpachtvertrag ist kein Pachtvertrag im Sinne des Landrechts. 233. Inhalt der Verpflichtung des Verpächters. Form. Keine Uebergabe. Einwirkung des Konkurses. Ausübung durch Andere. 234. Vererbung. Zeit. Kein Retentionsrecht des Jagdverpächters. 235. Zwangsverpachtung. Fälle nothwendiger Verpachtung. Ausländer. Zahl der Pächter. Jagdbezirke. 236.

§. 137. Das Darlehn . . . . . 236

Verwandtschaft mit Leihe und Mieth. 236. Auffassung im röm. R. 237. Das heutige R. Ob Real- ob Konsensualkontrakt? Konsequenzen beider Auffassungen. 238. Standpunkt des A.L.R. 239. I. Das pactum de mutuo dando. 239. Inhalt und Erfüllung des Vertrags. P. de mutuo accipiendo. Pflicht zur Darlehnsannahme auch bei nur formloser Annahme des Versprechens de mutuo dando 240. Klagen. 241. II. Begriff und Abschluß des Darlehnsvertrags 1. Einigung beim eigentlichen Darlehn. 241. 2. Das reale Moment. 241. Bindende Kraft des formlosen Darlehns ohne Berücksichtigung der formlosen Nebenabreden. 242. Bedeutung desselben als schriftlichen Vertrags für beide Theile. 243. Bedeutung als Beweisurkunde. 244. Einrede der nicht erhaltenen Valuta. 245. Nach Hypothekenrecht. Einwirkung des Grundbuchsrechts. 245. Darlehn mit Geld, das dem Darleiher nicht gehört. 247. Der gutgläubige Empfänger. 248. Rechtsstellung des Eigentümers. 248. Behandlung des Rückkaufs als Darlehn. 249. III. Darlehnsfähigkeit: 249. Mitglieder der königlichen Familie, Schauspieler, Mitglieder der königlichen Kapelle. Militärpersonen. 250. Anerkenntniß nach Aufhebung des Militärstandes. 251. Darlehn an Unfähige anerkannt oder nützlich verwendet. 252. IV. Verbotene Darlehen. 253. V. Verpflichtung aus dem Darlehnsvertrag. Rückgabe von Sachen gerade der Art, die hingegeben sind. Zeit. 254. Kündigung. 255. Ort der Rückleistung. Münzänderung. 257. Verjährung. 258. VI. Unberechtigtes Darlehn. 258. VII. Rückleistung beim wucherlichen Darlehn. 259.

II. Verträge über ein Thun.

§. 138. A. Verträge über Handlungen. Dienst- und Werkverdingung . . . . . 260

Einleitende Uebersicht. 260. I. Verträge über Handlungen im Allgemeinen. Gegenstand auch Unterlassungen. 261. 1. Die Verträge sind wesentlich zweiseitig und fordern Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Gegenleistung. 262. Gewöhnlicher Lohn. 263. Voraussetzung der Forderung desselben. 264. 2. Form. 264. Erfüllung des formlosen Vertrages. 3. Worin kann die Ver-

gütung bestehen? 4. Die besondere Ausgestaltung des Rücktritts wegen verweigerter oder verkämmter Erfüllung. 265. 5. Verschuldete Nichterfüllung. 267. 6. Verträge über Handlungen Anderer. 7. Ist der Lohn Nachleistung? 8. Zufällige Unmöglichkeit. 268. 9. Arbeitsmiete und Werkverdingung im Allgemeinen. 269. II. Dienstverdingung, Arbeitsmiete. 269. Ausschließung des familienrechtlichen Gebührensbesitzes und der Dienste der Hausoffizianten, sowie die reichsgesetzlich geregelten Verhältnisse. 270. Das Arbeiterverhältniß nach der Reichsgewerbeordnung. 270. Anm. Verträge mit Handarbeitern und Tagelöhnern. 271. Mit Handwerkern und Künstlern. 273. Operas liberales. 273. 274. Müllervertrag. 275. III. Werkverdingung mit sachverständigen Werkmeistern. 276. Freiere Stellung, strengere Pflicht. Maß der Sorgfalt. 277. Vertretung der Gefahr. 278. Pflicht zur Uebergabe des Werks. Abnahme. 279. Fehler. 280. Preis. 281. Rücktrittsrecht. 282. Insbesondere bei Bauverdingungen. 283. Einwirkung des Konkurses. Retentionsrecht. 284. Titel des Bauwerkmeisters zur Hypothek. Konkurs des Werkmeisters. 285.

B. Verträge, die auf Erhaltung von Rechten durch ein stellvertretendes Thun abzielen.

§. 139. Der Verwahrungsvertrag . . . . . 286

Systematische Vorbemerkung. Begriff. 286. Realkontrakt. 287. Form. Gegenstand. Regelmäßige, aber nicht wesentliche Einseitigkeit. 288. Pflicht der Verwahrung. Nachmalig gestattetes Gebrauchen. 289. Dauer der Pflicht. 290. Maß der Diligenz. Zufall. 291. Pflicht zur Rückgabe. 292. Ort, Zeit. Wann an einen Andern? 293. Bestufung des Verwahrers. Der vertragsunfähige Verwahrer. 294. Verjährung der Klage. Mehrere Verwahrer oder Erben des Verwahrers. 295. Mehrere Erben des Niederlegers. Gegenforderungen des Verwahrers. Zurückbehaltungsrecht. 296. Keine Kompensation. Depositum irregulare. 297. Amtslantionen. 298 Anm. Gerichtliche Verwahrung. Fälle. 298. Kein Vertragsverhältniß für den Staat, auch nicht für das Gericht. 299. Verhältniß des bestellten Aufsehers (Sequesters). 300. Der Hinterlegungsvertrag der Hinterlegungsordnung. 301. Zulässigkeit des Rechtsweges. 302 Anm. Vertragmäßige Sequestration. 303.

§. 140. Der Gastaufnahmevertrag . . . . . 304

Heutige gemeinrechtliche Geltung, landrechtliche Bestimmungen. 304. Voraussetzung gewerbmäßiges Beherbergen. 305. Inhalt der Verpflichtung des Gastwirts. 306. Befreiung von der Vertretungspflicht in Folge Erklärung 307, bei Gewalt von „außen“. 308.

§. 141. Der Vollmachtauftrag . . . . . 309

I. Begriff. Röm. Recht. 309. Unentgeltlichkeit. Gestaltung im heutigen Recht. Unterschied von der Dienstmiete. Definition des V.M. Betreiben eines Geschäfts des Auftraggebers. Nur Privatgeschäfte. 310. Begriff des Geschäfts. 311. Nur erlaubte Privatgeschäfte. 312. Betreiben, d. h. durch eigene Willensakte ausführen. 313. „Für ihn“, gleich „um des Auftraggebers willen“. Auftrag in Angelegenheiten des Beauftragten. Rath oder Empfehlung. Rechtsverhältnisse daraus. 314. Abgrenzung gegen Dienstmiete und Werkverdingung. „Statt seiner“. Vollmacht. 315. Vollmacht zu Berufshandlungen. 316. Auftrag ohne Vollmacht. 317. Spezial- und Generalvollmacht. 317. II. Abschluß. Vollmachtsvertrag unter den Paziscenten. Form. 318. Vollmacht im Verhältniß zu Dritten. 320. Vermuthete Vollmacht. 320. Stillschweigende Vollmacht. 321. Legitimirende Kraft der schriftlichen Vollmacht. 322. Befehle. Erfaß der Vollmacht durch schriftliche Erklärung gegen den Dritten. Mündliche Erklärung gegen denselben. Nachträgliche Genehmigung. 323. III. Personen und Gegenstand. Unfähige Bevollmächtigte. 324. Gegenstand. Erlaubtes Privatgeschäft. Kein kollidirendes Interesse. 325. IV. Rechtsverhältniß zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten. A. Pflichten des Bevollmächtigten. Mehrere. 326. Vertretung von Versehen. Ueberschreitung und Abweichung. 327. Substitution. Gehilfen. 328. Pflicht zur Auskunft. Rechenschaft. Ablieferung. 329. Pflicht mehrerer Machtgeber gegenüber. 330. B.

Pflichten des Machtgebers. Honorar. Schadloshaltung. 331. Befreiung von Verbindlichkeiten. Klage und Zurückbehaltungsrecht deswegen. 332. C. Zufall. 333. V. Das Rechtsverhältniß des Dritten zum Machtgeber und zum Bevollmächtigten. Unmittelbares Rechtsverhältniß des Machtgebers zum Dritten. 333. Anders wenn das Geschäft auf den Namen des Bevollmächtigten geschlossen worden ist. 334. Geschäft auf den Namen des Machtgebers, ohne schriftliche Vollmacht. 335. Nach widerrufener Vollmacht. Nothwendigkeit sofortiger Mißbilligung einer Ueberschreitung. 336. Haftung mehrerer Machtgeber gegen den Dritten. Verhältniß zwischen dem Dritten und Bevollmächtigten. 337. VI. Aufhebung. 1. Widerruf. Ausschluß des Widerrufs. Konventionalsstrafe für unzeitigen Widerruf. 338. 2. Aufkündigung des Bevollmächtigten. 339. 3. Tod des Machtgebers oder Bevollmächtigten. 340. Ausnahmeweise Fortdauer der Vollmacht trotz des Todes. 341. 4. Eintretende Unfähigkeit. 5. Konkurs des Bevollmächtigten. 342. Konkurs des Machtgebers. Einwirkung auf die Vertretungsbefugniß 343, bei mangelnder Kenntniß des Dritten von deren Mangel. Einwirkung auf die gegenseitigen bei der Konkursöffnung rückständigen Leistungen aus bereits stattgehabten oder begonnenen Vertretungsakten. 344.

§. 142. Der Verwaltungsvertrag . . . . . 345

Mischung von Verwahrung, Bevollmächtigung und Dienstmiete. 345. Form. Entgelt. Widerruf. 346. Aufkündigung. Pflichten des Verwalters. 347. Stellvertretung des Verwalters. 348. Stellung des Verwalters als Inhaber. Rechnungslegung. 349. Abnahme der Rechnung. Quittung. Ablauf der Fristen dafür. 350. Fiktion des Erlasses. Wirkung der Quittung. 351. Anfechtung derselben. Verbindlichkeiten des Herrn. 352. Kautionsleistung des Verwalters. Zurückbehaltungsrecht desselben. Gerichtliche Verwaltung und Zwangsverwaltung. 353.

C. Der Vertrag zur Begründung eines gemeinsamen Vermögensrechts der Kontrahenten.

§. 143. Gesellschaftsvertrag . . . . . 354

I. Begriff, Arten und Abschluß. Begriff. Erlangung eines gemeinschaftlichen Zwecks, d. h. Erwerbs. 354. Gemeinschaftlicher Fonds und Thätigkeit der wirtschaftlichen Grundlage. 355. Gesellschaft im Vertragsverhältniß bestimmter Personen. Korporative Elemente des landrechtlichen Gesellschaftsvertrags. Entwicklung zur Korporation bei der offenen Handelsgesellschaft. 356. Kommanditgesellschaft. Aktiengesellschaft. Aktientomanditgesellschaft. 358. Andere Genossenschaften. Stellung der landrechtlichen einfachen Erwerbsgesellschaft zur Societät des röm. Rechts. Allgemeine und besondere Erwerbsgesellschaft. Gemeinschaftlicher Fonds quoad sortem, quoad usum. 359. Gemeinl. Fonds des Landrechts. 360. Form der Errichtung der allgemeinen Erwerbsgesellschaft. 362. Der besonderen. Communio incidens bei Formlosigkeit. 363. II. Rechte und Pflichten der Mitglieder unter einander. 364. Gleichartigkeit derselben für Alle. 364. 1. Bildung des gemeinschaftlichen Fonds durch Einlagen und Beiträge. 365. Nachmalige Erhöhung der Einschüsse. 366. 2. Betheiligung am Geschäftsbetrieb. 366. Vollmacht der Einzelnen. 367. Pflicht zum Schadenersatz aus Versehen. 3. Rechnungslegung. 368. 4. Antheil am Gewinn. 369. Eeßion, Pfändung des Gewinnantheils. 371. 5. Antheil am Verlust. 371. III. Rechte und Pflichten der Gesellschafter gegen Dritte. Haftung der einzelnen. 373. IV. Beendigung. 374. Insbesondere Austritt einzelner Sozien. Wirkung der Kündigung. 375. Ausschluß. 376. Konkurs des einzelnen Gesellschafters. 377. Tod. 378. Aufhebung (Liquidation) der Gesellschaft. 379.

D. Verträge zum Zweck der Sicherung von Rechten.

§. 144 I. Der Bürgschaftsvertrag . . . . . 380

Sicherung von Forderungen durch Pfandbestellung. Obligatorische Rechtsverhältnisse daraus. Sicherung durch Bürgschaft. 386. Wesen und Fälle der Intercession. 381. I. Wesen der Bürgschaft. Zweck derselben. 382. Dem Wesen nach Intercession

und accessorisch. Regelmäßig subsidiarisch. Keine Korrealhaftung. II. Abschluß. Persönliche Fähigkeit. 383. Form der Vertragserklärung des Bürgen. 384. des Gläubigers. Selbstschuldnerischer Bürge. Erfinden einer Hauptschuld. 385. Bürgschaft für Vertragsschulden eines Unfähigen. 386. III. Rechtsverhältniß des Bürgen zum Gläubiger. Inhalt der Obligation Haftung für eine fremde Schuld. Unterschied vom Garantievertrage. Fälle desselben. Umfang der Bürgschaftsschuld. 387. Keine andere Verbindlichkeit. Keine erschwerte Verbindlichkeit. 388. Auslegungsregeln. Bürgschaft als Mittel zur Sicherheitsleistung. 389. Annehmbarer Bürge. Nachbürge. Mitbürgen. 390. IV. BürgschaftsKlage. Begründung. 390. Rechtswohlthat der Vorausklage. Nothwendigkeit, derselben durch die Klage zu begegnen. 391. Feststellung des Unvermögens des Hauptschuldners. 392. Fälle des Wegfalls der Vorausklage. 393. Einreden der Bürgen aus der Bürgschaft, Ablauf des Terms, bis zu welchem die Bürgschaft übernommen ist. 393. Schuldhaftes Verhalten des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. Anspruch des Bürgen auf Entlassung aus der fälligen Schuld. 394. Keine exceptio divisionis. Einreden aus der Hauptschuld. Heranziehung des Bürgen in den gegen den Hauptschuldner anhängigen Prozeß durch den Gläubiger. 395. Einrede aus dem Verhältniß des Hauptschuldners. 396. Einrede der Verjährung. Haftung des Akfordbürgen im Konkursverfahren. Rechte auf Befreiung und Entlassung. 397. Vererblichkeit. 398. V. Rechtsverhältniß zw. Bürgen und Hauptschuldner. Klageabtretung. Eintritt in das Recht des Gläubigers. 398. Recht des Bürgen auf Ersatz des ihm erwachsenden Schadens. 399. Vertheidigung des Schuldners gegen die auf den Bürgen übergegangene Klage. Bei veräußelter Einholung der Einwilligung zur Zahlung; bei veräußelter Streitverfändigung. Einrede der Verjährung gegenüber dem zahlenden Bürgen. Klagerrecht des Bürgen gegen den Schuldner auf Befreiung. 400. Stellung des Bürgen im Konkurs des Hauptschuldners. Kündigungrecht. 401. Prämie oder Recht des Bürgen auf Vergütung. 402. VI. Besondere Arten der Bürgschaft Rückbürge. Nachbürge. VII. Beendigung der Bürgschaft. 402. VIII. Kreditmandat. Kreditgeben auf Gefahr des Auftraggebers. 403. Kreditgeben auf Rechnung desselben. 404. Empfehlung wider besseres Wissen. 405. Anhang zu §. 144. Bürgschaft der Frauen, die älteren antiquirten Vorschriften darüber. 404. Bürgschaft der Ehefrauen. Schuldscheine, die von Mann und Frau ausgestellt sind. Verpflichtungen und Entfagungen der Ehefrauen für ihre Ehemänner. 408.

II. Versicherungsvertrag.

§. 145. Versicherung gegen Gefahr an Sachen . . . . . 408

Begriff. Geschichtliche Entwicklung. 400. I. Allgemeine Grundsätze. Versicherung gegen Prämie. 410. Versicherung auf Gegenseitigkeit. Natur der Gesellschaft zur Verf. auf Gegenseitigkeit. Versicherung geben. 411. Versicherung nehmen. 412. Gegenstand. 413. Aleatorischer Charakter. Form. Einwirkung des Handelsgesetzbuchs. 414. Zweck. Schadenersatz, nicht Bereicherung. 415. Ueberversicherung, Doppelversicherung. Risiko. 416. Nach- und Rückversicherung. Inhalt der Vertragsabreden. Bona fides dabei. 417. Verbindlichkeiten des Versicherten. Zahlung der Prämie. 418. Dieselbe ist Bringschuld. Andere Pflichten. 419. Leistung des Versicherers. Schadensvergütung. Abschätzung des Schadens. 420. Selbstversicherung. Recht des Hypothetengläubigers am Versicherungsanspruch. 421. Cession und gesetzlicher Uebergang des Anspruchs. Aufhebung. Einseitiger Rücktritt. 422. Verjährung. Konkurs. 423. II. Besondere Fälle. Versicherung gegen Feuersgefahr. 224. Andere Fälle, besonders Versicherung in Kriegszeiten. 425.

§. 146. Versicherung der Person . . . . . 426

Charakter der Personenversicherung. 426. Scheidung der Person des Versicherungsnehmers und des Versicherten. Gegenstand. 427. Lebensversicherung. Eigenthümlichkeiten: keine Schätzung. Unmittelbares Klagerecht des vom Versicherungsnehmer versicherten Versicherten. 428. Rechtliche Konfruktion desselben. Widerruf der Zuweisung an den Versicherten. 429. Gelten bei nicht erfolgten Benennung eines Dritten die Erben als die Versicherten? 430. Uebertragbarkeit und Pfändbarkeit des Rechts aus der Versicherung. Inhaberpolicen. Besondere Regeln

über Lebensversicherung. 431. Anzeigepflicht bei veränderter Gefahr. 432. Riformo. Versäumte Prämienzahlung. Fälligkeit der Versicherungssumme. Versicherung gegen Freiheitsberaubung. 433. Krankenversicherung der Arbeiter. Zwang dazu. 434. Leistung der Kosten. Unabtretbarkeit. Unpändbarkeit. 435. Unfallversicherung. Sozialpolitische Aufgabe. 435. Ausschluß des Anspruchs bei vorzähliger Herbeiführung des Unfalls. Berufsgenossenschaft. Vorstand. Schiedsgericht. 436. Gegenstand. Beiträge. Unübertragbarkeit. Unpändbarkeit. Eintritt in Schadensansprüche. Besondere Regelung der letzteren. 437. Invaliditäts- und Altersversicherung. Die Versicherungsanstalten. Beiträge. 438. Leistung der Anstalt. Deffentlich rechtlicher Charakter. 439.

Zweites Kapitel. Gesetzliche Verbindlichkeiten aus der Bereicherung durch fremde Handlungen.

§. 147. Die Bereicherung . . . . . 439

Niemand soll sich mit dem Schaden des Andern bereichern. Umfang der Bedeutung dieses Satzes. Begriff der Bereicherung. 440. Anwendungsfälle. 441.

§. 148. Die nützliche Verwendung . . . . . 441

Die actio de in rem verso in römischem Recht und ihre abweichende Gestaltung im neueren gemeinen Recht. 442. Das preuß. Recht. 443. Verwendung aus dem einen in das andere Vermögen. 444. Kennt das R. eine nützliche Verwendung, wenn das Verwendete einer Zwischenperson vertragsmäßig aus dem Vermögen des Klägers übertragen ist? 445. Verhältnis zur condictio sine causa des R. R. Voraussetzungen der Verionsklage. Leistung ohne Zahlungspflicht 447, aber auch nicht donandi animo. 448. Wirkliche Verbesserung. Einwirkung nachmaligen Verlusts. 449. Verbesserung aus dem Vermögen. 450. Kein animus obligandi. Zufällige Bereicherung. Bereicherungsklage des Wechselrechts. Zweck der Klage. Ausgleichung. 451. Besonderheit bei der Verwendung in das Vermögen eines Unfähigen. 452. Die Verwendungsklage gegen den Drittbefitzer. 441. Verjährung. 453.

§. 149. Die Geschäftsbeforgung ohne Auftrag . . . . . 458

Regelmäßig keine Einmischung in fremde Geschäfte zulässig. Anspruch daraus. 254. Billigkeit des Ausgleichs, insbesondere bei Annahme des Vortheils der Geschäftsführung. 455. Voraussetzungen: ohne Auftrag und ohne Berechtigung oder Verpflichtung. 456. Fremde Geschäfte. 457. Parallele der Vollmacht, auch bezüglich der Personen. 457. Absicht der Thätigkeit im Interesse des Andern. 458. Nicht Verpflichtungsabsicht. Führung eigener Geschäfte, die für fremde, und fremder Geschäfte, die irrtümlich für eigene angesehen werden. 459. Gleichgültig ob der Herr verhindert ist. 460. Kenntniß des Herrn ohne erklärten Widerspruch wirkt Nothwendigkeit der Genehmigung. 461. Nützlich Geschäft. Nothwendigkeit und Vortheilhaftigkeit. 462. Unterschied beider Fälle. Vereitelung des Erfolgs durch Zufall. 463. Verpflichtungen nicht zu gegenseitiger Leistung und Gegenleistung. 463. Pflichten des Geschäftsführers, des Geschäftsherrn. 464. Verjährung des Anspruchs aus der Geschäftsbeforgung und des Entschädigungsanspruchs wegen unbefugter Einmischung. 465. Nachträgliche Genehmigung. 466. Form derselben im Verhältnis zum Geschäftsführer. Stellung des Geschäftsherrn zum Dritten. 467.

§. 150. Die Zurückforderungsrechte . . . . . 468

I. Abgrenzung gegen andere Rückforderungen. 469. Wirksamkeit der Leistungen ohne Rücksicht auf den Rechtsbestand des Titels. Ausgleich. Prinzip desselben. 470. Die allgemeinen Erfordernisse: Ein Gegebenes. Der Mangel eines Grundes. 472. Gegenstand der Rückforderung. 473. Verjährung. 474. II. Die einzelnen Konditionsrechte: 1. Rückforderung wegen Nichtschuld. a. Leistung ohne Vorbehalt. An sich rechtsbefähigende Leistung. 475. b. Keine, auch nicht eine moralische Verbindlichkeit. 476. Verfrühte Zahlung und Zahlung einer noch bedingten Schuld. 478. c. Unberechtigter Vortheil des Empfängers. 478. d. Irrthum. 479. Beweis desselben. 480. e. Kläger. Inwiefern ein Anderer als der Zahlende? 481. f. Beklagter. g. Gegenstand. 482. 2. Rückforderung wegen Nichtertritts des als künftig eintretend Vorausgesetzten. Bei zwei-

seitigen Verträgen Vertragsanspruch. Im Uebrigen bei Nichteintritt des Vorausgesetzten durch Schuld des Empfängers, des Gebers, in Folge von Zufall. 484. 3. Rückforderung wegen nicht gerechtfertigten Empfangs. Grundsatz. Beispiele. 485. Wucherliche Geschäfte. 486. 4. Rückforderung des zu einem unehrlichen oder unerlaubten Zweck Gegebenen und des aus verbotenem Geschäft unerlaubt Empfangenen. Nur zu Gunsten des Fiskus. 487. Begriff des verbotenen Gewinns. 488.

### Drittes Kapitel. Schuldverhältnisse aus rechtswidrigen Handlungen.

#### §. 151. Verletzungen der Person . . . . . 489

Im Allgemeinen. 489. 1. Tödtung 490. Abstufung der Ansprüche nach dem Grade der Schuld. 491. Haben die Ansprüche die Rechtsnatur der Alimentenforderung? 492. 2. Körperverletzung. Abstufungen. 493. Verstümmelung. Erschwerung der Heirath. 494. Schmerzensgeld. 495. Haftung gewerblicher Unternehmer gegenüber den Arbeitern. 496. Eisenbahnunternehmer. Reichs-Haftpflichtgesetz. 497. Einwirkung des Unfallversicherungsgesetzes. 498. 3. Ehrverletzung. 498. 4. Freiheitsberaubung. 499.

#### §. 152. Die Vermögensbeschädigung . . . . . 499

Abstrakter Charakter der Klage. Kein Klagerecht zur Abwendung drohenden Schadens. 499.

#### §. 153. Der Nachdruck und andere Verletzungen immaterieller Rechte . . . . . 500

Geschichtliches. 500. Gesetzgebung. Verlagsrecht des Landrechts. 501. Urheberrecht. Insbesondere literarisches. Nachdruck. Objektiver Thatbestand. Schriftwerk. Artistische Werke. 502. Kasuistische Auscheidungen. Plagiat. Gleichstellung gewisser mündlicher Vorträge. Uebersetzungen. 503. Subjektive Voraussetzungen. Die Folgen. 504. Der Beschädigte. Zeitliche Beschränkung des Anspruchs. 505. Nachbildung von Kunstwerken. Photographien 506. Muster und Modelle. Patentrecht, Firmenrecht, gewerbliche Marken. 507.

#### §. 154. Die Beschädigung durch Amtshandlungen . . . . . 507

Haftung der Beamten, sofern dieselben Namens des Staatsgewalts zu handeln haben. 507. Gemeines Recht. Insbesondere die Richter. 508. Synbilatsklage. 509. Stellung bei Akten der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit außerhalb der Judikatur. 510. Preussisches Recht: nicht richterliche Thätigkeit. 511. Geringses oder mäßiges Versehen. Subsidäre Haftung. Konfiskate. 512. Haftung für richterliche Thätigkeit. 513. Einzelne Fälle der Thätigkeit des Richters außer der Rechtsprechung. 514. Haftung von Beamtenkollegien. 515. Haftung der Beamtenkaution für die Beschädigungen der Beamten. 517.

### Viertes Kapitel. Gesetzliche Schuldverhältnisse aus Zuständen.

#### §. 155. Uebersicht. Insbesondere Exhibition-, Edition- und Manifestationspflicht . . 517

Verweisung der gesetzlichen Obligationen in andere Rechtsgebiete. 517. Exhibitionspflicht. 518. Landrechtliche Vorschriften bezüglich derselben als Mittel der Vorbereitung anderweitiger Rechtsverfolgung, als selbständige Verbindlichkeit. Editionspflicht. 519. Manifestation. 520.

## Die einzelnen Schuldverhältnisse.

---

### §. 121. Systematische Ordnung.

Von den Entstehungsgründen der Obligation im Allgemeinen ist an anderer Stelle gehandelt,<sup>1)</sup> auch einzelne Schuldverhältnisse haben im Zusammenhang der allgemeinen Erörterungen eine eingehende Behandlung gefunden; insbesondere gilt dies von den Obligationen aus einseitigen Willenserklärungen, welche ohne hinzutretende Annahme Verpflichtungen hervorrufen, den Inhaberpapieren<sup>2)</sup> und der Auslobung.<sup>3)</sup> Ebenso ist aus dem Kreise der gesetzlichen Schuldverbindlichkeiten die desjenigen erörtert worden, an den durch eine der Anfechtung unterliegende Rechtshandlung ein zur Befriedigung der Gläubiger zurückzugewählender Vermögensvortheil gelangt ist.<sup>4)</sup> Auch davon ist bereits gesprochen, daß die sich an die dinglichen Rechte, das Familienrecht und das Erbrecht anschließenden Zustandsobligationen erst im Zusammenhang mit diesen Materien näher erörtert werden können.<sup>5)</sup> Auf dieselben wird im Anhang dieses Buchs ein zusammenfassender Blick geworfen werden.<sup>6)</sup> Für die nähere Betrachtung bleiben hiernach übrig 1) die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2) die gesetzlichen Verbindlichkeiten aus der Bereicherung durch fremde Rechtshandlungen und 3) die Besonderheiten einzelner Schuldverhältnisse aus rechtswidrigen Handlungen, nachdem die letzteren im Allgemeinen ebenfalls bereits besprochen sind.<sup>7)</sup>

Das A.L.R. gruppirt die Verträge nach der Beziehung, die sie zum

---

<sup>1)</sup> B. I. §. 70.

<sup>2)</sup> B. I. §. 64.

<sup>3)</sup> B. I. §. 71.

<sup>4)</sup> B. I. §. 114.

<sup>5)</sup> B. I. §. 70 a. E.

<sup>6)</sup> Unten §. 155.

<sup>7)</sup> B. I. §§. 89, 90.

Eigenthum haben; zuerst diejenigen, welche einen Titel zum Erwerb desselben darbieten (I. 11.), sodann die Verträge, welche den Erwerb und die Erhaltung von Sachen und Rechten durch Vermittelung Dritter betreffen (I. 13.), und diejenigen, welche das Eigenthum erhalten und sichern sollen (I. 14.). Andere Verträge haben entferntere Stellen gefunden: der Gesellschaftsvertrag wird bei der Lehre vom gemeinschaftlichen Eigenthum abgehandelt (I. 17.), die Leihe, Mieth, Pacht bei den dinglichen Rechten (I. 21.), das Receptum bei dem Bürgerstande (im Gewerberecht), der Versicherungsvertrag im Handelsrecht (II. 8.). Die im Folgenden festgehaltene Anordnung sollte sich nach Förster's Idee an die Scheidung der Leistung in ein Geben und Thun anknüpfen, schied aber aus der letzteren Gruppe den recht eigentlich auf ein Thun gerichteten Dienstmieth- und Werkverdingungsvertrag aus. Als dritte Gruppe schloß Förster die auf Sicherung zielenden Verträge an. Bei Festhaltung der von Förster angenommenen Reihenfolge der Erörterungen läßt sich die folgende von Förster abweichende Gruppierung der Verträge nach den dabei verfolgten wirthschaftlichen Zwecken gewinnen, die um so geeigneter erscheint, als das Landrecht selbst auf diese Verschiedenheit wirthschaftlicher Zwecke Gewicht legt.

A. Verträge, die auf Begründung von Vermögensrechten der einzelnen Kontrahenten abzielen:

I. Verträge über ein Geben:

a) über ein Geben zu Eigenthum.

1. Schenkung,

2. Zweifelhafte Verträge über ein Geben, Tausch, Kauf und Verwandtes,<sup>a)</sup>

b) über ein Geben oder Belassen zum Gebrauch:  
Leihvertrag, Mieth und Pacht, Darlehn;

II. Verträge über ein Thun:

Dienstmieth und Werkverdingung.

B. Verträge, die auf Erhaltung von Rechten durch ein stellvertretendes Thun abzielen.

Vermahrung, Vollmacht, Verwaltung.

C. Vertrag zur Begründung eines gemeinsamen Vermögensrechts der Kontrahenten:

Gesellschaftsvertrag.

D. Verträge zum Zweck der Sicherung von Rechten:

a) Bürgschaft,

b) Versicherungsvertrag.

<sup>a)</sup> Der Verlagsvertrag (§. 134) ist nach der Auffassung des Landrechts wesentlich Vertrag über Handlungen. Wegen der damit verbundenen Veräußerung des Verlagsrechts hängt er aber auch mit dem Kauf zusammen. Es ist deshalb die ihm von Förster angewiesene Stellung beibehalten worden.



## Erstes Kapitel. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

## A. Verträge, die auf Begründung von Vermögensrechten der einzelnen Kontrahenten abzielen.

## I. Verträge über ein Geben.

## a. Ueber ein Geben zu Eigenthum.

## §. 122. 1) Die Schenkung.

**U. R. N. I. 11. §. 1037—1177.** — Bornemann III. S. 210f. v. Daniels III. S. 110f. Koch, Pr. R. II. S. 276f. R. d. F. III. S. 150f. Gruchot in f. Beitr. B. 13 S. 779f. Dernburg II. §§. 161—165. Fischer §. 86. — Unterholzner II. S. 518f. Savigny, System B. IV. S. 1fg. Vangerow I. S. 194f. Arndts S. 99fg. Sintenis I. S. 198f. II. S. 545fg. v. Keller S. 123fg. Windscheid, Pand. II. §§. 365—369. Dernburg Pand. II. §§. 106—108. Unger, Oesterr. Priv. R. II. S. 189fg. — Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach römischem R. B. 1. 1. 1835, B. 2. Abth. 1 1837 (unvollendet geblieben) Dr. Pollack, der Schenkungswiderruf insbesondere seine Vererblichkeit 1886. Mamroth bei Gruchot B. 30 S. 583. — Zachariä (Puchelt) IV. S. 195fg.

I. Stellung im Rechtssystem. Während die Institutionen Justinians die Schenkung im Zusammenhang mit dem Erwerb des Eigenthums abhandeln,<sup>1)</sup> hat das Landrecht sie den obligatorischen Verträgen angelehnt.<sup>2)</sup> Eigenthumserwerb kann Zweck der Schenkung sein, ist es aber nicht immer, aber auch ein obligatorischer Vertrag ist sie nur in dem besonderen Fall des Schenkungsversprechens.<sup>3)</sup> Hiernach wird die Schenkung von der Theorie häufig in den allgemeinen Theil verwiesen.<sup>4)</sup> Immerhin ist sie im Landrecht definiert: „Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet“;<sup>5)</sup> und wenn auch diese Definition nicht völlig erschöpfend ist, so sind doch einerseits die obligatorischen Beziehungen der

<sup>1)</sup> J. II. 7. Höpfner, Kommentar §. 408.

<sup>2)</sup> So bei Mühlenbruch, Göschen, Seuffert. Das österreich. 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. 91fg.). Der Code verbindet Schenkungen und Testamente unter dem Gesamtbegriff der freigebigen Verfügungen (Art. 893—1100). Ansprüche aus freigebigen Verfügungen (unter Lebenden und von Todes wegen) faßt auch das Konkursrecht (K. D. §. 56 Nr. 4, preuß. K. D. §. 84 Nr. 3) zusammen.

<sup>3)</sup> Unger S. 197. 198 c.

<sup>4)</sup> Puchta, Institutionen B. 2 §. 205. Pand. §. 68. Savigny B. 4 S. 3. Ihnen sind gefolgt Arndts, Vangerow, Sintenis, Unger (f. B. 2 S. 200).

<sup>5)</sup> I. 11. 1037. Oesterr. G. B. definiert 5. 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. Vergl. auch C. civ. Art. 894. Auch der Entwurf des B. G. B. behandelt die Schenkung im Recht der Schuldverhältnisse.

## Erstes Kapitel. Schulverhältnisse aus Verträgen.

## A. Verträge, die auf Begründung von Vermögensrechten der einzelnen Kontrahenten abzielen.

## I. Verträge über ein Geben.

## a. Ueber ein Geben zu Eigenthum.

## §. 122. 1) Die Schenkung.

**U. R. N. I. 11. §. 1037—1177.** — Bornemann III. S. 210f. v. Daniels III. S. 110f. Koch, Pr. R. II. S. 276f. R. d. F. III. S. 150f. Gruchot in f. Beitr. B. 13 S. 779f. Dernburg II. §§. 161—165. Fischer §. 86. — Unterholzner II. S. 518f. Savigny, System B. IV. S. 1fg. Vangerow I. S. 194f. Arndts S. 99fg. Sintonis I. S. 198f. II. S. 545fg. v. Keller S. 123fg. Windscheid, Pand. II. §§. 365—369. Dernburg Pand. II. §§. 106—108. Unger, Oesterr. Priv. R. II. S. 189fg. — Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach römischem R. B. 1. 1. 1835, B. 2. Abth. 1 1837 (unvollendet geblieben) Dr. Pollack, der Schenkungswiderruf insbesondere seine Vererblichkeit 1886. Mamroth bei Gruchot B. 30 S. 583. — Zachariä (Buchelt) IV. S. 195fg.

I. Stellung im Rechtssystem. Während die Institutionen Justinians die Schenkung im Zusammenhang mit dem Erwerb des Eigenthums abhandeln,<sup>1)</sup> hat das Landrecht sie den obligatorischen Verträgen ange-reiht.<sup>2)</sup> Eigenthumserwerb kann Zweck der Schenkung sein, ist es aber nicht immer, aber auch ein obligatorischer Vertrag ist sie nur in dem besonderen Fall des Schenkungsversprechens.<sup>3)</sup> Hiernach wird die Schenkung von der Theorie häufig in den allgemeinen Theil verwiesen.<sup>4)</sup> Immerhin ist sie im Landrecht definiert: „Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet“;<sup>5)</sup> und wenn auch diese Definition nicht völlig erschöpfend ist, so sind doch einerseits die obligatorischen Beziehungen der

<sup>1)</sup> J. II. 7. Höpfner, Kommentar §. 408.

<sup>2)</sup> So bei Mühlenbruch, Göschen, Seuffert. Das österreich. 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. 91fg.). Der Code verbindet Schenkungen und Testamente unter dem Gesamtbegriff der freigebigen Verfügungen (Art. 893—1100). Ansprüche aus freigebigen Verfügungen (unter Lebenden und von Todes wegen) faßt auch das Konkursrecht (K. D. §. 56 Nr. 4, preuß. K. D. §. 84 Nr. 3) zusammen.

<sup>3)</sup> Unger S. 197. 198 c.

<sup>4)</sup> Buchta, Institutionen B. 2 §. 205. Pand. §. 68. Savigny B. 4 S. 3. Ihnen sind gefolgt Arndts, Vangerow, Sintonis, Unger (f. B. 2 S. 200).

<sup>5)</sup> I. 11. 1037. Oesterr. G. B. definiert 5. 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. Vergl. auch C. civ. Art. 894. Auch der Entwurf des B. G. B. behandelt die Schenkung im Recht der Schulverhältnisse.

Schenkung die rechtlich erheblichsten,<sup>6)</sup> andererseits ist die Begriffsbestimmung insofern eine allgemein giltige als sie die Willenseinigung des Geschenkgebers und Geschenknehmers für die Annahme des Schenkungsbegriffs auch bei den sofort erfüllten Schenkungen als wesentlich erkennen läßt.<sup>7)</sup> Findet ohne Vertrag eine Freigebigkeit, z. B. eine Leistung *animo donandi* im Interesse eines Andern statt, so kann von einer Schenkung im Sinne des Pandrechts nicht die Rede sein, insofern sie nicht dem Andern gegenüber erfolgt und nicht von ihm acceptirt wird.

II. Begriff.<sup>8)</sup> Schenkung ist die vertragmäßige Einigung über freiwillige und unentgeltliche Bereicherung des Vermögens einer Person durch Verminderung des Vermögens der andern. 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.

Die Schenkung geschieht freiwillig,<sup>9)</sup> der Geber muß zur Zuwendung rechtlich in keiner Weise verpflichtet gewesen sein, darf sich auch nicht irrtümlich für verpflichtet gehalten haben; gleichgiltig ist aber, ob die den Geber veranlassenden sittlichen oder anderen Gründe von ihm als zwingend angesehen sind.<sup>10)</sup> — Sie geschieht unentgeltlich;<sup>11)</sup> der Empfänger darf durch die Annahme des Geschenkes zu keiner Art Gegenleistung verpflichtet werden. Aus der Unentgeltlichkeit folgt aber nicht, daß dem Beschenkten nicht, sofern er das Geschenk behalten will, eine Last aufgelegt werden darf, eine besondere Art der Schenkung hat gerade darin ihre Eigenthümlichkeit. — Die Schenkung ist eine Verminderung des Vermögens des Gebers,<sup>12)</sup> dieser muß um den Werth des Geschenkes ärmer werden.

<sup>6)</sup> Die Stellung im System rechtfertigt sich danach *a potiori*.

<sup>7)</sup> Vergl. unten Anm. 34.

<sup>8)</sup> Savigny §§. 142. 143. Meyerfeld I. S. 1 fg. Unger II. 189. S. Entwurf des B.G.B. §. 437. Darüber, daß auch in §. 38 der Vormundschaftsordnung der gesetzliche Begriff der Schenkung vorausgesetzt wird, vergl. unten B. 4 §. 232 Anm. 7. — Der Begriff „unentgeltliche Verfügungen“ Konf. Ordn. §. 25 ist nicht identisch mit Schenkungen, wenn auch diese als unentgeltliche Verfügungen hauptsächlich in Betracht kommen. Der Begriff ist aber ein weiterer.

<sup>9)</sup> I. 1 pr. l. 29 pr. D. XXXIX. 5. *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur*. Vergl. I. 28 de R. J. Meyerfeld I. S. 22 f. Die *donatio necessaria*, die Lehser, med. sp. 434 erfinden, 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.

<sup>10)</sup> Sog. Liebespflichten, Freundschaft, Dankbarkeit und dergl. Ein Beispiel aus der Praxis Entsch. B. 13 S. 182. Rehbein II. 388.

<sup>11)</sup> I. 1 pr. D. XXXIX. 5 *propter nullam aliam causam, quam ut liberalitatem et beneficentiam exerceat*. I. 28 §. 2 D. II. 14. Es ist also auch nicht Schenkung, wenn man etwas giebt, um zu verpflichten (ob *causam dare*). I. 19 §§. 5. 6. D. XXXIX. 5. Meyerfeld I. S. 17. Verzicht auf ein noch zweifelhaftes Recht ist nicht Schenkung. Oesterr. G.B. §. 939.

<sup>12)</sup> Savigny S. 23 fg. Sehr bestimmt ausgesprochen in der I. 31 §. 7 D. XXIV. 1: *non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur*. Der Schenkende muß zum Besten des Beschenkten sein Vermögen vermindern wollen. Die Verminderung des eigenen Vermögens muß sich als Zuwendung an den Anderen charakterisiren. Es ist nicht Schenkung, wenn man nicht aus eigenen Mitteln hergiebt. Striethorst B. 42

Wenn Einer dem Anderen unentgeltlich Dienste verspricht, welche ihm bezahlt zu werden pflegen und eine Verbesserung des Vermögens des Letzteren herbeiführen sollen, so liegt eine Schenkung vor, weil die Pflicht zu handeln das Vermögen belastet.<sup>13)</sup> Aber es ist keine Schenkung, 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 vermehrt.<sup>14)</sup> Dagegen hat es die Wirkungen einer Schenkung, wenn man eine begründete Forderung erläßt, und zwar auch dann, wenn diese Forderung erst künftig fällig ist, z. B. künftige Zinsen.<sup>15)</sup> — Die Schenkung ist eine Bereicherung des Vermögens des Empfängers.<sup>16)</sup> Der Beschenkte muß einen Werth erwerben, der ihm noch nicht gehörte, auf den er kein Recht hatte. Die Bestellung einer Sicherheit für ein zustehendes Recht, oder das Aufgeben der Sicherung für ein solches sind nicht Schenkungen: dort wird das Vermögen nicht vermehrt, hier noch nicht gemindert.<sup>17)</sup> Die Bereicherung kann bestehen in der Uebertragung des Eigen-

§. 121. Man kann keine fremde Sache als solche schenken. 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. Wissenschaftliches Anerkennen einer Nichtschuld kann Schenkung sein (I. 7 §. 2 D. XLI. 4, I. 9 pr. C. IV. 5, Glüd. B. 13 S. 397), dagegen nicht das Anerkennen einer wirklich bestehenden, aber nicht klagbaren Schuld, einer oblig. natur., nach Landrecht einer ohne die notwendige Schriftform übernommenen Verbindlichkeit. I. 5. §. 185 fg. Seuffert B. 7 Nr. 174.

<sup>13)</sup> I. 11. §. 1037 spricht nur von Sachen und Rechten, nicht von Handlungen. Deshalb war Förster mit Unger S. 192 Note 12 anderer Ansicht. Besonders klar tritt hier die Schenkung hervor, wenn Jemand einem Anderen mit dessen Zustimmung unentgeltlich eine Arbeit leistet oder zu leisten verspricht, die sonst zu einer Gewerbsthätigkeit gehört. Hier nimmt auch Savigny S. 35 fg. Schenkung an (s. auch sächs. G.B. §. 1050). Förster hielt für entscheidend dagegen, daß es an einem deminuere bona im eigentlichen Sinne fehle und hielt gegen Danwardt's (a. a. D. S. 48) Ausführung, daß die Produktivdienste an sich Güter, Werthe sind, wenn sie auch nicht als Bestandtheile des Vermögens gelten, daran fest: vom ökonomischen Standpunkt könne der Andere dabei reicher werden, einen Vortheil erreichen, aber vom juristischen Standpunkt sei er nicht beschenkt. Vergl. auch Daniels III. 246. Gerade vom Standpunkt des preuß. Rechts aus muß man hiergegen erinnern, daß, da §. 873 I. 11. A.L.R. dem Leistenden, der eine Berufsthätigkeit übt, bei mangelnder Lohnabrede schlechthin das Recht auf angemessenen Lohn giebt, die übernommene Leistungspflicht eine Vermögensbelastung in Höhe der Lohnforderung ist.

<sup>14)</sup> I. 5 §. 13. D. XXIV. 1, I. 28 pr. D. de V. S. Savigny S. 29. A.L.R. I. 11. §. 1039. Ueber dessen Verhältnis zu I. 16 §. 393 s. Koch, Komm. Note zu §. 1039. Der bloße Verzicht auf eine Erbschaft ist keine Schenkung: selbst wenn der Verzichtende dabei die Absicht gehabt hätte, der nächstberechtigten solle sich bereichern. Der Verzicht ist unwiderruflich, auch wenn diese Absicht nicht erreicht wird, weil auch der Zweite ausschlägt. Vergl. Entsch. B. 8 S. 250. Eine Willenseinigung zwischen A u. B, kraft deren A zu Gunsten des nicht berechtigten B auf die Erbschaft verzichtet und B die Erbschaft annimmt, wäre nur dann als Schenkung anzusehen, wenn sie die Interpretation zuließe, das Erbrecht des A solle durch eine dem Erbschaftsverkauf analoge Schenkung auf B übertragen werden. Sonst wird B nicht aus dem Vermögen des A bereichert. Vergl. Entwurf des D.G.B. §. 439 Abs. 2 u. 3.

<sup>15)</sup> Vergl. oben B. I. §. 18 und §. 87 unter 6, insbesondere Anm. 47. Der Erlaß ist Schenkung auch dann, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist. I. 22. §. 3. I. 82 D. XXXV. 2. I. 31 §. 1. 4. D. XXXIX. 6. Savigny S. 128. Seuffert B. 6 Nr. 39. B. 8 Nr. 133. Unger S. 192 Note 11. Daß er formell unter besonderen Regeln steht, ist bereits erwähnt.

<sup>16)</sup> Savigny S. 52 f. I. 5 §. 8. 16. D. XXIV. 1.

<sup>17)</sup> I. 1 §. 19. D. XXXVIII. 5, I. 18. D. XLII. 8, I. 1 §. 1, I. 11. D. XX. 6. Unger

thums an einer Sache, in der Einräumung eines dinglichen Rechts, in der Abtretung einer Forderung des Gebers an einen Dritten — dare — oder in der Begründung 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. — Vorausgesetzt wird endlich noch ausdrücklich: „daß durch das Geschenk nicht unerlaubte Absichten befördert werden“.<sup>18)</sup>

Die 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 will.<sup>19)</sup> Das donare steht in einem Gegensatz zum credere und solvere.<sup>20)</sup> Die Absicht braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein, wenn sie

§. 194. Sächs. O.B. §. 1051. Der Satz des Textes, insofern er sich auf den Verzicht auf Bürgschaft und Pfandrecht bezieht, ist nicht zweifellos, da §. 393 I. 16 einen Unterschied nicht macht. Daß der Vermögenswerth „nicht bestimmt meßbar ist“, wie Dernburg II. §. 161 bei Anm. 13 hervorhebt, kann nicht in Betracht kommen. Es ist weder im Gesetz noch in der Natur der Sache ein Grund zu finden, weshalb nur solche Gegenstände, die schon zur Zeit des Aktes einen bestimmten erkennbaren Werth haben, geschenkt werden können. Aber der die Sicherheit Bestellende oder Aufgebende leidet in Folge dessen nicht nothwendig wirtschaftlich einen Vermögensverlust. Jedenfalls behandelt auch die neuere Gesetzgebung den Verzicht auf eine Sicherheit nicht als Schenkung, die Vormundschaftsordnung §. 41 läßt ersteren unter Zustimmung des Gegenvormunds zu, während sie letztere als nichtig ansieht. §. 38. S. auch Entwurf des O.B. §. 489 Abs. 1.

<sup>18)</sup> Dann hat der Fiskus das Recht der Rückforderung des wirklich Gegebenen I. 11 §§. 1070, 1071. Der Anh. §. 27 gab dem Fiskus das Recht, Schenkungen ausgetretener Kantonsisten anzusehen; Koch, Kommentar (zu Anh. 27) und, ihm zustimmend Förster hielt das nach heutigem Recht für analog dahin anwendbar, daß Fiskus befugt ist, solche Schenkungen anzusehen, so weit es nöthig ist, um die wegen Verletzung der Wehrpflicht erkannte Geldstrafe beizutreiben. Das läßt sich nicht aufrecht erhalten. Die frühere Konfiskation ergab Rechte des Staats, die durch Schenkungen geschmälert wurden: hier konnte von einer Vermuthung einer auf Schmälderung gerichteten Absicht die Rede sein; dagegen besteht jetzt auf die möglicher Weise zu erkennende Geldstrafe noch kein Recht des Staats, von dessen Schmälderung geredet werden könnte. Abgesehen hiervon aber handelt es sich in Anh. §. 27 um eine Ansehung des in fraudem creditoris Geschenkten; diese ist zur Zeit nur noch nach den reichsgesetzlichen Bestimmungen zulässig.

<sup>19)</sup> Savigny S. 77 fg.

<sup>20)</sup> Man pflegt in der heutigen Theorie die Vermögenszuwendungen auf die drei *causae credendi, donandi* zurückzuführen. Diese Scheidung, 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. Erpl. I. §. 33. Unger S. 195 Note 25. Witte, in der Krit. Vierteljahrsh. B. 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 Wichtigkeit, andererseits können trotzdem jene drei Begriffe

nur aus den Umständen erkennbar ist. Es kann insbesondere durch Hingeben ohne vorangegangenes Versprechen geschenkt werden, ohne daß eine ausdrückliche Willenserklärung des Gebers die Gabe begleitet. Wo die Schenkung dagegen nur durch eine Willenserklärung vollzogen werden kann, wie bei dem Verpflichten und Befreien, da wird regelmäßig auch die Absicht zum Ausdruck kommen. Das Pandrecht hat in seiner Weise gesetzliche Anhaltspunkte<sup>21)</sup> dafür gegeben, unter welchen Umständen auf die Absicht zu schließen sei. An die Spitze stellt es den Satz: „daß eine Sache als Geschenk gegeben worden, wird nicht vermuthet“,<sup>22)</sup> aber in den gesetzlichen Ausnahmefällen wird gegen jene Regel die entgegengesetzte Vermuthung begründet,<sup>23)</sup> welche durch Gegenbeweis widerlegt werden kann. Dieser richtet sich entweder darauf, daß Umstände vorliegen, welche die freigebige Absicht ausschließen,<sup>24)</sup> oder darauf, daß bei dem Hingeben selbst eine die Schenkungsabsicht beseitigende Willensäußerung erfolgt, daß, wie das A. U. R. sich ausdrückt, „mit Vorbehalt“ gegeben worden ist.<sup>25)</sup>

Vermuthet wird die Absicht zu schenken, wenn der Geber gegen den Empfänger eine besondere sittliche Verpflichtung zur Wohlthätigkeit hat.<sup>26)</sup> Dies trifft in der Regel zu bei Verwandten in auf- und absteigender Linie, bei Geschwistern, Eheleuten.<sup>27)</sup> Aber die Vermuthung beschränkt sich auf den Fall des Gebens, auf ein zwischen dem Bereichernden und dem zu Bereichernden stattfindendes Rechtsgeschäft. Hat nur zu Gunsten des letzteren eine Leistung stattgefunden, so liegt Schenkung nur im Falle eines Schenkungsvertrags vor.<sup>28)</sup> Auch dürfen die begleitenden Umstände nicht widersprechen.<sup>29)</sup> Es soll die Absicht zu schenken auch angenommen wer-

sehr gut dazu dienen, das Verständniß des einen klar zu machen an dem Gegensatz der beiden anderen. Vergl. Arndts, Pand. §. 233 S. 376.

<sup>21)</sup> Koch, Kommentar Note zu I. 11. §. 1040.

<sup>22)</sup> I. 11. §. 1040. Vergl. Seuffert IX. 288. Gruchot B. 13 S. 795.

<sup>23)</sup> I. 11. §§. 1041—1045.

<sup>24)</sup> Die Absicht zu schenken wird nicht vermuthet, wenn Jemand die Schuld eines Anderen bezahlt. I. 16. §. 46. Entsch. B. 7 S. 88. Striethorst B. 6 S. 332b.

<sup>25)</sup> I. 11. §. 1041. 1044. Schles. Archiv B. 4 S. 368. Durch die Worte „ohne Vorbehalt“ ist nur so viel ausgesprochen, daß bei dem Geben eben nichts Besonderes, das gegenseitige Rechtsverhältnis Bestimmendes erklärt worden. Das Geben ohne Vorbehalt setzt eine positive Handlung voraus; daß man eine Zeit lang unterläßt, eine vertragmäßige Forderung geltend zu machen, kann die Vermuthung der Schenkung nicht begründen. Striethorst B. 57 S. 222.

<sup>26)</sup> I. 11. §. 1041. Hierzu Koch, im Kommentar. Eine Leistung auf Grund einer erzwingbaren Pflicht ist Zahlung, nicht Schenkung.

<sup>27)</sup> I. 11. §. 1042. Daß dieser §. nur ein Beispiel, spricht das Präj. 260. (Samml. I. S. 71) aus. Andere Beispiele: Rechtsfälle B. 3 S. 164 und Arndt. Arch. B. 4 S. 61. Strieth. B. 60 S. 246 (im Verhältnis der Schwägerschaft). Ob die Vermuthung auch bei Stiefeltern, Stiefkindern und weiteren Verwandten eintritt, wird nach den Umständen zu ermesen sein. Für gemeines Recht bejaht es Meyerfeld I. S. 215. 222, dagegen verneinen Glück B. 5 S. 384 und Unterholzner II. S. 610 Note m.

<sup>28)</sup> Entsch. B. 7 S. 88, Rehbein II. 391; Striethorst B. 6 S. 331, B. 44 S. 84, B. 57 S. 222.

<sup>29)</sup> J. B. Schles. Arch. B. 4 S. 368. Entsch. B. 20 S. 288 (wenn der Empfänger Gläubiger war, vergl. aber Strieth. B. 73 S. 204), Arndt. Arch. B. 5 S. 605 (bei fehlgeschlagener Erwartung der formlos zugesicherten Hofesfolge). Strieth. B. 60 S. 246.

den, wenn man einem Armen etwas zum Unterhalt giebt, oder wenn man einer Armenanstalt und milden Stiftung etwas zuwendet, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein und ohne daß ein Vorbehalt zum Ausdruck gebracht wird;<sup>30)</sup> endlich in Fällen, wo sich „gar keine andere Absicht des Gebenden denken läßt“, wo also die Umstände die Annahme der Schenkungsabsicht rechtfertigen.<sup>31)</sup> 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 Braut-schatz von dem, der dem Empfänger gegenüber zur Ausstattung verpflichtet ist.<sup>32)</sup> 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 dem Versprechen einer Mitgift, welches von einem dazu nicht Verpflichteten gegeben ist, als bedungene Gegenleistung das Versprechen eine bestimmte Ehe zu schließen, gegenüber steht.<sup>33)</sup>

III. Vertragscharakter. Der Geschenkgeber muß vertragsfähig und über den Gegenstand zu verfügen berechtigt sein. Um für einen Anderen zu schenken, bedarf man spezieller Vollmacht.<sup>33a)</sup> Dies gilt auch von dem Verwalter. Auch wer kraft des Gesetzes als Verwalter des Vermögens eines Anderen den letzteren vertritt, kann regelmäßig nicht für denselben schenken. Indessen machen solche Geschenke, die gerade durch die Vermögensverwaltung begründet werden, eine Ausnahme: z. B. die für gewisse Dienste üblichen Trinkgelder, die den Charakter einer eigentlichen Liberalität nicht haben. Daß die Hingabe von Geschenken durch die

<sup>30)</sup> I. 11. §§. 1043. 1044. Ueber das „Ebenso“ in §. 1043 f. Koch's Note zu diesem §. Rechtsfälle B. 4 S. 121. Entsch. B. 11 S. 410.

<sup>31)</sup> I. 11. §. 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. d. F. III. S. 155 fg.

<sup>32)</sup> I. 11. §. 1046. 1047. Ueber den Begriff der gewissen Sache oder Summe f. Entsch. B. 31 S. 398. — Auch was auf Grund öffentlich rechtlicher Verpflichtungen gewährt wird, z. B. die vom Armenverbande gegebene Unterstützung ist im Rechtsinne kein Geschenk, Entsch. B. 11 S. 410. Ob dieselbe aus anderen Gründen zurückverlangt werden kann, wird in §. 148 erörtert werden.

<sup>33)</sup> Wenn die Verheirathung als Gegenleistung bedungen ist, so daß der andere Theil sich zur Eingehung der Ehe verpflichtet hat, liegt in der That ein zweiseitiger Vertrag vor. Auch die Schenkung unter dem modus der Ehe-schließung wird „einem lästigen Vertrage gleich-gachtet“. I. 11. §. 1043. Die Ehe darf nicht bloß die Veranlassung oder Gelegenheit zur Zuwendung gegeben haben (§. 1049); denn dann ist letztere eine einfache Schenkung. Vergl. noch das Präj. 765 Samml. I. S. 71. Den Ausdruck „in rechtsgültiger Form versprochen“ deutet die Praxis dahin, daß ein nur schriftlich (nicht in gerichtlicher Form) erteiltes Versprechen klagbar ist. Wenn ein wirklicher zweiseitiger Vertrag vorliegt, so macht die Leistung der Handlung (Ehe-schluß mit dem Dritten) auch das mündliche Versprechen klagbar. Vergl. Entsch. B. 12 S. 159. Striethorst B. 66 S. 159, B. 67 S. 70, B. 83 S. 303, B. 85 S. 290, B. 88 S. 332. R. G. Entsch. B. S. 252. R. G. bei Gruchot B. 25 S. 733, B. 31 S. 710, B. 34 S. 965.

<sup>33a)</sup> I. 11. §. 109.

Vermögensverwaltung „begründet“ sein kann, erkennt die Vormundschaftsordnung §. 38 ausdrücklich an. Der Vormund ist darüber hinaus auch zu „üblichen“ Geschenken berechtigt. Ein unzulässiges Schenkungsversprechen des Vormunds kann den Mündel nicht verpflichten.

Daß der Empfänger die Gabe als Geschenk annehme, verlangt das A. U. R. für alle Schenkungen,<sup>34)</sup> sie mögen durch Geben oder durch Versprechen geschehen. In der gemeinrechtlichen Theorie ist dieses Erforderniß namentlich von Savigny geleugnet worden,<sup>35)</sup> die ältere Doktrin zur Zeit der Redaktion aber hielt die Annahme für nöthig zur Vollendung der Schenkung.<sup>36)</sup> Bei der bestimmten Vorschrift des A. U. R. ist hier jede Kontroverse ausgeschlossen; es muß übrigens die ältere Ansicht als mit den Zeugnissen des römischen Rechts und dem Wesen der Schenkung übereinstimmend betrachtet werden.<sup>37)</sup> Wie die Absicht zu schenken einer strengerem, so soll im Gegensatz die Absicht anzunehmen einer günstigeren Auslegung unterliegen. Die Annahme ist an keine Form gebunden,<sup>38)</sup> 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 wollen.<sup>39)</sup> Annehmen kann aber gerade nur der, dem das Geschenk angeboten. Seine Erben haben wider den Willen des Gebers nicht das Recht anzunehmen.<sup>40)</sup> 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 können.<sup>41)</sup> Dies hängt davon

<sup>34)</sup> I. 11. §. 1058 „wie bei anderen Verträgen“. Diesen Worten wird von Förster jede besondere Bedeutung abgesprochen; sie stellen aber klar, daß über den Bereich des Schenkungsversprechens hinaus die Schenkung ein Vertrag ist. Vergl. oben Anm. 7. — Das sächs. G. B. §. 1054 verlangt die Annahme nur bei dem Schenkungsversprechen. — Die Schenkung zu Gunsten eines Dritten verlangt auch dessen Beitritt. Gruchot II. 243. Oben B. I §. 75 A. 21. Vergl. Striethorst B. 81 S. 192.

<sup>35)</sup> Savigny S. 145 fg. Meyerfeld I. S. 84 fg. Dagegen Mühlenbruch II. S. 477, Bangerow I. S. 174, Windscheid II. §. 365 Anm. 5.

<sup>36)</sup> Schilter, exerc. 43. th. 24. Leyser, sp. 433 med. 8. Höpfner, Komm. §. 411. Von den Neueren behaupten die Nothwendigkeit der Acceptation Puchta, Instit. §. 205 Note p. Bangerow I. §. 121 Nr. III. Arndts §. 80. Unger II. S. 195 f. Windscheid §. 365 Anm. 5.

<sup>37)</sup> I. 19. §. 2. D. XXXIX. 5. Non potest liberalitas nolenti acquiri. I. 69. de R. J. Invito beneficium non datur. I. 1. §. 6. D. XXXVIII. 5. In liberalitatibus, quas non admisit is, cui quis donatum voluit. Daß dies im römischen Rechtsbewußtsein gelegen, ergibt sich auch aus Cic. Top. c. 8 in f. neque donationem sine acceptatione intelligi posse. Darüber daß Niemand dem Andern wider seinen Willen schenken kann, auch nach deutschem Rechtsbewußtsein, s. Grimm, Rechtsalterthümer I. A, S. 606. Scuffert B. 2 Nr. 45, B. 26 Nr. 129. Vergl. Entwurf des B. G. B. §. 433.

<sup>38)</sup> Vergl. I. §. 79 Anm. 21.

<sup>39)</sup> I. 11. §. 1059.

<sup>40)</sup> I. 11. §. 1061. Vergl. I. 5. §. 107.

<sup>41)</sup> I. 5. §§. 90—108. I. 11. §. 1062. In dem letzteren ist statt „anzunehmen“ zu lesen: „zurückzunehmen“. Restr. v. 29. Dezember 1837 (Jahrb. B. 50 S. 469).



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 konnte.<sup>42)</sup> Im Uebrigen unterliegt die Annahme einer Schenkung, namentlich was die Zeit ihrer Erklärung betrifft, den allgemeinen Grundsätzen, und nur von Willensunfähigen gilt noch die besondere, begünstigende Vorschrift, daß „jeder Dritte“ zum Besten eines wegen Kindheit, Krankheit oder Geisteschwäche an der Annahmeerklärung Behinderten annehmen darf.<sup>43)</sup>

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 werden.<sup>44)</sup> — 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 (Auflassung, schriftliche Bestellung, Gestattung der Ausübung) den Erwerb; die Schenkung einer Forderung, die dem Geber bisher zustand, geschieht durch Cession oder Delegation;<sup>45)</sup> 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 darf;<sup>46)</sup> bei Befreiungen die entsprechende Erklärung, welche dem Beschenkten eine an sich gültige, nicht schon durch Einreden zu beseitigende Schuld<sup>47)</sup> erläßt; wenn von seinem Vermögen eine Last genommen werden soll, die Ausstellung einer Quittung über die nicht bezahlte Schuld, die Zurückgabe oder Raffung des Schuldscheins, die Expromission, indem der Schenkende die Schuld des Beschenkten an einen Dritten übernimmt.<sup>48)</sup>

<sup>42)</sup> I. 5. §§. 108. 416.

<sup>43)</sup> I. 11. §. 1060. Striethorst B. 17 S. 184. Krankheit nur, wenn sie die Unfähigkeit begründet, die Annahme der Schenkung zu erklären. R.G. Entsch. B. 25 S. 295. Die Entsch. des Obertribunals B. 47 S. 113 statuirt die Möglichkeit der Vertretung noch ungeborener in ihrer künftigen Existenz ungewisser Personen in der Annahme eines ihnen zugeborenen Geschenkes durch jeden Dritten. Vergl. dagegen Gruchot B. 13 S. 817. In dem gedachten Fall war das Ergebnis des Obertribunals zu gewinnen, wenn die Schenkung als unter dem Modus erfolgt angenommen wurde, daß der Beschenkte später geborenen Geschwistern das Geschenk antheilweise herausgeben sollte.

<sup>44)</sup> Mithin kann auch der Miteigentümer seinem Miteigentümer schenken, s. Koch, Comment. zu §. 1037 gegen die Entsch. im Arnberger Archiv B. 8 S. 173.

<sup>45)</sup> Das geschieht dadurch, daß ein Gläubiger seinen Schuldner anweist, einem Dritten (dem Delegatar die Schuld zu versprechen, daß der Delegat dem Folge leistet und vom Delegatar als Schuldner angenommen wird. Der Delegatar, der nichts von dem Delegaten zu fordern hatte, ist der Beschenkte I. 4. §. 1. I. 21. §. 1. D. XXXIX. 5. R.R. I. 16. §. 264.

<sup>46)</sup> Unger II. S. 198 fg.

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

<sup>48)</sup> Vorausgesetzt, daß dies im ausgetauschten Einverständnis mit dem zu beschenkenden Schuldner geschieht. Ohne dieses Einverständnis wird der Schuldner zwar seinem Gläubiger gegenüber befreit, und die Regreßklage gegen ihn kann ausgeschlossen sein, aber es liegt kein Schenkungsvertrag vor.

Besonders hervorzuheben ist als Gegenstand ein ganzes Vermögen oder ein aliquoter Theil desselben.<sup>49)</sup> Das A.R.N. erwähnt eine solche Schenkung nur beiläufig als möglich;<sup>50)</sup> einzelne Regeln giebt es für sie nicht, und aus einer Aeußerung von Svarez<sup>51)</sup> geht hervor, daß die Redaktoren wenigstens zeitweise sie nur von Todeswegen als denkbar aufgefaßt haben. Bereits an anderer Stelle ist ausgeführt, daß bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden unter Vermögen nur der Inbegriff aller dem Verfügenden gehörenden Sachen und Rechte gemeint sein kann, und daß selbst wenn zugleich die Uebernahme der Schulden bedungen sein sollte, nur eine Singularsuccession in alle unter dem Gesamtnamen zusammengefaßten Gegenstände eintritt.<sup>52)</sup> Die Schenkung eines ganzen Vermögens kann also 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 Auflassung oder Cession u. s. w. Die aus einem Schenkungsversprechen solchen Inhalts abgeleitete Erfüllungsklage muß sich auf Ueberreignung der einzelnen Sachen und dinglichen Rechte, auf Cession der einzelnen Forderungen richten. Die abweichende Anschauung Koch's,<sup>53)</sup> daß das Eigenthum eines geschenkten ganzen Vermögens schon durch den Vertrag übergehe, ist dem A.R.N. durchaus fremd.<sup>54)</sup> Gegenüber dem unbedingt ausgesprochenen Satz: „zur Erwerbung des Eigenthums ist die Besitznehmung erfordert“,<sup>55)</sup> einem Satze, welcher insoweit Geltung beansprucht, als nicht das Gesetz selbst ausdrücklich eine Ausnahme macht,<sup>56)</sup> beruft sich zwar 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 Erbschafts Kauf werden nicht die einzelnen Bestandtheile der Erbschaft, auch nicht diese als Inbegriff gedacht — es wird das Erbschaftsrecht<sup>57)</sup> veräußert, der Kauf eines Rechts ist Cession, eine körperliche Uebergabe dieses Rechts ist nicht möglich.

Unter ganzem Vermögen kann im Zweifel nur das gegenwärtig oder im Augenblick der in Aussicht genommenen Erfüllung vorhandene, nicht auch das zukünftig etwa zu erwerbende Vermögen verstanden werden.<sup>58)</sup>

<sup>49)</sup> Meyerfeld II. §. 1 (§. 21). Savigny §. 134. Unger §. 207.

<sup>50)</sup> I. 11. §. 1087.

<sup>51)</sup> Jahrb. B. 52 §. 18: sie sei widerrüflich, weil sie nur mortis causa geschehen könne.

<sup>52)</sup> Oben B. I. §. 21 Anm. 2. Entsch. B. 43 §. 128. Rehbein II. 393.

<sup>53)</sup> Note zu §. 1087. Gegen ihn auch Göppert, Beiträge z. L. v. Miteigenthum. §. 116 Note 1.

<sup>54)</sup> Oben B. I §. 23.

<sup>55)</sup> I. 9. §. 3.

<sup>56)</sup> Erbschaftserwerb I. 9. §. 367, der sogleich zu erwähnende Erbschafts Kauf, Eigenthumserwerb an Grundstücken durch Auflassung nach dem Gesetz v. 5. Mai 1872 und andere Fälle.

<sup>57)</sup> I. 11. §. 447.

<sup>58)</sup> Meyerfeld II. §. 5 fg. Savigny §. 142. Unger §. 212. Entsch. B. 43 §. 128 erkennt die Möglichkeit eines Schenkungsversprechens bezüglich des künftigen Vermögens (des Vermögens nach seinem Stand am Todestage des Geschenkgebers) an; eine schon gegen-

Es entscheidet die Auslegungsregel, daß für die mindere Verpflichtung zu deuten ist.<sup>59)</sup> Wird dagegen das ganze Vermögen auf den Todesfall verschenkt, so begreift es auch das später erworbene. Der Grundsatz des römischen Rechts, daß Vermögen nur dasjenige sei, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt,<sup>60)</sup> hat bei solcher Schenkung seine volle Bedeutung; nur soweit das Vermögen schuldenfrei ist, soll es den Empfänger bereichern. Der Geber ist daher berechtigt, den Betrag der Schulden vorweg abzuziehen, und nur was übrig bleibt, zu übergeben. Von dem Verhältniß des Geschenknehmers zu den Gläubigern ist an anderem Orte gehandelt.<sup>61)</sup>

Eine Erbschaft, die dem Geschenkgeber noch nicht angefallen ist, kann ebenso wenig wirksam verschenkt werden, wie sie verkauft werden kann.<sup>62)</sup> Die Schenkung einer angefallenen Erbschaft<sup>63)</sup> wird, wenn das Erbrecht selbst oder eine Quote davon geschenkt sein soll, nach den Grundsätzen zu behandeln sein, welche das Pandrecht für den Erbschafts Kauf in diesem Fall aufstellt. Wenn der Inbegriff der Erbschafts sachen geschenkt ist, so liegt Schenkung eines quantitativen Theils des eigenen Vermögens vor.<sup>64)</sup>

Die einzige ausdrückliche Regel, die das A. L. R. über die Schenkung eines ganzen Vermögens enthält, ist die:<sup>65)</sup> 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 den Beschenkten, wenn der Geschenkgeber nicht als gesetzliche Erben Verwandte in auf- und absteigender Linie, Geschwister oder Geschwisterkinder ersten Grades hinterläßt; diese sollen einen vorzüglichen Anspruch haben.

---

wärtig wirksame Eigenthumsübertragung von erst künftigen Vermögen ist selbstverständlich undenkbar. Strieth. B. 18 S. 178, B. 38 S. 110 gegen die Zulässigkeit einer Schenkung des künftigen Vermögens. Der in der gemeinrechtlichen Literatur (vergl. Savigny S. 142, Sintonis I. 209) erörterte Gegen Grund, daß eine solche Schenkung die Testirfreiheit beschränke und ein verdeckter Erbvertrag sei, kann im heutigen Recht nicht entscheiden. Von größerem Gewicht ist die Erwägung, ob der Vertragsgegenstand bestimmt genug bezeichnet sei. Jedenfalls muß klar sein, nach dem Vermögensstande welches künftigen Momentes das Vermögen geschenkt sein solle. Ist dies aber der Fall, und soll die Schenkung erst dann perfizirt werden, so ist auch ihr Gegenstand deutlich genug bestimmt. Ganz anders läge die Sache, wenn man dem Vertrag die Wirkung gäbe, das Vermögen als Ganzes ohne Weiteres zum Eigenthum des Beschenkten zu machen. Das österr. G. B. §. 944 läßt nur das ganze gegenwärtige Vermögen schenken, das künftige nur so weit, als das Geschenk nicht die Hälfte des Vermögens übersteigt. Vergl. Unger II. 212. Für nichtig erklärt das sächf. Ges. B. §. 1053 jede Schenkung des ganzen Vermögens, oder einer Quote desselben. Bez. des code civ. §. Art. 943, 947, 1084.

<sup>59)</sup> I. 5. §. 268.

<sup>60)</sup> I. 39 §. 1 de V. S. Es werden nur die Schulden z. B. der Schenkung abgezogen.

<sup>61)</sup> Oben B. I. §. 102. Anm. 18, wo auch auf den abweichenden Standpunkt des Entwurfs des D. G. B. hingewiesen ist.

<sup>62)</sup> Schenkung einer bestimmten Sache oder Summe aus einer künftigen Erbschaft ist Entsch. B. 38 S. 89 für zulässig erklärt, da §§. 445. 446 I. 11 nur von der Erbschaft als Erbschaftsrecht handeln. Nach gemeinem Recht wäre auch eine solche Schenkung unzulässig. I. 30. C. II. 30.

<sup>63)</sup> Gegensatz der §§. 448. 450.

<sup>64)</sup> Förster war auch hier anderer Ansicht.

<sup>65)</sup> I. 11. §. 1087.

V. Wird Mehreren geschenkt, so erwerben sie an dem Geschenk Miteigenthum; kann dies Einer von ihnen nicht, so wächst sein Antheil nicht wie bei Zuwendungen von Todeswegen den Uebrigen zu, sondern bleibt bei dem Schenkenden und dieser wird auf diesen Antheil Miteigenthümer.<sup>66)</sup>

VI. Abgesehen von dem Klagerrecht aus der Schenkungspflicht ist die Schenkung hauptsächlich aus drei Gründen Gegenstand besonderer Regeln geworden, welche das Rechtsinstitut der Schenkung individualisiren.<sup>67)</sup> 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 gültig.<sup>68)</sup> 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 Form.<sup>69)</sup> Nach neuestem<sup>70)</sup> römischem Recht muß eine Schenkung, deren Betrag 500 Soli<sup>71)</sup> 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 werden.<sup>72)</sup> 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 Geschäfts zu befehlen oder seine Rechtsgültigkeit zu untersuchen.<sup>73)</sup> Die Nichtbe-

<sup>66)</sup> §§. 1085. 1086.

<sup>67)</sup> Savigny S. 4. Arndts S. 102 oben Anm. 4. Unger S. 189 Note 2.

<sup>68)</sup> II. 1. §. 310. Ebenso österr. G. B. §. 1246 und der Entwurf des G. B. Wegen der erweiterten Ansechtbarkeit der unentgeltlichen Zuwendungen an Ehegatten zu Gunsten der Gläubiger vergl. Bd. I. §. 114 Anm. 45.

<sup>69)</sup> Savigny S. 194 fg. §§. 165—167.

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

<sup>71)</sup> 500 Soli nach Savigny S. 210 vergl. Seuffert XVIII. 32 = 1400 Thlr. angenommen, richtiger, wie von Franke im civ. Arch. B. 47 Nr. 18 dargelegt, = 2000 Gulden im 18 Guldenfuß = 1555 $\frac{1}{2}$  Thlr. oder 4666,66 M. Vergl. Seuffert B. 27 Nr. 229. R. G. Entsch. B. 1 S. 313, B. 8 S. 145. Bez. der Schenkung von Renten, die auf die Lebensdauer eines der beiden Theile beschränkt sind vergl. Seuffert XVIII. 37, R. G. Entsch. B. 8 S. 143. Begründung einer Familienstiftung als Schenkung über 500 solidi. R. G. Entsch. B. 5 S. 138. Das sächs. G. B. steht in §. 1056 bei 1000 Thlr. die Grenze.

<sup>72)</sup> Savigny S. 210 fg. Seuffert V. 165. VI. 39. VIII. 133. XVIII. 38, 40.

<sup>73)</sup> Savigny S. 216. Seuffert XVI. 111. XVII. 242. Es genügt daher die bloße gerichtliche Anerkennung der Schuldurkunde. Seuffert B. 1. 343 R. G. Entsch. B. 6 S. 181. Dagegen genügt nicht, wie mit guten Gründen bei Seuffert XVI. 111 ausgeführt ist, daß eine versiegelte Schenkungsurkunde dem Gericht überreicht werde.

achtung dieser Form wirkt Nichtigkeit der Schenkung, soweit sie jenen Betrag übersteigt. Bis zu demselben bleibt sie giltig.<sup>74)</sup> Soweit die Schenkung nichtig ist, kann das Geschenk auch durch Erziehung nicht erworben, es kann kondizirt, auch gegen den dritten Besizer vindizirt werden.<sup>75)</sup> Welche Wirkung die Nichtigkeit der Schenkung gegenüber dem Dritten im Obligationsverhältniß hat, falls durch Expromission oder Delegation geschenkt worden, ist streitig.<sup>76)</sup>

Das A.L.R. bestimmt: „Schenkungsverträge sollen gerichtlich abgeschlossen werden.“<sup>77)</sup> Hier, wie im römischen Recht ist die gerichtliche Form, Erklärung zu gerichtlichem Protokoll zur Beglaubigung, nicht zur Bestätigung.<sup>78)</sup> Abweichend vom römischen Recht ist die Nothwendigkeit der gerichtlichen Form nicht vom Betrage des Geschenks bedingt. Die Bestimmung bezieht sich aber nur auf das obligatorische Schenkungsversprechen. Dies ergibt die Aeußerung von Savarez bei der Schlussrevision:<sup>79)</sup> „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 haar 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 soll also nur das noch nicht erfüllte Schenkungsversprechen getroffen werden;<sup>80)</sup> die ausgeführte Schenkung fällt nicht darunter.<sup>81)</sup> Daher kann, wenn eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe wirklich<sup>82)</sup> übergeben worden, das Geschenk nicht wegen mangelnder Form widerrufen werden.<sup>83)</sup>

<sup>74)</sup> Savigny §. 167 S. 217. 218. R.G. Entsch. B. 5 S. 135, B. 8 S. 144.

<sup>75)</sup> Savigny §. 219. Für das Uebermaß ist die Schenkung nicht Usukapionsmittel, und der Besenkte ist insoweit als unredlicher Besizer anzusehen, „weil er weiß, daran kein Eigentum zu haben“, freilich auch wieder insoweit nicht, als er annehmen kann, mit dem Willen des Eigentümers zu besitzen. Savigny S. 219. Daß auch gegen den dritten Besizer vindizirt werden kann, folgt aus der Nichtigkeit der Schenkung. I. 5 §. 18. D. XXIV. 1. l. 36 pr. eod. l. un. §. 5. C. V. 13.

<sup>76)</sup> S. hierüber Savigny S. 587 fg., bef. S. 596 f. 599. Beilage X.

<sup>77)</sup> I. 11. §. 1068. Wirklich gerichtliche Form, dorfgewöhnliche Form genügt nicht. Strieth. B. 100 S. 243. Nur schriftliche Form verlangt das österr. G.B. §. 943. Erklärung zu gerichtlichem Protokoll oder gerichtliche Bestätigung nach sächs. G.B. §. 1056. Der Entwurf des B.G.B. §. 440 fordert gerichtliche oder notarielle Form des Schenkungsversprechens und der schenkungsweise übernommenen abstrakten Verpflichtung.

<sup>78)</sup> Koch, R. d. F. III. S. 167 a. E. 168. Nicht bloßes Anerkennen der Unterschrift eines Schenkungssakts, sondern Erklärung desselben vor Gericht. War die Schenkung unter ein anderes verpflichtendes Geschäft verdeckt, für das dissimulirende Geschäft aber die gerichtliche Form gewahrt, so genügt dies der Formvorschrift. R.G. Entsch. B. 15 S. 293.

<sup>79)</sup> Jahrb. B. 41 S. 23 f.

<sup>80)</sup> Auch so nach österr. Recht. Unger S. 205.

<sup>81)</sup> Vergl. Entwurf des B.G.B. §. 441. Der Ausführung der Schenkung kann ein formell unverbindliches Schenkungsversprechen vorgegangen sein; die Ausführung erledigt dann das Schenkungsversprechen nach der obligatorischen Seite.

<sup>82)</sup> I. 11. §. 1068. Die geschenkte Sache muß nach der herrschenden Auffassung in den Gewahrjam des Besenkten oder eines von der Person des Tradenten verschiedenen Stellvertreter's gekommen sein. Es muß zwischen Schenker und Besenkten die zugesicherte Rechtsübertragung abgemacht sein. Bloß symbolische Uebergabe genügt nicht. Entsch. B. 62 S. 385. Striethorff B. 77 S. 190. Rehbain II. 398. R.G. bei Gruchot

Bei körperlich übergebenen unbeweglichen Sachen schloß das Landrecht die Rückforderung aus, wenn die justa causa der Uebergabe, der Titel, in schriftlicher Form erklärt worden. Dem außergerichtlichen schriftlichen Vertrag war insofern die Kraft einer verbindlichen Punktation beigelegt.<sup>84)</sup> Zur Zeit vollendet bei Grundstücken erst die Auflassung die bei der Schenkung beabsichtigte Bereicherung des Beschenkten. Dieselbe heilt auch in diesem Falle die mangelnde Form des Schenkungsversprechens, so daß es auf die Schriftform desselben nicht mehr ankommt.<sup>85)</sup> Ist aber das Grundstück nicht aufgelassen, sondern nur übergeben, so läßt sich zwar ausführen, daß die Uebergabe, da durch dieselbe der Eigenthumsübergang nicht mehr ausgeführt wird, die alte Bedeutung nicht mehr haben könne; das Gesetz hat aber diese Folgerung nicht gezogen, und es rechtfertigt sich deshalb nicht, der landrechtlichen Bestimmung, welche nicht bloß die Uebergabe für hinreichend erklärt, um den Beschenkten zu sichern, sondern eine obligationsrechtliche Einwirkung der Schriftform für den Fall des Hinzutommens der Uebergabe regelt, die noch fortdauernde Geltung zu versagen. Noch jetzt kann also ein schriftliches Schenkungsversprechen bezüglich eines übergebenen Grundstücks die Kraft einer Punktation beanspruchen und die Klage auf Auflassung begründen.

Es bedarf ferner die schenkungsweise erfolgende Cession nicht der gerichtlichen Form, weil die Abtretungshandlung, der Uebergabe körperlicher Sachen analog, die Schenkung vollzieht.<sup>86)</sup> Schenkungsweise Einräumung

B. XXIV. §. 442. Auch beim *constitutum possessorium* wurde dies von Förster und auch sonst angenommen, weil es noch eine Klage auf Erfüllung übrig lasse; hiergegen spricht aber, daß §. 1068 nur die von unbeweglichen Sachen handelnden §§. 1066, 1067 in Bezug nimmt, nicht den von der Uebergabe beweglicher Sachen handelnden §. 1065. Eine durch formgerechtes Konstitut übergebene bewegliche Sache ist im Eigenthum des Geschenknehmers; er vindicirt sie und braucht nicht mehr aus dem Vertrage zu klagen. Jedenfalls ist nicht abzusehen, weshalb *brevi manu traditio* nicht genügen soll, wie Förster ausführte. Bei derselben ist die geschenkte Sache nicht bloß in den Besitz des Beschenkten gelangt, sie findet sich auch in seinem Gewahrsam. Dem hat sich Dernburg II. §. 162 Num. 11 angeeignet; wenigstens sagt er, die *br. m. traditio* werde „meist“ den Effekt haben, dem Schenker die körperliche Herrschaft über die Sache zu nehmen. Eine Erklärung des besitzenden und thatsächlich fortbestehenden Schiffseigenthümers an den nicht besitzenden Schiffer, diesem werde auf Grund einer Schenkung der Besitz übertragen, möchte ich nicht als *br. m. traditio* anerkennen; war aber dem Schiffer die Innehabung des Schiffs übertragen, und nun folgt jene Erklärung, so kann der Umstand, daß der frühere Schiffseigenthümer auf dem Schiffe bleibt, weder den Besitzwechsel noch den Eigenthumswechsel, also auch nicht die Perfektion der Schenkung hindern.

<sup>83)</sup> I. 11. §§. 1065, 1066. Bei Strieth. B. 11 S. 71 war das Geschenk der 1000 Thlr. durch Einhändigung an den Vormund vollwirksam geworden, ohne daß es der gerichtlichen Form bedurft hatte.

<sup>84)</sup> §§. 1066, 1067. Vergl. §. 135 I. 5 und Koch's Note hierzu. Entsch. B. 1 S. 363.

<sup>85)</sup> C. Erbgel. v. 5. Mai 1872. §. 10. Dernburg B. II. §. 162. Num. 13. (vergl. auch Marnroth bei Gruchot B. 34 S. 603) hält §§. 1066, 1067 im Wesentlichen für antiquirt und mißt denselben Bedeutung nur für den Fall bei, daß die geschenkten Grundstücke noch kein Blatt im Grundbuch haben, wobei er wohl stillschweigend voraussetzt, daß auch die Anlegung des Blatts nicht möglich sei.

<sup>86)</sup> Entsch. B. 51 S. 121. Die Cession muß aber an sich rechtsgiltig ausgeführt sein, d. h. es muß die Abtretung bei verbriefter Forderung schriftlich erfolgt sein. Auch ist regelmäßig nothwendig, daß die schriftliche Cession dem dadurch Beschenkten eingehändig, nicht etwa in der Hand des Geschenkgebers geblieben ist; aber auch letzteres genügt, wenn Beschenkte Förster (Cecius), Preuß. Privatrecht. II. 6 Ausk. 2

eines dinglichen Rechts, in dessen Besitz und Genuß der Beschenkte gesetzt wird, muß ebenfalls ohne gerichtlichen Vertrag als wirksam angesehen werden.<sup>87)</sup> Nur bei dem noch zu erfüllenden Schenkungsversprechen hängt die Erzwingbarkeit von der gerichtlichen Form ab, weder notarielle noch einfache Schriftlichkeit begründen die Klage auf Erfüllung.<sup>88)</sup>

Das A. L. R. hat noch die weitere Vorschrift, daß der Schenkende bei gerichtlicher Abschließung des Vertrages ausdrücklich zu versichern habe, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteige; dabei soll ihm das Gesetz nebst den Folgen seiner Angabe deutlich ausgelegt werden, und wie dieses geschehen, in dem Protokoll ausdrücklich bemerkt werden.<sup>89)</sup>

in derselben Urkunde acceptirt hat. Vergl. Schles. Arch. B. 4 S. 472. Entsch. B. 20 S. 128, B. 2 S. 260. Strieth. B. 9 S. 192 c. B. 43 S. 268 b. R. G. bei Gruchot B. 34 S. 956. Voets in der Arnsh. jurist. Monatschr. I. 321. Aushändigung der Schulburlunde und, bei Abtretung hypothekarischer Forderungen, notarielle Beglaubigung waren von Förster zu Unrecht erfordert. Sie gehören nicht zur Perfektion der Abtretung. Vergl. in erster Beziehung gegen Entsch. B. 82 S. 16 Rehbein II. 401: R. G. Entsch. B. 4 S. 225. 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. Rehbein II. 400. Strieth. B. 43 S. 269 c.). Dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Beschenkte bei der Delegation wirklich in die Lage gebracht ist, über die geschenkte Forderung wie über seine eigene zu verfügen, d. h. gegen den Delegaten zu klagen, und daß er bei der Expromission und dem Erlaß durch die Befreiung von seiner Schuld eine Vermögensvermehrung erhalten hat, 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 hat also auch das Recht, die etwaige Schulburlunde zu beanspruchen. — Daß die Schenkung eines Spartassenbuchs über mehr als 150 M. nicht durch dessen Uebergabe vollzogen werde, sondern schriftliche Cession der Forderung an die Sparkasse verlange, ist mit Recht ausgeführt bei Gruchot II. 426. VI. 403. So auch Striethorst B. 66 S. 78, B. 89 S. 111. Dabei ist aber zu beachten: Wenn A. dem B. das Spartassenbuch schenkungsweise übergeben, und B. es in Gemäßheit der ihm erteilten Ermächtigung realisiert hat, so kann A. den ausgezahlten Betrag von B. nicht kondizieren. Strieth. B. 89 S. 111, B. 97 S. 237, Rehbein II. 404. Vergl. auch Lehmann bei Gruchot B. XII. S. 840. R. G. Entsch. B. 9 S. 243, B. 17 S. 295. Anders liegt die Sache, wenn B. nur das Buch auf einen anderen Namen hat umschreiben lassen. R. G. bei Gruchot B. 32 S. 965. Förster nahm im Anschluß an v. Kräwel bei Gruchot XVI. 323 an, daß die bloße Uebergabe genüge. Aber der Grund, daß der Inhaber des Buchs berechtigt werde, die Einlage einzuziehen, ist unrichtig: die Sparkasse ist nur befugt, nicht verpflichtet, an ihn ohne Legitimationsprüfung zu zahlen.

<sup>87)</sup> Entsch. B. 13 S. 239 ist die gerichtliche Form für nothwendig erachtet, — im vorliegenden Fall richtig, weil die Nutzung nur versprochen war; aber die Gründe verlangen unrichtig allgemeine Wahrung der gerichtlichen Form. Schenkungsweise Einräumung einer Grundgerechtigkeit erfordert als Modus die Schriftform. In R. G. Entsch. B. 2 S. 4 wird auch in der schenkungsweise erfolgten Ausstellung eines eigenen Wechsels des Schenkers eine perfekte Schenkung gesehen, gewiß mit Recht, wenn eben der Wechselanspruch den Gegenstand der Schenkung bilden sollte, Bedenken wären zu erheben, wenn der Wechsel nur Zahlungshalber zur Deckung des auf Geld gerichteten Schenkungsversprechens ausgestellt wäre. Eine Schenkung, die in der Weise auszuführen versucht ist, daß der Geschenkgeber simulatim eine Schulburlunde über ein Darlehn an eine interposita persona ausstellt, welche sodann die Darlehnsforderung dem Geschenknehmer cedirt, ist nicht ausgeführt, weil die cedirte Darlehnsforderung in Wahrheit nicht besteht. Entsch. B. 69 S. 25. Sollte der ursprüngliche Scheindarlehnsgläubiger beschenkt werden, so ist das Schenkungsversprechen mangels der gerichtlichen Form unverbindlich. Eine Hinüberziehung der Bähr'schen Ansicht (Anerkennung S. 287), daß solchen Falls eine abstrakte Schuld konstituiert werde, ist für das preussische Recht jedenfalls abzulehnen.

<sup>88)</sup> I. 11. §. 1069. Ueber die Nachwirkung deutschrechtlicher Ideen bei der Klage auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens s. *La b a n d*, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. 1869 S. 150.

<sup>89)</sup> I. 11. §§ 1094. 1095.

Diese Bestimmung findet sich aber bei der Regelung des Widerrufs der Schenkung wegen Uebermaßes, nicht, wo von der Form des Schenkungsvertrages die Rede ist. Danach besteht jetzt, abweichend von einer durch Koch<sup>90)</sup> vertretenen Ansicht, volle Uebereinstimmung darüber, daß Nichtbeachtung dieser Vorschrift die Schenkung nicht 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. Wird die Schenkung des ganzen Vermögens ohne gerichtlichen Vertrag sofort durch Uebergabe (Tradition der einzelnen Sachen und Cession der Rechte) vollzogen, so ist freilich die Schenkung erst gesichert, wenn der Zeitablauf von drei Jahren das Widerrufsrecht beseitigt hat, weil der Verzicht auf den Widerruf wegen Uebermaßes nur in der gerichtlichen Form wirksam ist.<sup>91)</sup>

Wie bereits oben erwähnt, kann die Annahme der Schenkung in jeder Form erfolgen. Ein gerichtlicher Vertrag<sup>92)</sup> liegt zwar nur vor, wenn auch der Geschenknehmer die Annahmeerklärung gerichtlich abgegeben hat. Aber wie derjenige, der schriftlich oder zu Protokoll sich zum Abschluß eines schriftlich zu schließenden Vertrages bekennt oder einseitig die Vertragserklärung abgegeben hat,<sup>93)</sup> sich auf den Mangel der Schriftform nicht berufen kann, muß dasselbe von dem Schenker gelten, der in gerichtlicher Form das Schenkungsversprechen abgegeben oder sich dazu bekennt und die Urkunde dem Promissar eingehändigt hat.

B. Der Widerruf einer Schenkung ist die zweite Besonderheit dieses Rechtsgeschäfts;<sup>94)</sup> sie trifft nicht nur das Schenkungsversprechen, sondern ebenso die schon vollzogene Schenkung. Der Widerruf ist eine Ausnahme von dem Rechtsatz, daß giltig errichtete Geschäfte unwiderruflich sind;<sup>95)</sup> er wird nur gestattet aus besonderen Gründen und setzt eine giltige Schenkung voraus, also entweder ein gerichtliches Schenkungsversprechen, oder eine durch Uebergabe vollzogene Schenkung; er unterscheidet sich wesentlich von der Anfechtung, welche wegen Ungiltigkeit stattfindet,<sup>96)</sup> ebenso von der Aufhebung, welche zwar auch ein giltiges, aber ein noch nicht erfülltes Geschäft betrifft, und die regelmäßig nicht in der Weise denkbar ist, daß der

<sup>90)</sup> Koch, Komm. Note zu §. 1094. R. d. F. S. 168 f. 213 oben. Vergl. hierüber Savary, Jahrb. B. 41 S. 29 f.

<sup>91)</sup> 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 anderen Schriften die richtige Ansicht.

<sup>92)</sup> I. 11. §. 1063.

<sup>93)</sup> I. 5. §. 185. Vergl. B. I. §. 75 Anm. 21.

<sup>94)</sup> Savigny S. 214 f. §§. 168. 169. Koch, R. d. F. S. 174 fg. Unger S. 212 fg. Pollack a. a. O.

<sup>95)</sup> Grundfänglich ist die Unwiderruflichkeit auch für die Schenkung anerkannt in §. 1089 d. L. Vergl. österr. Gef. B. §. 946.

<sup>96)</sup> Oben B. I. §. 41, §. 87 im Eingang.



Verpflichtete sich einseitig und willkürlich seiner Verpflichtung entzieht.<sup>97)</sup> Verwandter ist er mit den Rückforderungsrechten (den Konditionen, die wegen mangelnden Rechtsgrundes gegeben sind), insofern mit dem Widerruf der Grund zum Haben des Geschenks wegfällt.<sup>98)</sup> Das Charakteristische des Widerrufs einer Schenkung besteht darin, daß der Geschenkgeber selbst — vor oder nach der Erfüllung — von dem rechtswirksam erklärten Willen wieder abgehen kann. Die Möglichkeit, daß Andere — Gläubiger des Geschenkgebers, Pflichttheilserven — aus ihrem Rechte die Schenkung anfechten, beruht auf durchaus verschiedener Grundlage. Erstere hat im §. 114 Erörterung gefunden, letztere wird im Zusammenhang mit dem Pflichttheilsrecht im vierten Bande besprochen werden, und es wird hierbei auch die hier eingreifende Erstreckung dieser Pflichttheilsklage auf diejenigen in Betracht gezogen werden, welche zur Zeit der Schenkung des Verstorbenen bereits gesetzliche Alimentationsansprüche hatten, die aus seinem Nachlaß nicht Befriedigung finden können.

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 an,<sup>99)</sup> der letztere hat dann durch Justinian,<sup>100)</sup> der erstere durch die gemeinrechtliche Praxis<sup>101)</sup> 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 hatte. Das steht nach A. 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 erschöpften sich aber die Fälle des eigentlichen Widerrufs, soweit solcher dem Geber selbst zusteht, und wenn das A. R. unter diese noch die spätere Verarmung des Gebers zählt,<sup>102)</sup> so giebt es doch bei solcher dem Schenkenden nur ein Recht auf Unterhalt, welches sich wesentlich vom Widerruf unterscheidet.

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

1. Ohne besonderen Grund für die Willensänderung kann der Geber jede außergerichtliche Schenkung, also jede ohne gerichtliches Schenkungsversprechen durch Uebergabe vollzogene, innerhalb von sechs Monaten

<sup>97)</sup> Oben B. I. §. 87. Savigny S. 226.

<sup>98)</sup> Savigny S. 225.

<sup>99)</sup> Savigny S. 228. 229 f.

<sup>100)</sup> I. 10. C. VIII. 56.

<sup>101)</sup> Lauterbach ad. XXXIX. 5. §§. 53—57. Wernher II. 10. obs. 371. Höpfner, §. 412 Nr. 3, der diesen Widerrufsgrund auf die stillschweigende Klausel *rebus sic stantibus* zurückführt. Koch, R. d. F. S. 177. Windscheid §. 367 a. E. gegen die gemeinrechtliche Geltung dieses Widerrufsgrundes.

<sup>102)</sup> I. 11. §. 1198 fg.

seit der Uebergabe widerrufen.<sup>103)</sup> 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 thatfächlichen Gründe bedarf, ist es der Natur der Sache widersprechend und ein Fehlgriff, 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 vererben.<sup>104)</sup> Mit Ablauf der sechs Monate erlischt dieses willkürliche Widerrufsrecht. Weil dasselbe nicht die Bedeutung der Anfechtung einer ungiltigen Schenkung hat, kann nach sechs Monaten die ganz verschiedene Anfechtung aus allgemeinen gesetzlichen Gründen z. B. wegen wesentlichen Irrthums nicht versagt werden.<sup>105)</sup> Als Schenkung durch „Uebergabe“ sind alle diejenigen Schenkungen anzusehen, welche im Sinne der obigen Ausführungen durch die in's Werk gesetzte Zuwen-

<sup>103)</sup> I. 11. §. 1090. Dem Entwurf des B.G.B. fremd. Widerruf durch einen Dritten im Auftrag des Schenkenden verlangt überzeugenden Nachweis des Auftrags dem Beschenkten gegenüber. Strieth. B. 65 S. 122.

<sup>104)</sup> Präj. 1554. Entsch. B. 11 S. 256, B. 66 S. 46. Rehbein II. S. 407, Striethorst B. 93 S. 157, B. 100 S. 112, R.G. bei Gruchot B. 26 S. 971, R.G. Entsch. B. 12 S. 289, B. 15 S. 226 zeigen, daß die Praxis an der entgegengesetzten Ansicht festhält und das Revolutionsrecht dem Erben und dem Nachlasspfleger zuschreibt. Die Regel von der Vererblichkeit aller Rechte ist richtig für alle an objektive Voraussetzungen geknüpften Vermögensrechte: die von den sonstigen Regeln des Vertragsrechts abweichende gesetzliche Möglichkeit eines Widerrufs wegen einfachen Sinneswechsels ist aber etwas streng persönliches. Deutlicher als im §. 1065 gesehen, kann ein Gesetz nicht aussprechen, daß die ausgeführte Schenkung einer beweglichen Sache nachher nicht mehr wegen Formmangels angefochten werden kann, daß also §. 1090 nicht von solcher Anfechtung, sondern von der Neubegründung einer Rückforderung durch den erklärten Willen des Widerrufs handelt. Allerdings hebt §. 1112 die Unvererblichkeit des Widerrufs nur bei dem Widerruf wegen Uebermaßes hervor. Hier konnte man aber den Zweifel haben, ob es sich nicht um ein an objektive Voraussetzungen geknüpftes Recht, das vererblich sei, handle. Auch beim Wiederkauf und dem Neukauf geht das Landrecht (I. 11. §§. 314, 316, 318, 332) von der Regel der Unvererblichkeit aus; nur wenn eine bestimmte Zeit festgestellt ist, mit der das Recht erlöschen soll, wird diese Willenserklärung dahin gedeutet, daß dadurch das Recht auch für die Erben stipulirt sei. — Hat der Geschenkgeber dem Beschenkten den Widerruf formlos kund gegeben, so ist die Rückforderung (Kondition) für ihn als eine vererbliche begründet. — Konsequenz des Standpunkts der Praxis wäre, daß das Widerrufsrecht auch für Gläubiger des Geschenkgebers gepfändet werden könnte, um gegen den Willen des Geschenkgebers bei den für den Gläubiger unanfechtbaren Gelegenheitsgeschenken geübt zu werden, und daß auch der Konkursverwalter bei solchen Geschenken, die er nicht anfechten kann, zu widerrufen berechtigt ist. Die Theorie ist einstimmig — Dernburg mit Resignation gegenüber der einmal feststehenden Praxis — gegen die Wichtigkeit derselben.

<sup>105)</sup> Das hat jedoch das D. Trib. (Striethorst B. 21 S. 128, Rehbein I. 248) verneint. 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 D. Trib. sagt 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 aber keinen Unterschied zwischen Schenkungen, Zahlungen und anderen freigebigen Zuwendungen. Es ist auch in der That kein Grund zu finden, weshalb eine Schenkung und deshalb nicht mehr als „unkräftig“, d. h. als ungiltig angefochten werden soll, weil der Widerruf aus §. 1090 nicht mehr statthaft ist.

zung des Vermögensvorteils perfekt geworden sind. Auch die Schenkung eines Grundstücks durch Auflassung gehört hierher. Daß bei derselben der Mangel der Form geheilt wird, hat, wie oben angegeben, die Bedeutung, daß es nicht neben der Auflassung, wie früher bei der Uebergabe, einer Schenkungsschrift bedarf. Die ausgeführte Schenkung ist eben so giltig wie die gerichtliche, es liegt bei derselben nicht wegen des Mangels eines gerichtlichen Schenkungsversprechens ein noch zu heilender Formmangel vor. Das Gesetz sagt nicht, daß die Auflassung einem Geschäft, das bei Anwendung besonderer Formen in seinen Wirkungen gesicherter ist, als das formlose, diese besonderen Wirkungen beilege; es heilt nur die aus dem Formmangel entspringende Ungiltigkeit. Aus der in der Praxis der Gerichte bezüglich der Vererblichkeit des Widerrufs hervortretenden Auffassung sind freilich andere Folgerungen herzuleiten.

2. Die besonderen Gründe sind: a. Uebermaß läßt innerhalb dreier Jahre vom Tage der Uebergabe oder des gerichtlichen Vertragsschlusses widerrufen.<sup>106)</sup> Uebermäßig ist jede Schenkung, welche die Hälfte des Vermögens zur Zeit des gerichtlichen Vertrags oder der Uebergabe übersteigt. Wird zwischen dem bindenden Vertrag und der Zeit der Uebergabe widerrufen, so wird auf den Zustand des Vermögens, wie er alsdann (d. h. zur Zeit der Ausübung des Widerrufs) beschaffen war, Rücksicht genommen.<sup>107)</sup> Die Schenkung des ganzen Vermögens ist stets an sich eine übermäßige und also innerhalb jener Zeit unbeschränkt widerruflich. Bei der Schenkung eines Vermögenstheils kommt es auf sein Verhältniß zum Ganzen an. Dies kann oft eine sehr schwierige und zweifelhafte Berechnung nöthig machen, namentlich wenn das Geschenk in fortlaufenden, zu bestimmten Zeiten sich wiederholenden Zuwendungen besteht, oder wenn dieselbe Person zu gleicher Zeit und durch denselben Akt mehreren Personen schenkt. Das A. U. R. hat nicht unterlassen, solche Fälle kasuistisch zu behandeln.<sup>108)</sup> Das Widerrufsrecht wegen Uebermaßes wird beseitigt durch die oben schon erwähnte Erklärung des Gebers in dem gerichtlichen Schenkungsvertrage, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteigt. Diese Erklärung

<sup>106)</sup> I. 11. §§. 1091—1112. Koch, R. d. F. III. S. 197. Dem Entwurf des B. G. B. fremd.

<sup>107)</sup> I. 11. §§. 1097. 1098.

<sup>108)</sup> S. I. 11. §§. 1099—1111. Die Erörterung dieser §§. hat wissenschaftlich kein Interesse. Koch, R. d. F. III. S. 198 f. Ueber §. 1106. vergl. Entsch. B. 61 S. 54. Im röm. R. werden diese Fragen erörtert, um die Nothwendigkeit der Insinuation festzustellen. Cuffert D. 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 Verschwender unter Vormundschaft zu stellen sei. Diese Vorschrift sagt aber nicht, daß Jeder, der mehr als die Hälfte verschenkt, deshalb für einen Verschwender anzusehen ist, sondern es solle nur untersucht werden, ob Verschwendung vorliege; also Leichtsinns, Unbesonnenheit müssen ermittelt werden. Gegenwärtig ist die Vorschrift antiquirt, weil nach §. 621 C. P. O. die Erklärung für einen Verschwender nur auf Antrag eines nach §. 595 Abs. 1 ebenda Antragsberechtigten, und dann nur unter freier Würdigung der Thatfachen erfolgen kann.

ruft eine Belehrung des Richters hervor, welche darin besteht, daß er dem Geber das Gesetz und die Folgen seiner Angabe erklärt. Er hat ihm also klar zu machen, daß nach einer solchen Angabe das Geschenk wegen Uebermaßes nicht mehr widerrufen werden darf — es sei denn, wenn er nachweisen könne, daß er irrtümlich ohne grobes Versehen sein Vermögen für größer gehalten habe.<sup>109)</sup> Jene Erklärung des Gebers und diese Belehrung des Richters muß ausdrücklich im Protokoll, und zwar so, wie sie geschehen, vermerkt werden.<sup>110)</sup> Nur wenn dieses 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 hat. 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 bringen.<sup>111)</sup>

b. Grober Undank.<sup>112)</sup> Wenn der Empfänger<sup>113)</sup> den Geber<sup>114)</sup> vorsätzlich oder aus grobem Versehen getödtet, verwundet, geschlagen, oder sonst dessen Leben und Gesundheit gefährdet, wenn er ihm eine schwere Ehrenkränkung<sup>115)</sup> zugefügt, wenn er böshaft oder aus unerlaubtem Eigennutz sein Vermögen beschädigt hat oder hat beschädigen wollen, und der Nachtheil nur zufällig nicht eingetreten ist,<sup>116)</sup> so kann sowohl das Schenkungsversprechen als eine vollzogene Schenkung widerrufen werden. Die Annahme der Undankbarkeit ist ausgeschlossen, wenn sich der Empfänger bei seiner Handlung in der Selbstvertheidigung befunden hat.<sup>117)</sup>

<sup>109)</sup> I. 11. §§. 1094—1096.

<sup>110)</sup> I. 11. §. 1095.

<sup>111)</sup> I. 11. §. 1112. Mehrere Erben gemeinschaftlich; ist der Beschenkte ein Miterbe, so genügt die Uebereinstimmung der anderen. Strieth. B. 59 S. 264, B. 100 S. 112. Wegen der Form vergl. Anm. 138.

<sup>112)</sup> I. 11. §. 1151—1161. I. 10 C. VIII. 56. Koch, R. d. F. III. S. 178. Savigny S. 230. Unger S. 213. Nach österr. Gesetzbuch §. 918 entscheidet, ob die Handlung des Beschenkten von Amtswegen oder nach Verlangen des Gebers nach dem Strafgesetze verfolgt werden kann. Sächs. G.B. §. 1059. Vergl. Entwurf des B.G.B. §§. 449—452.

<sup>113)</sup> Der Undank seiner Erben begründet den Widerruf nicht.

<sup>114)</sup> Die Undankbarkeit muß sich gegen den Geber selbst richten.

<sup>115)</sup> Das Reichs-Strafgesetz (auch schon das preussische von 1851) hat die Eintheilung der Ehrenkränkungen des II. 29 A.R.R. nicht aufgenommen. Der Richter hat nach der auch von Pernburg II. S. 164 Anm. 20 angenommenen Ausföhrung Förster's im einzelnen Fall zu ermessen, ob die Beleidigung eine schwere ist. Nach Ansicht des Herausgebers ist diese Ansicht nicht durch den Wegfall der strafrechtlichen Unterscheidung zu begründen, vielmehr sind die an die Unterscheidung in §§. 576 ff. II. 20 geknüpften civilrechtlichen Folgen noch immer nach dieser Bestimmung zu beurtheilen, und dies müßte selbst dann geschehen, wenn Injurien jetzt ganz straflos wären: Materiell ist aber der Satz doch begründet, da nächst den speciellen Vorschriften der §§. 576—581 auch §. 582 II. 20 auf das Ermessen verweist, ob unter den besonderen Umständen, die dem Beleidiger bekannt waren, die Ehre des Beleidigten empfindlich gekränkt ist.

<sup>116)</sup> Also auch der Versuch gilt als Undankbarkeit. Die einzelnen Fälle sind nicht analog auf andere auszudehnen (ex his tantummodo causis). Savigny S. 233.

<sup>117)</sup> I. 11. §. 1156.

Der Erbe des Gebers hat, wenn dieser durch den Empfänger 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 wird.<sup>118)</sup> Sonst ist an sich auch hier dieses Recht nicht vererblich, wenn nicht schon der Erblasser seinen Willen, das Geschenk zu widerrufen, gerichtlich erklärt hat, es sich also nur um eine Ausführung des bereits begonnenen Widerrufs handelt.<sup>119)</sup> Die Erklärung muß aber auch hier regelmäßig eine gerichtliche gewesen sein, um die Vererbung zu begründen. Ist die Erklärung nur außergerichtlich abgegeben, so kann der Erbe den Widerruf fortsetzen, wenn erhellet, daß der Erblasser nur durch den Tod verhindert worden ist, den Undank gerichtlich zu rügen.<sup>120)</sup> Dies muß vom Erben bewiesen werden.<sup>121)</sup> Korporationen können nicht undankbar sein, daher ist ein ihnen zugewiesenes 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 Geschenke auszuschließen.<sup>122)</sup>

c. Nachgeborene Kinder.<sup>123)</sup> Ein Widerruf aus diesem Grunde darf nur gegen ein Schenkungsversprechen, nicht gegen eine durch Uebergabe vollzogene Schenkung gerichtet werden;<sup>124)</sup> er ist ausgeschlossen, wenn der Geber zur Zeit des Versprechens schon Kinder hatte und deren Zahl in der Folge sich nur vermehrt, sowie wenn das Geschenk einem Verwandten in aufsteigender Linie oder einem außer einer Ehe zur rechten Hand erzeugten Kinde zugewendet ist. Unter nachgeborenen Kindern sind die Descendenten, die aus einer Ehe zur rechten Hand erzeugt 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

<sup>118)</sup> I. 11. §. 1157. Koch, R. d. F. III. S. 181 c.

<sup>119)</sup> I. 11. §. 1158. Grundsätzlich stimmt das A.L.R. mit dem röm. R. 1. 7. 10 C. VIII. 56. Koch, R. d. F. III. S. 179. Anders nach österr. R. §. 949, welches die Widerrufsstage aktiv und passiv vererblich erklärt. Das sächs. Gef.B. §. 1060. 61 stimmt mit dem preussischen Recht.

<sup>120)</sup> I. 11. §. 1159.

<sup>121)</sup> Der Streit, ob das Wort „erhellen“ den nothwendigen Eid ausschließt (Koch zu §. 1159 und R. d. F. III. 81 b.) ist nach dem Beweisystem der Civilprozeßordnung jetzt ein müßiger.

<sup>122)</sup> I. 11. §§. 1160. 1161.

<sup>123)</sup> I. 11. §§. 1140—1150. Die neuere Theorie will im Widerspruch mit der herrschenden Praxis diesen Widerrufsgrund für das gemeine Recht verwerfen. Savigny S. 228. Destr. Gef.B. §. 954. verwirft diesen Widerruf.

<sup>124)</sup> I. 11. §. 1142. Entsch. B. 38 S. 96. Striethorst B. 28 S. 251 c. In der gemeinrechtlichen Praxis (vergl. I. 6. C. VIII. 56) 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. Dem Entwurf des B.G.B. ist dieser Widerruf fremd.

widerrufen werden, aber war bei ihrem Tode der Widerruf bereits ausgeübt, so kehrt das Geschenk nicht an den Beschenkten zurück.<sup>125)</sup> Vererblich ist auch dieses Widerrufsrecht nicht, und es beruht auf anderem Grunde, daß solchen Kindern, wenn der Erblasser nicht widerrufen hat, die Befugniß, eine Verletzung des Pflichttheils geltend zu machen, eingeräumt ist.<sup>126)</sup>

3. Der Widerruf wird durch den Geber abgesehen von dem unter 2a und b Hervorgehobenen und der nachher zu erwähnenden Wirkung bezüglich der Stellung des Beschenkten als unredlichen Besitzers in jeder Form erklärt; er kann durch eine Klage und Einrede verfolgt werden. Durch letztere vertheidigt sich der Schenkende gegen die Klage auf Erfüllung des Schenkungsversprechens, durch erstere strebt er, das wieder zu erlangen, was er durch die Schenkung fortgegeben hat, um was er durch diese ärmer geworden. Daher leuchtet ein, daß der Widerruf wegen nachgeborener Kinder nur als Einrede oder Feststellungsklage praktisch möglich ist. Es ist nicht zweifelhaft, daß die Widerrufsklage (a. revocatoria) nicht die Natur einer vindikation hat; es soll vielmehr vom Empfänger zurückgefordert werden, was der Geber giltig veräußert hatte.<sup>127)</sup> Die Klage geht auf Rückgabe beziehungsweise Zurückauflassung der geschenkten Sache, Rückcession des geschenkten Rechts, Erstattung des Gezahlten, 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 wäre.<sup>128)</sup> Er hat also nur die wirklich noch vorhandene Bereicherung herauszugeben, an die Stelle der veräußerten Sache tritt ihr gelöster Werth.<sup>129)</sup> Der Beschenkte wird aber durch die ihm zugestellte gerichtliche Erklärung des Widerrufs, die nicht als ein besonderer Akt der Klage vorauszugehen braucht, aber ihr vorausgehen kann,<sup>130)</sup> in die Lage gebracht, dem Widerrufenden gegenüber so zu haften,

<sup>125)</sup> Das ist eine von der gemeinrechtlichen Praxis abweichende Einschränkung. Koch, R. d. F. III. S. 186. Entsch. B. 38 S. 96 f.

<sup>126)</sup> Vergl. Entsch. B. 15 S. 175.

<sup>127)</sup> Förster bezeichnete die Klage im Anschluß an Savigny S. 231. Koch, R. d. F. III. S. 175, als *condictio ex lege*, richtiger scheint sie als *condictio ob causam finitam* bezeichnet werden zu müssen. Vergl. v. Rothmer im Arch. f. civ. Prax. B. 61 S. 345. Ueber die Verwechslung der *actio revocatoria* mit der Aufsehung einer Schenkung als unkräftig, in Striethorst B. 21 S. 129 f., s. oben Note 104. — Sächs. O. B. S. 1061.

<sup>128)</sup> Savigny S. 239. Koch, R. d. F. III. S. 182.

<sup>129)</sup> I. 11. §. 1165. 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 unstatthaft. Unger, S. 215 f. Ueber den Beweis der „noch vorhandenen Bereicherung“, wenn die Zuwendung in baarem Gelde bestand, vergl. Entsch. B. 49 S. 106. Unten §. 148. bei Note 28.

<sup>130)</sup> So hat die Praxis — vergl. Striethorst B. 9 S. 192, bei. S. 200, — den gerichtlichen Widerruf aufgefaßt, nicht einfach als gerichtliche Klage. Die bei Bornemann III. S. 389 mitgetheilte Äußerung von Svarez führt, wie Koch zu §. 1168 mit Recht annimmt, nicht zu einem andern Ergebnis, aber zwischen dem Widerruf und der von Veru-

wie der unredliche Besizer dem vindizirenden Eigenthümer haftet;<sup>131)</sup> von diesem Zeitpunkt hat er also zu vertreten, was ein unredlicher Besizer zu vertreten haben würde. Beim Widerruf wegen Undanks wird die Obligation des undankbaren Beschenkten sogar dahin erstreckt, daß er von dem Augenblick der begangenen Undankbarkeit als unredlicher Besizer angesehen werden soll.<sup>132)</sup> Er ist freilich in Wahrheit nicht unredlicher Besizer, da er Eigenthümer der geschenkten Sache ist; es handelt sich nur um eine an die Undankbarkeit sich knüpfende Erweiterung der Obligation.<sup>133)</sup> Weder vor noch bei dem Schenkungsversprechen, auch nicht bei der Uebergabe besteht die rechtliche Möglichkeit für den Geber, seinem Recht zum Widerruf zu entsagen,<sup>134)</sup> außer wegen Uebermaßes — wie oben dargestellt — bei dem gerichtlichen Vertragschluß.<sup>135)</sup> Daß das Widerrufsrecht abgesehen vom Falle der Tödtung des Geschenkgebers, in deren Fall überhaupt nur von einem Rückforderungsrecht der Erben die Rede sein kann, nur unter der Voraussetzung vererbt wird, wenn der Erblasser seinen Willen zu widerrufen bereits erklärt hat, ist erwähnt; grundsätzlich ist also das Widerrufsrecht unvererblich;<sup>136)</sup> gegen die Erben des Beschenkten gehen aber beide Rechtsmittel, wie gegen diesen selbst.<sup>137)</sup> Die Widerrufsklage verjährt in 30 Jahren;<sup>138)</sup> die Einrede gegen die Klage aus dem Schenkungsversprechen ist als solche unverjährbar, die Einrede wegen Undankbarkeit und wegen nachgeborener Kinder erlischt also durch Zeitablauf überhaupt nicht, die Einrede wegen Uebermaßes geht zwar durch unbenutzten Ablauf der dreijährigen Frist verloren, ist

---

burg als analog herangezogenen Protestation ist eine Analogie nicht zu erkennen. Gegenwärtig erfolgt die gerichtliche Erklärung nach §. 1 Abs. 3 des Ausf. Gef. z. C.P.O. vom 24. März 1879.

<sup>131)</sup> I. 11. §. 1166. 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 Ausföhrung des Widerrufs fortsetzen kann.

<sup>132)</sup> I. 11. §. 1167.

<sup>133)</sup> Vergl. Koch's Note zu §. 1167. Ebenso nach österr. G.B. §. 949. Unger S. 216.

<sup>134)</sup> I. 11. §. 1162.

<sup>135)</sup> I. 11. §§. 1163. 1094—1096.

<sup>136)</sup> 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. Bd. 11 S. 256 f. oben Note 104; über gemeines R. Savigny S. 231 a. E. Vergl. Entwurf des B.G.B. §. 450.

<sup>137)</sup> §. 1164. Hier weicht das gemeine Recht ab, welches auch gegen die Erben des Beschenkten den Widerruf verjagt, wenn er nicht gegen ihren Erblasser bereits ausgesprochen war. Savigny S. 232 f. Koch, R. d. F. 111. S. 182

<sup>138)</sup> Ein nicht aufrecht zu erhaltender unrichtiger Ausdruck Förster's war es, daß die Widerrufsklage wegen Uebermaßes in 3 Jahren verjähre. Die dreijährige Frist des §. 1093 ist wie die sechsmonatige des §. 1090 eine Frist zur Erklärung des Widerrufs, die nicht nach den Verjährungsgrundsätzen in ihrem Laufe gehindert und unterbrochen wird, und die durch jede rechtzeitige Erklärung des Widerrufs gewahrt ist. Daneben läuft die Verjährung der durch Rechtzeitigkeit jener Erklärung bedingten Revokationsklage. Die Widerrufserklärung braucht auch nicht gerichtlich zu sein, um die Frist zu wahren; an die gerichtliche Form sind nur die besonderen in Ann. 131 bezeichneten Wirkungen geknüpft. Der Entwurf des

aber ebenfalls unverjährbar, wenn in dieser Frist der Widerruf irgendwie erklärt ist.<sup>139)</sup>

4. An die Lehre vom Widerruf knüpft zum Schluß das A.O.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.“<sup>140)</sup> Damit ist nicht gesagt, daß ein Schenkungsversprechen bis zur Erfüllung willkürlich durch Handlungen widerrufen werden könne, auch wenn keiner der gesetzlichen Gründe eingetreten. Wäre dies gemeint, so gäbe es eben kein giltiges und verbindliches Schenkungsversprechen. Vielmehr kann nur mit Koch<sup>141)</sup> angenommen werden, daß für den Fall, in welchem es auf einen vor der Klage erklärten Widerruf ankommt, in jenen Umständen ein wirksamer Widerruf gefunden werden solle.

VII. Wie schon erwähnt, hat das A.O.R. die Verarmung des Schenkenden auch unter die Widerrufsgründe aufgenommen.<sup>142)</sup> Dies kann aber nur sehr uneigentlich verstanden werden, 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 Empfänger,<sup>143)</sup> 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 zurückgibt.<sup>144)</sup> Unter mehreren Empfängern

B.G.B. knüpft in §. 451 die Erklärung des Widerrufs an eine einjährige Frist, — auch hier ist nicht an eine Klageverjährung zu denken.

<sup>139)</sup> Vergl. B. I. S. 242.

<sup>140)</sup> I. 11. §. 1168.

<sup>141)</sup> R. d. F. S. 209.

<sup>142)</sup> I. 11. §§. 1123—1128. Auch Oesterr. G.B. §. 947 sieht dies Recht als eine Ausnahme der Unwiderruflichkeit an. Dem Entwurf des B.G.B. ist auch dieser Widerruf fremd.

<sup>143)</sup> Zu I. 11. §. 1123 ist das Recht ungenau eine Kompetenz bezeichnet (vergl. B. I. §. 113 R. 6), denn der Geber ist nicht ein Schuldner, dem sein Gläubiger etwas übrig lassen muß. Der Beschenkte ist 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 ihm und seiner Familie dadurch der nöthige Unterhalt entzogen werde, und insofern giebt auch dem Beschenkten §. 1124. keine eigentliche Kompetenz wie Koch, im Kommentar annimmt. Ebensovienig wie das Recht des Schenkenden auf die f. g. Kompetenz ist das Einrederecht des Beschenkten aus §. 1124 durch die Reichsprozeßgesetzgebung geändert. Vergl. oben Bd. I. §. 113 Anm. 5. — Ungar. S. 217 bezeichnet das Recht des verarmten Schenkens als „partiellen“ Widerruf.

<sup>144)</sup> I. 11. §. 1126. Unter Vorbehalt seines Rechts auf den zur Ernährung des Schenkenden nicht erforderlichen Ueberschuß. Davon, daß die Herausgabe zu gerichtlicher Verwaltung erfolge (Koch Note §. 1126) enthält das Gesetz nichts. — Die Beschränkung der Haftung



von Geschenken haftet der spätere vor dem früheren, letzterer nur aus-  
hilfsweise.<sup>145)</sup>

VIII. Aus dem gerichtlichen Schenkungsversprechen erwächst dem Be-  
schenkten eine Klage auf Erfüllung,<sup>146)</sup> aber keine Klage auf Gewähr-  
leistung, wenn letztere nicht ausdrücklich versprochen worden.<sup>147)</sup> Auch die  
Erfüllungsklage ist 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 Besitzers<sup>148)</sup> und von geschenktem Gelde hat er  
erst vom Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses Zögerungszinsen zu ge-  
währen.<sup>149)</sup> Der Verzug des Gebers hat also nicht seine volle Wirkung.  
Werden indessen seine Erben belangt, so sind sie „gleich anderen Schuld-  
nern“ zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet;<sup>150)</sup> es wird bei ihnen  
auch anzunehmen sein, daß sie durch die Klageerhebung die Pflichten eines  
unredlichen Besitzers bei der Restitution überkommen.<sup>151)</sup> Außerdem haftet  
der Schenkende für Arglist,<sup>152)</sup> 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 Ver-  
pflichtungen aus freigebigen Rechtsgeschäften immer für das mindere Maß  
zu interpretiren ist.<sup>153)</sup> Bereits in anderem Zusammenhange (§. 83

---

des Beschenkten auf das, was er vom Geschenk noch hat, schließt diesen Fall den am Schluß  
des §. 61 erörterten an. Ueber die prozessualische Behandlung vergl. §. 112 bei Anm. 4 f.

<sup>145)</sup> I. 11. §. 1128.

<sup>146)</sup> I. 11. §. 1076.

<sup>147)</sup> I. 11. §§. 1082. 1083, l. 18 §. 3 D. XXXIX. 5, l. 62 D. XXI. 1. Minderungs- und  
Wandellage sind bei der Schenkung unidentbar. Die Klage auf Gewährleistung kann also  
auch da, wo diese bedungen, immer nur auf das Interesse gehen. Ist die Lieferung eines  
genus versprochen, und die in Erfüllung dieses Versprechens gelieferten Spezies wird ein-  
jirt, so ist — wie gegen Förster anzuerkennen ist — in Wahrheit nicht erfüllt; auch hier  
ist die Interessellage gegeben. Vergl. Entwurf des B.G.B. §§. 443, 444.

<sup>148)</sup> §§. 1077. 1078. 1080. §. 280 I. 5, d. h. er haftet für dolus und culpa lata, wie nach  
röm. R. l. 22 §. 5 D. XIII. 5. l. 108 §. 12 D. de leg. I.

<sup>149)</sup> I. 11. §. 1079, l. 22 D. XXXIX. 5. Savigny S. 121. Nach gemeinrechtlicher Praxis  
(Kassl bei Heuser, Ann. I. 915) beginnen die Folgen des Verzugs mit der Instruktion  
der Klage. Seuffert V. 284. XVII. 220. — Nach Entwurf des B.G.B. §. 446 keine  
Verzugszinsen, aber Schadensersatz.

<sup>150)</sup> I. 11. §. 1081. D. h. aus einem nach Ablauf der Ueberlegungsfrist eintretenden Verzug:  
so schon Koch, zu §. 1081. Seuffert B. 5 Nr. 19 und in Bezug auf diese in etwas  
undeutlicherer Fassung Förster. Vergl. auch Dernburg II. §. 163 Anm. 7.

<sup>151)</sup> Siehe oben B. I §. 51. Anm. 22.

<sup>152)</sup> I. 11. §. 1084. l. 18 §. 3 D. XXXIX. 5. l. 62 D. XXI. 1. Oesterr. G.B. §. 945.

<sup>153)</sup> A. M. Dernburg II. §. 163 Anm. 9, weil die Haftung für dolus und culpa lata  
grundsätzlich weiter geht: aber dieser Satz ist nicht ausnahmslos richtig, wie B. I Anm. 32 ff.  
§. 106 gezeigt worden, und unter dem „an seiner Person oder übrigem Vermögen ent-  
stehenden Schaden“ läßt sich entgangener Gewinn nicht wohl begreifen.

unter c.) ist erwähnt, daß der Ort der Erfüllung bei der Schenkungsobligacion sich im Zweifel durch den Ort bestimmt, wo der Verpflichtete sich gerade aufhält.<sup>154)</sup> Ebenso ist bereits (im §. 118 unter 4.) dargelegt, daß die Obligation aus einem Schenkungsversprechen des Gemeinschuldners als Konkursforderung nicht geltend gemacht werden kann.

IX. Besondere Arten der Schenkung sind insofern denkbar, als in einzelnen Fällen die Merkmale der Schenkung modifizirt erscheinen, 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. Diese Fälle sind hier unten näher besprochen. Besonderheiten treten noch hervor bei den Gelegenheitsgeschenken,<sup>155)</sup> den innerhalb einer Verwaltung liegenden Geschenken,<sup>156)</sup> den Brautgeschenken unter Verlobten<sup>157)</sup> und den Hochzeitsgeschenken.<sup>158)</sup> Ein besonderes Merkmal tritt hinzu bei der unten zu behandelnden Schenkung auf den Todesfall.

a. Unter gemischter Schenkung (*negotium cum donacione mixtum*) 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.<sup>159)</sup> In einzelnen Fall wird zu ermessen sein, ob das entgeltliche Geschäft nur zum Schein abgeschlossen ist, um der Schenkung das äußere Ansehen eines wirksamen entgeltlichen Vertrags zu geben,<sup>160)</sup> oder ob neben jenem die Schenkung auf den überschießenden Werth gelten soll, oder auch ob die Schenkungsabsicht fehlt, das Geschäft daher nur als entgeltliches zu beurtheilen ist.<sup>161)</sup> Das A. O. R. hat über gemischte Schenkungen nichts vorgeschrieben, es kann aber nicht bezweifelt werden, daß soweit solche Geschäfte als wirkliche Schenkungen beabsichtigt worden sind, sie den Vorschriften über deren Form und Widerruf unterworfen werden müssen.<sup>162)</sup>

<sup>154)</sup> I. 5 §. 249, nicht, wie Dernburg II. §. 163 Anm. 1 lehrt, wo er sich „gewöhnlich“ aufhält.

<sup>155)</sup> Vergl. oben I. §. 114 Anm. 43, 44.

<sup>156)</sup> Borm. Ordn. §. 38, unten B. IV. §. 232 Anm. 7; bei Schenkungen durch den gütergemeinschaftlichen Vermögenden Mann tritt ein besonderes Rückforderungsrecht der Frau hervor. Unten B. IV. §. 209 Anm. 69.

<sup>157)</sup> Unten B. IV. §. 204 Anm. 19.

<sup>158)</sup> A. O. R. II. 1. §§. 172, 754, 776, unten B. IV. §. 208 Anm. 27.

<sup>159)</sup> Savigny S. 99. Unger S. 219. 1. 18 pr. D. XXXIX. 5. 1. 5 §. 5. 1. 32 §. 26 D. XXIV. 1. 1. 38 D. XVIII. 1. 1. 2 D. III. 6. 1. 8 D. XLIII. 11.

<sup>160)</sup> Unger S. 220 a. E. (*nummo uno vendere*).

<sup>161)</sup> J. B. wenn aus Noth oder aus besonderen Gründen zu billig verkauft oder zu hoch gekauft wird. Savigny S. 80. Unger S. 195.

<sup>162)</sup> Zeuffert VI. 88. XVIII. 186.

b. Die belohnende Schenkung (d. remuneratoria)<sup>163)</sup> ist die Vergeltung einer dem Geber zugewendeten löblichen Handlung oder eines ihm geleisteten<sup>164)</sup> wichtigen Dienstes. Zur Zeit der Redaktion des A.R.N. stritt man über die Natur einer solchen Schenkung.<sup>165)</sup> Sie ist überhaupt eine Erfindung der deutschen Praktiker.<sup>166)</sup> Nach römischem Recht ist sie als eine besondere Art der Schenkung nicht aufzufassen,<sup>167)</sup> denn entweder hat ein Dienst den Charakter einer Leistung mit dem rechtlichen Anspruch auf Gegenleistung, wenn eine solche auch ohne Versprechen nur üblich ist — und dann fällt die Gegenleistung außerhalb des Gebiets der Schenkung —, oder er gehört dem Rechtsgebiet überhaupt nicht an oder 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 kann.<sup>168)</sup> 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 Lebensgefahr.<sup>169)</sup> 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 Entwehrung einstehen.<sup>170)</sup> Dies führte nothwendig zu dem Be-

<sup>163)</sup> Koch, N. d. F. S. 213. Gruchot in s. Beitr. B. 7 S. 159. Meyerfeld I. S. 368. Savigny S. 86. Unger S. 221. Harburger, Remuneratorische Schenkung 1876. A.R.N. I. 11. §§. 1169—1177.

<sup>164)</sup> Der Dienst muß geleistet sein, er ist also als eine *causa praeterita* aufzufassen, eine *causa futura* giebt der Schenkung nicht den Charakter der belohnenden. §. 1177. Dresdn. Ann. IV. 285. Vergl. ferner über den Begriff der belohnenden Schenkung Entsch. B. 83 S. 11. Rehbein II. 419, auch Gef. Rev. XIV. 201.

<sup>165)</sup> Koch, N. d. F. S. 214 f. Kommentar. Note zu §. 1169.

<sup>166)</sup> Nicht eine Erfindung der Redaktoren des A.R.N., wie Gruchot S. 159 behauptet.

<sup>167)</sup> Das österr. G.B. §. 940 folgt der richtigen Theorie. Das sächs. G.B. §. 1064 schließt, wenn durch die Schenkung Dienstleistungen vergolten werden sollen, welche gewöhnlich bezahlt werden, und wegen Lebensrettung Form und Widerruf aus, im ersteren Fall so weit dem Preis der Dienstleistung die Schenkung gleichkommt. Siehe I. 5. D. XXXIX. 5. Seuffert I. 55. Im Entwurf des B.G.B. fehlen besondere Vorschriften.

<sup>168)</sup> S. Voet, comm. ad P. XXXIX. 5. Nr. 3. Meyerfeld a. a. D. Marezzoli in der Zeitschrift f. Civ. R. u. Prozeß B. 1 S. 30. Savigny S. 88 fg. Blätter f. R. Anw. B. 7 S. 327.

<sup>169)</sup> I. 24 §. I. D. XXXIX. 5 (vergl. mit Pauli S. R. V., 11. §. 6). Siehe hierüber Savigny S. 97 f.

<sup>170)</sup> Diese Ansicht vertreten Mynsinger, obs. IV. 75. Gail, obs. II. 38. 5. n. 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. contr. ob. 123. — Von den Neueren Schwegpe, röm. Pr. R. §. 499. — Daß die remuneratorische Schenkung als reine Schenkung aufzufassen und den gesetzlichen Regeln derselben unterworfen sei, hat schon Siphanius (bei Meyerfeld S. 368 Note 2) behauptet. Ferner vertreten diese Ansicht Cocceji, jus contr. XXI. 2. qu. 6, Glück B. 10 S. 246, Meyerfeld, Marezzoli, Krig (Samml. v. Rechtsfällen B. 1 S. 1 f.), Savigny. Auch Vangerow ist hierher zu rechnen, obgleich er meint, daß Meyerfeld und Savigny zu weit gehen, wenn sie nur eine unschätzbare Wohlthat für die Ausschließung des Widerrufs wegen Undankbarkeit geeignet halten. — Auch ob

mühen, 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 genannt,<sup>171)</sup> und wenn nöthig — um gegen Widerruf zu sichern — vom Empfänger als wirklich geleistet bewiesen werden.<sup>172)</sup> 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 wollen.<sup>173)</sup>

Obwohl bei der Abfassung des A.L.R. die richtige römische Ansicht ihre Vertreter fand,<sup>174)</sup> drangen diese doch nicht durch, man schloß sich an die damalige Praxis an: die Voraussetzung ist, daß irgend ein wichtiger Dienst geleistet,<sup>175)</sup> und deshalb das Geschenk zugewendet worden ist; der Widerruf ist dann nur wegen Uebermaßes gestattet;<sup>176)</sup> der Empfänger muß die löbliche Handlung oder den wichtigen Dienst beweisen, wenn das

der Schenker Verzugszinsen entrichten müsse, ist streitig, die neuere Praxis ist aber dagegen. Seuffert B. 1 Nr. 55, B. 5 Nr. 284.

<sup>171)</sup> 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.

<sup>172)</sup> Mynsinger a. a. O. n. 2—4. Leyser, med. sp. 436 m. 2. Glück B. 26 S. 201 f. Böhmmer, Rechtsfälle B. 1 Nr. 51.

<sup>173)</sup> So nimmt Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. R. §. 443 (B. 2) an, eine solche Schenkung sei der Insinuation, aber nicht dem Widerruf wegen Undanks 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 Marezoll S. 31, Meherfeld S. 376 fg. Die Praxis fordert die Insinuation nicht, und es tritt in ihr auch noch die Theorie der Naturalobligation hervor. Seuff. B. 3 Nr. 265, B. 4 Nr. 118, B. 5 Nr. 18, B. 8 Nr. 132. 260, B. 13 Nr. 26. Magazin f. hannöv. R. B. 2 S. 442. Dagegen Seuffert B. 1 Nr. 340, B. 18 Nr. 37. 38. Dresdn. Ann. IV. 288.

<sup>174)</sup> S. Koch's Note zu §. 1169.

<sup>175)</sup> Das O. Trib. hat die einem Beamten bewilligte Pension unter den Begriff der belohnenden Schenkung gestellt. Der wichtige Dienst wäre hier die frühere Amtsführung. Striethorst B. 29 S. 11. Bei der Unbestimmtheit des Begriffs des wichtigen Dienstes läßt sich hiergegen nichts einwenden, wenn man nur an eine Gnadenpension, also an Fälle denkt, in denen der Beamte keinen Rechtsanspruch auf die Pension hat. Nach der Terminologie des A.L.R. gehört die belohnende Schenkung in die Kategorie der wohlthätigen Verträge oder der freigebigen Verfügungen, es sind alle von Schenkungen geltenden Rechtsätze anzuwenden, soweit nicht Besonderheiten geordnet sind. Auch bezüglich der Anfechtbarkeit gelten sie als „unentgeltliche“ Verfügungen im Sinne des §. 25 Konf. O. §. 2 Nr. 3 u. 4 des Anf. S. vom 21. Juli 1879. Vergl. aus dem älteren Recht §. 102 R. 2 Preuß. R. O., Entsch. B. 62 S. 356. Striethorst B. 76 S. 87.

<sup>176)</sup> I. 11 §. 1170. Striethorst B. 51 S. 103. Uebermaß im Verhältniß zum Vermögen des Schenkers: Gruchot S. 171. — Da das Landrecht das Recht des Schenkers auf Kompetenz unter den Fällen des Widerrufs (als partiellen Widerrufs) auführt, so schließt das „nur“ des §. 1170 auch in Recht auf Kompetenz des remuneratorisch Schenkenden aus.

Geschenk ihm aus anderen Gründen streitig gemacht oder widerrufen werden soll.<sup>177)</sup> Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so steht die Schenkung bezüglich des Widerrufs einer nicht remuneratorischen gleich. Das belohnende Schenkungsversprechen bedarf zur Klagbarkeit 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 anfechten will.<sup>178)</sup> Wird der Beweis geführt, so kann das nicht erfüllte Versprechen zurückgenommen werden, das erfüllte wird als nichtremuneratorische Schenkung dem Widerruf auch in diesem Fall unterworfen.<sup>179)</sup> Eigenthümlich dem preussischen Recht ist die Bestimmung, daß Inoffiziosität der belohnenden Schenkung nicht der Grund zu einem Widerruf sein darf.<sup>180)</sup> Die Klage aus dem belohnenden Schenkungsversprechen weicht nicht ab von der aus dem Versprechen einer einfachen Schenkung.<sup>181)</sup>

c. Bei der belasteten Schenkung (d. sub modo)<sup>182)</sup> erfolgt das Versprechen oder die Leistung des Geschenkgebers unter der Einschränkung, daß der Empfänger verpflichtet werde, einen mit der Schenkung vom Geber beabsichtigten Endzweck (modus)<sup>183)</sup> zu erfüllen. Der Zweck kann zum Besten des Empfängers oder eines Dritten oder im Interesse des Gebers selbst<sup>184)</sup> bestimmt sein, er ist eine Beschränkung des Geschenke, welches sich um den Werth der für die Erfüllung des Zwecks nothwendigen Aufwendungen vermindert.<sup>185)</sup> Soweit der Empfänger bereichert ist, reicht

<sup>177)</sup> I. 11 §. 1171. 1172. Striethorst B. 51 S. 103.

<sup>178)</sup> I. 11 §§. 1173. 1174. 1175. Gruchot S. 169.

<sup>179)</sup> Förster vertrat unter Berufung auf Gruchot S. 173 und Baron, Abhandlungen aus dem Gebiete des preuß. Rechts 1860 S. 84 sowie Unger a. a. D. S. 221 f. den Satz, daß, wenn ausgemittelt wird, daß der Beschenkte die Handlung nicht gethan hat, die Gabe nicht bloß nach den Regeln der gewöhnlichen Schenkung zu widerrufen sei, daß vielmehr ohne Weiteres die Kondition derselben statfinde, eine eigentliche *condictio ob causam*, weil die Voraussetzung falich war. Wenn dabei auf den Ausdruck §. 1175 „zurückgenommen“ Gewicht gelegt wird, so bezieht sich derselbe nicht auf die Gabe, sondern auf das (unerfüllte) Schenkungsversprechen. Mit dem Text übereinstimmend Koch zu §. 1175 und Dernburg II. §. 165 Anm. 8.

<sup>180)</sup> Anh. §. 28 zu I. 11. §. 1113. Hierüber das Nähere bei der Darstellung der f. g. *donatio inofficiosa* im Erbrecht. S. Koch, R. d. F. III. S. 217 fg.

<sup>181)</sup> Der Verklagte kann nicht einwenden, daß das versprochene Geschenk im Mißverhältniß zum geleisteten Dienst stehe, wenn es nur wirklich als remuneratorische Schenkung gemeint ist. S. Koch, Note zu §. 1175 und das am Schluß der Anm. 164 oben citirte Erkenntniß.

<sup>182)</sup> I. 11. §. 1048. §§. 1053—1057. Wegen §. 1048 f. oben Anm. 33. Koch, R. d. F. III. S. 224. Meyerfeld I. §. 20 S. 412. Savigny S. 280. Unger S. 223. Vergl. Entwurf des B.G.B. §. 448.

<sup>183)</sup> Ueber Zweckbestimmung f. oben B. I. §. 38. Seuffert V. 167.

<sup>184)</sup> B. daß der Beschenkte dem Schenker *Alimente* gebe, I. 8. C. IV. 64. I. 3. C. IV. 38. I. 1. C. VIII. 55., Seuffert IX. 155, oder daß der Beschenkte den Gläubiger des Schenkers befriedige, I. 22. C. VIII. 54. I. 2 C. IV. 6. Zum Besten des Beschenkten (Meyerfeld S. 418 f.): I. 2. §. 7 D. XXXIX. 5. I. 13. §. 2 D. XXIV. 1. Zum Besten eines Dritten oder eines öffentlichen Interesse (Meyerfeld S. 422): I. 9 §. 1 D. XIV. 6 I. 2 §. 7. D. XXXIX. 5.

<sup>185)</sup> Als ein *Modus* kann es nicht aufgefaßt werden, wenn Jemand einen Anderen während seiner Ausbildung unterstützt. Das ist eine einfache Schenkung. Entsch. B. 13 S. 182. Ueberhaupt ist, wenn eine Verwendung zum Besten des Beschenkten der Zweck der Schenkung

die Wirkung der Schenkung, d. h. es findet der Widerruf aus den gesetzlichen Gründen statt.<sup>186)</sup> Wird also aus solchen Gründen widerrufen, und war der Zweck nicht zum Vortheil des Empfängers beigefügt worden, so muß diesem ersetzt werden, was er zur Erfüllung des Zwecks aufgewendet hat und zwar nach dem höchsten Werth.<sup>187)</sup> War mit dem Zweck der Vortheil des Empfängers beabsichtigt, so kann er Entschädigung für seine Aufwendungen nur bei nicht verschuldetem Widerruf (also wegen Uebermaßes, wegen nachgeborener Kinder) beanspruchen.<sup>188)</sup>

Wenn ein nicht zur Ausstattung verpflichteter Fremder unter der Bedingung oder zum Zwecke einer zu schließenden Ehe einem der künftigen Ehegatten „in rechtsgiltiger Form“ etwas schenkt, und in anderen zweifelhaften Fällen soll „die belastete Schenkung den lästigen Verträgen gleichgeachtet werden.“<sup>189)</sup> Förster interpretirte die Worte „im zweifelhaften Fall“ dahin, daß, wenn aus der Handlung oder Erklärung nicht zu entnehmen sei, ob die Belastung als Zweckbestimmung oder als Gegenleistung beabsichtigt worden, für letztere zu interpretiren sei. Aus der Gleichmäßigkeit des Ausdrucks in den §§. 1048 und 1053 und aus dem Gegensatz des §. 1054: „wenn aus den Umständen klar erhellt, daß die Bestimmung oder der Endzweck nur zum Schein beigefügt worden, soll die Schenkung in Ansehung des Widerrufs als Schenkung beurtheilt werden“, sowie daraus, daß im §. 1056 die lediglich zum Besten des Beschenkten abzielende Belastung für nicht geeignet erklärt wird, den Charakter der Schenkung zu alteriren, ist zu entnehmen, daß die Bestimmung dahin verstanden werden muß, jede ernstliche, die Annahme reiner Liberalität beschränkende Belastung zu Gunsten eines Dritten solle zur Folge haben, daß das Geschenk bezüglich der Widerruflichkeit und bezüglich der Gewährleistungspflicht als lästiger Vertrag behandelt werde.<sup>190)</sup> Im Falle der Erfüllung der Auflage ist also der Widerruf ausgeschlossen.

Weigert sich der Beschenkte, die Auflage zu erfüllen, so darf nicht auf Erfüllung, sondern es muß auf Zurückgabe des Geschenks geklagt werden.<sup>191)</sup>

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.

<sup>186)</sup> I. 11 §. 1054. Savigny §. 154 Note m. und §. 175. I. 25. C. VIII. 54. Seuffert B. 1 Nr. 341. B. 5 Nr. 168.

<sup>187)</sup> I. 11 §. 1055.

<sup>188)</sup> I. 11 §§. 1056. 1057. Ueber die Schwierigkeit, unter Umständen eine solche Entschädigung zu berechnen, s. Koch, Note zu §. 1057. Ueber den Begriff des lediglich auf das Beste des Beschenkten abzielenden Endzwecks und die Unerheblichkeit eines dabei eingreifenden Beweggrundes, der den eigenen Vortheil ins Auge faßt, s. R. G. Entsch. B. 23 S. 207.

<sup>189)</sup> Vergl. oben Anm. 33. Förster nahm bezüglich der Form des Schenkungsversprechens sub modo, insofern dasselbe eine wirkliche Belastung bewirkt und also dem lästigen Vertrage gleich geachtet wird, also auch außer dem Fall des §. 1048 an, daß es verbindlich sei ohne Wahrung der gerichtlichen Form. Das kann nach Ansicht des Herausgebers aus den Worten, daß die (als wirksam vorausgesetzte) Schenkung den lästigen Verträgen gleich geachtet wird, nicht folgert werden. Die Gleichachtung bezieht sich nur auf den Widerruf.

<sup>190)</sup> Vergl. auch R. G. bei Gruchot B. 25 S. 435.

<sup>191)</sup> Oben B. I §. 38. Nach gemeinem Recht nimmt man an, daß der Schenker auf Erfüllung Förster (Cecius), Preuß. Privatrecht. II. 8. Anm. 3

Ob eine belastete oder eine bedingte Schenkung vorliegt, kann dann zweifelhaft sein, wenn in der Form einer Bedingung eine Leistung oder Handlung des Beschenkten selbst gefordert wird.<sup>192)</sup> Es liegt dann in Wahrheit eine mit einem Endzweck belastete Schenkung, im Zweifel sogar ein lästiger Vertrag vor,<sup>193)</sup> auf dessen Erfüllung zu klagen ist, während es bei der bedingten Schenkung keine Klage auf Erfüllung der Bedingung giebt.<sup>194)</sup>

d. Ohne Grund wird die wechselseitige Schenkung (d. *reciproca*)<sup>195)</sup> als eine besondere Art aufgeführt; jede der beiden Schenkungen ist selbständig, wenn auch die eine in Beziehung auf die andere zugewendet oder versprochen worden ist. Das A. L. R. hat diesen richtigen Gesichtspunkt<sup>196)</sup> — aber von einer Singularität der damaligen Praxis, welche 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 hat, entschädigt werden.<sup>197)</sup> Man wird, um dieser Bestimmung wenigstens einigen juristischen Sinn beizulegen, annehmen müssen, daß die Entschädigungsberechtigung des anderen Theils nur dann eintritt, wenn es zwischen beiden Theilen zur Willenseinigung darüber gekommen ist, daß das eine Geschenk mit Rücksicht auf das andere, als Erkenntlichkeit dafür, gegeben werde, und daß die Entschädigungspflicht des Widerrufenden nicht in der Leistung eines Vertragsinteresses, 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 zur Zurückforderung, die dann nicht aus einem besonderen Widerrufsrecht herzuleiten ist, sondern der Charakter einer Kondition hat.<sup>198)</sup>

des *Modus* mit einer *a. praeser. verbis* oder einer *a. ex stipulatu* klagen, l. 9. 22. C. VIII. 54, sächs. 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 (Kommentar Note 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 anderen Fall. Zu l. 4. §. 155 behauptet dagegen 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.

<sup>192)</sup> Savigny S. 164 f.

<sup>193)</sup> I. 11 §. 1053.

<sup>194)</sup> Oben B. I §. 36. Tritt die Bedingung nicht ein, so muß das schon vorher gegebene Geschenk zurückgegeben werden. Seuffert XI. 242.

<sup>195)</sup> Koch, R. d. F. S. 168. Meyerfeld I. S. 370. Savigny S. 92. Unger S. 222.

<sup>196)</sup> I. 11 §. 1051.

<sup>197)</sup> I. 11 §. 1052. Koch's Note hierzu.

<sup>198)</sup> Bergl. Pollard S. 215. War bei der ersten Schenkung eine Gegenschenkung bedungen, so ist es velut *genus quoddam permutationis*. l. 25 §. 11 D. de H. P. Vesterr. O. B. §. 942.

e. Wichtiger ist die Schenkung auf den Todesfall (*mortis causa* d.).<sup>199)</sup> Der Tod des Schenkenden<sup>200)</sup> 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 tritt nur die Besonderheit ein, daß dem Geschenkgeber nach überstandener Gefahr der Widerruf ohne Weiteres gestattet ist.<sup>201)</sup> Dieses Recht ist ebenso wenig wie sonst der Widerruf vererblich, d. h. der Erbe des Gebers kann nur dessen bereits rechtlich erklärten Widerruf geltend machen.<sup>202)</sup> Sonst hat das Geschäft keine Besonderheit, auch ist die gerichtliche Form des Versprechens notwendig. Oder zweitens, das Geschenk soll dem Bereicherten nur bis oder erst vom Tode des Gebers zugewendet werden: hier ist der Todestag die Zeitbestimmung.<sup>203)</sup> Mit seinem Eintritt hört entweder das gegebene Geschenk auf und der Erbe kann vindiziren oder 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<sup>204)</sup> zugewendet oder versprochen sein, daß der Beschenkte den Geber überlebe,<sup>205)</sup> insbesondere daß dieser einer bestimmten Todesgefahr erlege. 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

<sup>199)</sup> I. 11 §§. 1134—1139. Bornemann III. S. 228. Koch, Pr.R. II. S. 278. 279. R. d. F. III. S. 152. Dernburg III. §. 154. — v. Schröter, in der Z. f. C.R. u. Proj. B. 2 S. 97 f. Wiederhold, daselbst B. 15 S. 96 f. Savigny B. 4 S. 239 fg. Unger, Oesterreich. Pr.R. B. 6 (Erbrecht) S. 322 fg. — Unterholzner II. S. 499. Pangerow II. S. 656. Arndts S. 862 fg. Sintenis III. S. 721. Keller S. 134. S. Entwurf des B.O.B. §. 1963.

<sup>200)</sup> Der Tod eines Dritten oder des Beschenkten qualifizirt die Schenkung in keiner Weise. I. 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.

<sup>201)</sup> I. 11. §. 1138, 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.

<sup>202)</sup> I. 11 §. 1139. Was ist „rechtlich“ erklärter Widerruf. Nach §. 1168 ist der irgend wie deutlich erklärte an sich erheblich, zur Vererbung bedarf es aber auch nach §§. 1112, 1158 der gerichtlichen Erklärung; eine solche ist gemeint.

<sup>203)</sup> S. oben B. I §. 37. Unger S. 332 Note 22. Senffert XII. 31. XX. 34.

<sup>204)</sup> I. 11 §. 1136. 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*, d. h. bis zum Eintritt der Bedingung ist das davon abhängig gemachte Rechtsverhältniß noch nicht perfekt. S. oben B. 1 §. 36.

<sup>205)</sup> §. 1 J. II. 7. *Mortis causa donatio est, quae propter mortis sit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit; sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenitisset aut prior decesserit is, cui donatum sit*. Vergl. l. 2 (*sola cogitatione mortalitatis*), l. 32 D. XXXIX. 6. Dresdener Annalen IV. 281.



sie aber lieber geben, als sie dem Erben hinterlassen.<sup>206)</sup> Das ist eine vulgäre Anschauung (quare vulgo dicatur), kein Rechtsprinzip. Letzteres ergibt sich aus dem Wesen der Bedingung. Bei schon vollzogener Schenkung äußert der frühere Tod des Beschenkten die Wirkung einer auflösenden Bedingung,<sup>207)</sup> der Geber fordert den Gegenstand derselben von dem Erben des Beschenkten zurück. Es handelt sich hier nicht um einen Widerruf im technischen Sinn,<sup>208)</sup> obgleich das A. L. R. von „widerrufen“<sup>209)</sup> spricht. Vielmehr ist die Klage des Gebers gemeinrechtlich eine Vindikation oder eine Kondiktion,<sup>210)</sup> nach preussischem Recht eine Klage aus dem auflösenden Nebenvertrage. Bei einem Schenkungsversprechen bleibt die Ausführung bis zum früheren Tode des Gebers suspendirt, und der Beschenkte hat dann erst gegen den Erben die Klage aus dem Schenkungsversprechen. Das Versprechen bedarf der gerichtlichen, ist die Schenkung von Todeswegen als eine remuneratorische gekennzeichnet, der Schriftform; und der Widerruf steht dem Geber aus den gesetzlichen Gründen und in den gesetzlichen Fristen wie bei anderen Schenkungen zu. Ein besonderer Fall dieser bedingten Schenkung ist der, wenn die Bedingung darein gesetzt wird, daß der Geber eine bestimmte, ihm bevorstehende Todesgefahr nicht überleben würde. Eine solche Schenkung fällt weg, wenn der Geber diese Gefahr überlebt oder auf andere Art gestorben ist, und die Klage auf Rückleistung des bereits übergebenen Gegenstandes steht auch hier unter diese Voraussetzung dem Geber und dessen Erben zu. Unterliegt der Geber der Gefahr, so hat der Beschenkte die Erfüllungsklage gegen den Erben, der seinerseits nicht widerrufen darf, aber nicht gehindert ist, einen von dem Geschenkgeber selbst bereits gerichtlich erklärten Widerruf aus gesetzlichen Gründen zu verfolgen.

In allen diesen Fällen tritt nichts Besonderes hervor. Sie unterscheiden sich in nichts von anderen Rechtsverhältnissen, die mit dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses in Verbindung gebracht, durch dasselbe bedingt oder betagt werden. Ein besonderes Rechtsinstitut hier anzunehmen, ist an sich gänzlich unmotivirt.<sup>211)</sup> Aber ein sehr dunkles Gesetz

<sup>206)</sup> 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.

<sup>207)</sup> l. 2. 29 D. XXXIX. 6. Die Tradition kann auch unter aufschiebender Bedingung geschehen, das ist aber im Zweifel nicht anzunehmen. Savigny S. 246 fg. Unger S. 325 Note 3. Vergleiche den in §. 263 I. 11. A. L. R. ausgedrückten Rechtsatz.

<sup>208)</sup> D. h. kein Widerruf, wie er ausnahmsweise aus besonderen gesetzlichen Gründen (wegen Uebermaßes, Undanks, nachgeborener Kinder) bei jeder Schenkung gestattet ist. S. oben bei VI. B. Vergl. Entsch. B. 55 S. 38. Rehbain II. 421.

<sup>209)</sup> I. 11 §. 1137.

<sup>210)</sup> l. 19 pr. D. XII. 1. 1. 29. 1. 35 §. 3. 1. 39 D. XXXIX. 6. 1. 12 D. XII. 4. §. 1. I. II. 7. Auch die a. praescriptis verbis ist anwendbar. Savigny S. 255. Vergl. A. L. R. I. 11. §§. 261, 262.

<sup>211)</sup> Deshalb stellt das A. L. R. in I. 11. §. 1134. auch mit Recht die Auslegungsregel hin, daß eine gewöhnliche Schenkung vermuthet werden soll, wenn sie auch von Todeswegen genannt worden. Es stimmt hier mit Stryk, us. mod. 39. 6. §. 2. Leyser, sp. 438. m. 2. Hofacker, princ. j. civ. II. §. 1009 überein.

Justinian's<sup>213)</sup> hat bewirkt, daß den mit dem Tode des Gebers in Verbindung gebrachten Schenkungen in der gemeinrechtlichen Praxis ein eigenthümlich schwankender, zwitterhafter Charakter beigelegt worden ist, indem man auf sie einige Regeln von Legaten anwandte, von anderen sie befreite. Namentlich stritt man sich über die Form und darüber, ob solche Schenkungen wie letztwillige Verfügungen willkürlich widerruflich seien. Das A. R. entzieht solchen Schenkungen den Charakter letztwilliger Verfügungen grundsätzlich, behandelt sie als Geschäfte unter Lebenden, und gestattet, abgesehen von der oben erwähnten Einwirkung des Beweggrundes einer bevorstehenden Todesgefahr für den demnächstigen Widerruf, nur, daß bei der auf den Tod gestellten Schenkung der Geber sich ausdrücklich vorbehalten darf, das Geschenk willkürlich bis zu seinem Tode zu widerrufen, d. h. auch ohne besondere Widerrufsgründe.<sup>213)</sup> Dann nimmt die Schenkung die Wirkungen eines Geschäfts von Todeswegen an. Es ist nicht zweifelhaft, den ausdrücklichen Vorbehalt willkürlichen Widerrufs auch zu gestatten bei sofort durch einen Uebertragungsakt vollzogenen Schenkungen, wengleich das A. R. ihn nur bei dem Schenkungsvertrage erwähnt.

Widerruft der Schenkende, so fällt jede Wirkung der Zuwendung weg; widerruft er nicht, so soll der Beschenkte auf den Nachlaß „eben die Rechte, wie ein Legatarius“ haben.<sup>214)</sup> Damit ist zunächst nichts weiter gesagt, als daß er wie ein solcher den persönlichen Anspruch an den Erben auf Erfüllung des Schenkungsversprechens hat,<sup>215)</sup> und daß er bei unzureichendem Nachlaß hinter die eigentlichen Nachlaßgläubiger zurücktritt. Er ist aber auch den Abzügen, die der Erbe dem Legatar bei Unzulänglichkeit der Masse ansinnen darf, unterworfen; ob auch dann, wenn er bei Lebzeiten des Erblassers die Sache bereits erhalten hat, ist streitig.<sup>216)</sup>

<sup>213)</sup> l. 4. C. VIII. 57.

<sup>213)</sup> I. 11. §. 1135 vergl. mit 1134. Auch eine Aeußerung, die klar ersichtlich macht, daß das Geschenk nur gelten soll, wenn der Geschenkgeber die Absicht des Geschenks bis zu seinem Tode aufrecht erhalte, enthält den Vorbehalt eines solchen Widerrufs. Bei einer solchen Schenkung erlangt der Geschenknehmer nur die Rechte eines Legatars; sie kann auch nicht unter Verletzung eines Erbvertrags rechtswirksam geschehen.

<sup>214)</sup> Ausgedrückt ist dies im Gesetz nur für den Fall des ausdrücklich vorbehaltenen Widerrufs (§. 1135), nicht auch für den Fall des §. 1138: derselbe muß aber gleich behandelt werden.

<sup>215)</sup> Nach I. 12. §. 288f.

<sup>216)</sup> Verneint wurde die Frage von Förster in Uebereinstimmung mit Koch, Komm. Note zu I. 11. §. 1135. 3. W. Rest. v. 27. Novbr. 1840 (3. W. Bl. 397), bejaht von Derenburg III. §. 154 Anm. 20 ohne nähere Erörterung. Da § 335 I. 12 die Schenkungen von Todeswegen nicht nur dem Abzug, sondern auch dem Beitrag der Legatarien unterwirft, so glaubt der Herausgeber sich der Derenburg'schen Ansicht anschließen zu müssen. Nach römischem Recht wurde auf die m. c. don. auch das Anwachsungsrecht wie bei Legaten angewendet, l. un. §. 14 C. VI. 51, und sie wurde in den Pflichttheil des Beschenkten eingerechnet, l. 1 §. 1 D. XXXVIII. 5. Nach preuß. Recht fällt das Anwachsungsrecht weg; I. 12 §. 366f. geben es nur den Legatarien, und §. 1135 I. 11 spricht nur davon, daß die Rechte des Legatars gegen den Erben dem Beschenkten zustehen sollen. Daß der Pflichttheilserbe sich in den Pflichttheil auch die auf den Todesfall erhaltene Schenkung einrechnen muß, wenn diese in Grundstücken, Gerechtigkeiten oder ausstehenden Kapitalien bestanden, ist nichts Besonderes. II. 2 §§. 327. 328. 393. A. R. N.

Der Erbe hat kein Widerrufsrecht. Die einzige Besonderheit dieser eigentlichen Schenkung auf den Todesfall ist also, daß der Geber auf Grund eines ausdrücklichen, sonst formlosen<sup>217)</sup> Vorbehalts oder wenn eine bestimmte Lebensgefahr der Beweggrund der Schenkung war, nicht bloß aus den gesetzlichen Gründen (wegen Uebermaßes, Undankbarkeit, wegen nachgeborener Kinder), sondern willkürlich widerrufen darf. Im Uebrigen bleibt eine solche Schenkung den Regeln der Schenkung unter Lebenden unterworfen, denen der Vermächtnisse entzogen. Namentlich bedarf das nicht ausgeführte Versprechen<sup>218)</sup> der gerichtlichen, beziehungsweise als remuneratorische Schenkung der Schriftform, und jede solche Schenkung der Annahme.<sup>219)</sup>

Im Ganzen darf man bei den Abweichungen dieser Lehre vom gemeinen Recht den Redaktoren des letzteren das Zeugniß nicht versagen, daß es ihnen gelungen ist, diese „dunkelste und verwickelteste“ Lehre des römischen Rechts, wie sie Svarez<sup>220)</sup> bezeichnet, von den „inextrikablen Verlegenheiten“ befreit und vereinfacht zu haben. Sie haben einen praktisch glücklichen Griff gethan, indem sie den Satz abwiesen, daß jede auf den Tod gestellte Schenkung willkürlich widerruflich sei wie ein Legat, vielmehr eine solche Widerruflichkeit regelmäßig nur in Folge eines ausdrücklichen Vorbehalts zuließen.<sup>221)</sup>

X. Das positive Recht<sup>222)</sup> unterwirft einer besonderen Beaufsichtigung die Schenkungen an Korporationen und andere juristische Personen, indem es den Erwerb an die staatliche Genehmigung knüpft, wenn er mehr beträgt, als 3000 Mark, und ohne Unterschied des Betrages,

<sup>217)</sup> Daß Bornemann hier einen gerichtlichen Widerruf verlangt (a. a. O. S. 229 f.), weil er ebenso ausgeübt werden muß, wie der Widerruf von anderen Schenkungen, ist ganz unhaltbar. Auch bei anderen Schenkungen bedarf der Widerruf nicht der gerichtlichen Form; diese ist nur nöthig, wenn der Erbe ihn fortzusetzen berechtigt sein soll. Das bloße Verzehren oder Vernichten der Sache soll ja genügen. §. 1168. Siehe auch Note 138 f. Auch formlos nach gem. Recht. Savigny S. 244. Schröter S. 147.

<sup>218)</sup> Nur das Versprechen bedarf der gerichtlichen Form, um die Erfüllungslage zu erzeugen. Daher kann eine durch Uebergabe vollzogene Schenkung von Todeswegen nicht von den Erben des Schenkenden wegen Mangels der gerichtlichen Form widerrufen oder angefochten werden. Entsch. B. 55 S. 38.

<sup>219)</sup> Bei dem Wortlaut des §. 1058 d. E. kann dies nicht bezweifelt werden. S. dagegen Seuffert XIX. 246. (Annahme sei nur nöthig, wo die Schenkung in Form und Folge eines Vertrages errichtet werde.)

<sup>220)</sup> Jahrb. B. 41 S. 25.

<sup>221)</sup> Das österr. G.B. §. 956 behandelt die Schenkung auf den Todesfall durchweg als Vermächtniß, wenn nicht die Widerruflichkeit ausgeschlossen worden. Unger S. 323. Das sächs. G.B. §. 2500 schließt sich hier dem österr. R. an, es beurtheilt die Schenkung auf den Todesfall sowohl in Betreff der Form als der Wirkungen wie eine letztwillige Verfügung, im Fall der Annahme wie einen Erbvertrag. Der Entwurf des B.G.B. §. 1693 behandelt den Vertrag über eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebe, wenn noch nicht vollzogen, als Erbsetzung-, oder Vermächtnißvertrag, wenn vollzogen, als Schenkung unter Lebenden.

<sup>222)</sup> G. v. 23. Febr. 1870. (Älteres Recht Ges. v. 13. Mai 1833. R.D. v. 22. Mai 1836. B.D. v. 21. Juli 1843.) Ueber den älteren Rechtszustand s. Löwenberg, Motive B. 1 S. 213 f. Seit Friedrich d. Gr. (Edikt v. 21. Juni 1753 bei Rabe B. 1 S. 317) hat man die freigebigen Zuwendungen an die todte Hand durch die Gesetzgebung zu beschränken gesucht.

wenn durch die Zuwendung eine neue juristische Person gestiftet oder einer vorhandenen ein anderer Zweck gegeben werden soll. Diese Bestätigung wird vom König selbst oder wenn lediglich die Objektsgröße die Genehmigung erforderlich macht, auch von der ein für alle Mal bestimmten Verwaltungsbehörde ausgesprochen. Die Schenkung wird, wenn die Genehmigung erteilt worden, als von Anfang an gültig betrachtet, so daß die gezogenen Nutzungen der Sache seit dem Tage der Schenkung mitzugeben sind.<sup>223)</sup> Die Genehmigung kann auch auf einen Theil der Schenkung beschränkt werden.

## 2) Zweifseitige Verträge über ein Geben zu Eigenthum.

### §. 123. Der Tausch.

A.L.R. I. 11. §§. 363—375. Gruchot XI. 194 fg. Bornemann B. 3 S. 63. v. Daniels B. 3 S. 193. Koch, Pr. R. B. 2 S. 428. R. v. F. B. 3 S. 828. Dernburg II. §. 157. Fischer §. 68. — Treitschke, der Kaufkontrakt, 1838. S. 264 f. 2. A. v. Wengler, 1865. S. 391 fg. Danlwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz. 1. Heft. 1858. S. 23 f. 3. §. S. 41. 4. §. S. 29. — Unterholzner B. 2 S. 300. Arndts S. 498. Sintenis B. 2 S. 590. Windscheid II. §. 398. Dernburg Pand. II. §. 108.

Der Tausch ist die primitive Rechtsform derjenigen Verträge, welche bestimmt sind, Eigenthumswerthe entgeltlich in ein anderes Vermögen zu übertragen. Sein Zweck ist, individuelle Werthe zu wechseln und zwar dadurch, daß man eine Sache (Waare) hingiebt, um eine andere Sache zurückzuempfangen.<sup>1)</sup> Jeder Kontrahent hat, weil jeder eine bestimmte Sache leistet, dem Wesen und Rechtscharakter nach dasselbe Recht und dieselbe Pflicht, wie der andere. Dieser Gedanke hat im A.L.R. den Ausdruck erhalten: jeder ist Verkäufer und Käufer.<sup>2)</sup> Und doch liegt grade hierin der wesentliche Unterschied vom Kauf,<sup>3)</sup> bei welchem jede Partei andere Pflichten und Rechte hat, weil bei ihm nicht individuelle Werthe mit einander gewechselt, sondern ein individueller Werth gegen einen allgemeinen Werth hingegeben wird.<sup>4)</sup>

Es ist bekannt, daß die römischen Juristenschulen sich darüber stritten, ob überhaupt Tausch und Kauf verschieden seien. Die Sabinianer sagten: si ego togam dedi, ut tunicam acciperem, esse emtionem et venditionem und die Prokulejaner erwiderten permutationem, non emtionem esse.<sup>5)</sup> Offenbar sind die Letzteren tiefer in das Wesen der Sache eingedrungen.

<sup>223)</sup> G. v. 23. Febr. 1870 §. 3: ein zweifelsohner Fall der Rückziehung bei einer *conditio legis*. Vergl. Entwurf des Einf.Ges. z. B. G.B. Art 49.

<sup>1)</sup> I. 11. §. 363. Endemann, deutsches Handelsrecht. S. 102.

<sup>2)</sup> I. 11. §. 364. Vergl. Entwurf des B.G.B. §. 502.

<sup>3)</sup> Treitschke S. 392. (2. A.) meint mit Unrecht, die Ansicht der Prokulejaner sei nur durch den Sprachgebrauch gehalten worden.

<sup>4)</sup> Danlwardt S. 1 S. 25.

<sup>5)</sup> I. 1. §. 1. D. XVIII. 1. Vergl. §. 2. I. III. 23. I. 7. C. IV. 64.

wenn durch die Zuwendung eine neue juristische Person gestiftet oder einer vorhandenen ein anderer Zweck gegeben werden soll. Diese Bestätigung wird vom König selbst oder wenn lediglich die Objektsgröße die Genehmigung erforderlich macht, auch von der ein für alle Mal bestimmten Verwaltungsbehörde ausgesprochen. Die Schenkung wird, wenn die Genehmigung erteilt worden, als von Anfang an gültig betrachtet, so daß die gezogenen Nutzungen der Sache seit dem Tage der Schenkung mitzugeben sind.<sup>223)</sup> Die Genehmigung kann auch auf einen Theil der Schenkung beschränkt werden.

## 2) Zweiseitige Verträge über ein Geben zu Eigenthum.

### §. 123. Der Tausch.

A.L.R. I. 11. §§. 363—375. Gruchot XI. 194 fg. Bornemann B. 3 S. 63. v. Daniels B. 3 S. 193. Koch, Pr. R. B. 2 S. 428. R. v. F. B. 3 S. 828. Dernburg II. §. 157. Fischer §. 68. — Treitschke, der Kaufkontrakt, 1838. S. 264 f. 2. A. v. Wengler, 1865. S. 391 fg. Danlwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz. 1. Heft. 1858. S. 23 f. 3. §. S. 41. 4. §. S. 29. — Unterholzner B. 2 S. 300. Arnolds S. 498. Sintenis B. 2 S. 590. Windscheid II. §. 398. Dernburg Pand. II. §. 108.

Der Tausch ist die primitive Rechtsform derjenigen Verträge, welche bestimmt sind, Eigenthumswerthe entgeltlich in ein anderes Vermögen zu übertragen. Sein Zweck ist, individuelle Werthe zu wechseln und zwar dadurch, daß man eine Sache (Waare) hingiebt, um eine andere Sache zurückzuempfangen.<sup>1)</sup> Jeder Kontrahent hat, weil jeder eine bestimmte Sache leistet, dem Wesen und Rechtscharakter nach dasselbe Recht und dieselbe Pflicht, wie der andere. Dieser Gedanke hat im A.L.R. den Ausdruck erhalten: jeder ist Verkäufer und Käufer.<sup>2)</sup> Und doch liegt grade hierin der wesentliche Unterschied vom Kauf,<sup>3)</sup> bei welchem jede Partei andere Pflichten und Rechte hat, weil bei ihm nicht individuelle Werthe mit einander gewechselt, sondern ein individueller Werth gegen einen allgemeinen Werth hingegeben wird.<sup>4)</sup>

Es ist bekannt, daß die römischen Juristenschulen sich darüber stritten, ob überhaupt Tausch und Kauf verschieden seien. Die Sabinianer sagten: si ego togam dedi, ut tunicam acciperem, esse emtionem et venditionem und die Prokulejaner erwiderten permutationem, non emtionem esse.<sup>5)</sup> Offenbar sind die Letzteren tiefer in das Wesen der Sache eingedrungen.

<sup>223)</sup> S. v. 23. Febr. 1870 §. 3: ein zweifelsohner Fall der Rückziehung bei einer conditio legis. Vergl. Entwurf des Einf.Ges. z. B. G.B. Art 49.

<sup>1)</sup> I. 11. §. 363. Endemann, deutsches Handelsrecht. S. 102.

<sup>2)</sup> I. 11. §. 364. Vergl. Entwurf des B.G.B. §. 502.

<sup>3)</sup> Treitschke S. 392. (2. A.) meint mit Unrecht, die Ansicht der Prokulejaner sei nur durch den Sprachgebrauch gehalten worden.

<sup>4)</sup> Danlwardt S. 1 S. 25.

<sup>5)</sup> I. 1. §. 1. D. XVIII. 1. Vergl. §. 2. I. III. 23. I. 7. C. IV. 64.

Man kann hinzufügen: der Tausch befriedigt direkt, der Kauf indirekt das Vermögensbedürfnis der Parteien. Wer Waare gegen Waare eintauscht, erhält unmittelbar, wessen er bedarf; wer Geld für eine Sache empfängt, hat ein allgemeines Tauschmittel, das ihm dazu dienen soll, sich erst die Sache anzuschaffen, die er bedarf.<sup>6)</sup> So geht begrifflich und geschichtlich der Tausch dem Kauf voran, der direkte Austausch von individuellen Werthen reicht bei gesteigertem Verkehr und bei Vielfältigung der Bedürfnisse nicht aus; die Ausgleichung muß dann eine allgemeinere, abstraktere werden. Auch dieser Hergang ist von den Römern nicht unbenutzt gelassen, wie der bekannte Ausspruch des Paulus zeigt.<sup>7)</sup>

Im römischen Recht war der Tausch ein unbenannter Realvertrag nach der Formel *do ut des*; erst durch das Hingeben von der einen Seite wurde er bindend für den anderen Theil und gegen diesen geschützt mit einer *actio praescriptis verbis*.<sup>8)</sup> Im heutigen gemeinen Recht wird der Tauschvertrag bindend abgeschlossen durch die erreichte Willenseinigung (*consensu*), und jeder Theil hat gegen den anderen die Klage auf Erfüllung, d. h. auf Uebergabe der Sache.<sup>9)</sup>

Wenig eigenthümliche Regeln hat der Tausch, im Wesentlichen werden sie von dem Kauf entlehnt. Der Satz, daß bei dem Tausch jeder der Kontrahenten bezüglich der Sache, die er giebt, als Verkäufer und bezüglich der Sache, die er empfängt, als Käufer anzusehen ist,<sup>10)</sup> stellt die

<sup>6)</sup> Dankwardt §. 1 S. 24. 26.

<sup>7)</sup> l. 1 pr. D. XVIII. 1. *Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica et perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret.*

<sup>8)</sup> l. 1. §. 2 D. XIX. 4: *permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet, und l. 3. C. IV. 64: ex placito permutationis nulla re secuta constat nemini actionem competere. l. 4. 8. C. IV. 54. l. 5. §. 1 D. XIX. 5.*

<sup>9)</sup> Glück B. 18 S. 115. Höpfner, Just. S. 872 §. 802 Note 6. Treitschke S. 394. Gruchot XI. 196. Dadurch ist der Tausch dem Kauf näher gerückt. Wenn schon vor der Hingabe ein Vertragsverhältnis besteht, so treten die Regeln von gegenseitigen Verbindlichkeiten in Betreff des Verschuldens und Interesses ein, ebenso ist die Frage, wer die Gefahr zu tragen, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beantworten. Was letztere betrifft, so läßt das römische R. die Gefahr des Untergangs zwar von demjenigen Kontrahenten tragen, der die untergegangene Sache zu empfangen hat, l. 5 §. 1 D. XIX. 5., d. h. er darf keinen Ersatz fordern, aber er darf die Sache, die er hingegeben, zurückfordern. l. ult. C. XII. 4. Hier trifft im Resultat das römische mit dem preussischem R. überein, welches den Vertrag als aufgehoben betrachtet, so daß das bereits Geleistete zurückgeleistet werden muß; jenes Kondiktionsrecht paßt aber nicht zu der im heutigen gemeinen Recht vorkommenden Auffassung, daß der Tausch *consensu* geschlossen wird, und deshalb muß es auch ausgeschlossen bleiben. A. M. Treitschke S. 397, der von dem unrichtigen Satz ausgeht: *casum sentit dominus*. — Zur Erfüllung des Vertrages gehört wirkliche Uebergabe nach den Vorschriften von Tit. 7 Ep. I. §. 58 und, wenn der Vertrag schriftlich hätte geschlossen werden sollen, aber nur mündlich geschlossen worden ist, kann der Umstand, daß der andere Theil ohne Bethätigung des Uebergabewillens des Vertauschenden in den Gewahrsam der Sache gekommen ist, allein nicht die Wirkungen der Vertragserfüllung begründen. Striethorst B. 50 S. 206.

<sup>10)</sup> A. M. I. 11. §. 364. Die Verwandtschaft von Tausch und Kauf ist auch in den röm. Quellen vielfach ausgedrückt. l. 2 D. XIX. 4. l. 62 D. XXIII. 3. Insbesondere wird die Gewährleistung für Fehler wie beim Kauf beurtheilt. l. 19 §. 5 D. XXI. 1. Fälle, in denen es zweifelhaft war, ob zwei Kaufverträge oder ein Tauschvertrag vorlagen, vergl. in R. O. S. O. B. 3 S. 418, Striethorst. B. 3 S. 30, B. 61 S. 62.

Pflicht jedes der beiden Theile unter die Regeln von der Verbindlichkeit der Verkäufer. Aber es handelt sich nicht um zwei Verkäufe, bei denen der Kaufpreis stillschweigend kompensirt ist; sondern das Charakteristische des Vertrags tritt gerade darin hervor, daß unmittelbar eine Sache gegen eine andere versprochen wird. Gegenstand des Tausches kann übrigens jede Sache sein, Sache im weiteren Sinn, worunter auch Rechte aller Art begriffen sind. Anders als beim Kauf gestaltet sich die Eviktionspflicht.<sup>11)</sup> Man hatte in der älteren gemeinrechtlichen Praxis den Satz aufgestellt, daß während ein Kauf über eine fremde Sache an sich zulässig sei, dies beim Tausch sich anders verhalte, daß mithin, wenn hier eine fremde Sache hingegeben, und diese dem Empfänger entwehrt worden, letzterer nicht einen Anspruch aus dem Vertrage auf Eviktionsleistung erheben könne, sondern mit einer *condictio causa data* die von ihm hingeebene Sache zurückfordern müsse.<sup>12)</sup> Diese Ansicht ist in das N.R. übergegangen: wenn eine ausgetauschte Sache entwehrt worden, so hat der, welcher sie gegeben, insofern er vertretungspflichtig ist, die Pflicht, die dafür empfangene zurück zu geben.<sup>13)</sup> Bei einem Betrug des Gebers hat der Empfänger die Wahl zwischen Zurücknahme und Forderung des vollen Interesses aus der erlittenen Entwehrung.<sup>14)</sup> Theilweise Entwehrung wird dadurch ausgeglichen, daß beide vertauschten Sachen abgeschätzt und der Werth des entzogenen Theils „verhältnißmäßig“ bestimmt wird.<sup>15)</sup> Das heißt, der Werth des entwehrteten Theils der empfangenen Sache wird von dem Werth der hingeebenen Sache, welche als der Preis für jene aufzufassen, nach dem Verhältniß abgezogen, in welchem sich der Werth jenes Theils zu seinem Ganzen befindet.<sup>16)</sup> Die Differenz muß dem

<sup>11)</sup> Nach gemeinem Recht werden auch auf die Eviktionspflicht die beim Kauf geltenden Regeln angewendet. Treitschke S. 395. I. 29 C. VIII. 45. I. 1 C IV. 64. (Der Entwehrte hat die Wahl zwischen Entschädigung und Rückforderung des Gegebenen.)

<sup>12)</sup> Siehe hierüber Gruchot XI. 204. Koch, R. d. F. S. 837 fg., dem bei Note 11 S. 838 zuzusetzen ist: Walch, *controv. jur. civ.* p. 662. Ferner *Marezoil* in der *Z. f. C.N.* u. *Pr.* B. 1 S. 462. Dunke, im *Arch. f. civ. Pr.* B. 10 S. 369. *Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle.* 1851. S. 261. Heuser, *Annalen* IV. 248. In I. I § 3 D. XIX. 4 heißt es zwar: *alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*; das paßt aber nur zum *re contrahere*, weil hier das Hingeben sofort Eigenthum übertragen soll. Bei dem Konsensualvertrag dagegen soll das Eigenthum gewährt werden, und da kann auch eine fremde Sache gegeben werden. Die ältere Praxis hat daher eine Nachwirkung der römischen Auffassung des Tausches als Realkontrakts erlitten. Die Kondition ist ausgeschlossen, wenn der Verkäufer das Eigenthum nach Abschluß des Tausches erworben. *Seuffert* I. 207 (Wiesbaden).

<sup>13)</sup> I. 11. §. 368. Oder im Fall ihres zufälligen Unterganges deren Werth zu vergüten.

<sup>14)</sup> I. 11. §. 369.

<sup>15)</sup> I. 11. §. 370. Die Praxis bezieht diesen §. nur auf Entziehung eines Theils oder Stücks, nicht auf Lasten, die der Sache anhaften. *Präj.* 1514 (*Samml.* I. S. 56). Nach *Striethorst* B. 58 S. 171 ist der Satz als Anwendung der §§. 170, 171. I. 11 aufzufassen, so daß der absolute Werth des Entzogenen zu ersehen sei, wenn nicht von der einen oder anderen Seite geltend gemacht wird, daß der relative Werth ein anderer sei.

<sup>16)</sup> Siehe hierüber *Bornemann* S. 64. Koch, R. d. *Ford.* S. 839. Er führt als Beispiel an: ein Landgut von 50 Tausend ist gegen ein Landgut von 40 Tausend geradeauf getauscht; von ersterem wird ein Theil zu 25 Tausend ewingirt: dann muß von den 40 Tausend so viel abgezogen werden, als das Verhältniß des ewingirten Stücks zu seinem Ganzen be-

Entwehrten ersetzt werden. Die Klage auf Rückleistung findet also nicht statt,<sup>17)</sup> nur die Klage auf Entschädigung bleibt übrig.<sup>18)</sup> Bei drohender Entziehung ist der Bedrohte, wie der Käufer, berechtigt, die als Preis hinzugebende Sache gerichtlich zu hinterlegen.<sup>19)</sup> Wie beim Kauf ferner werden, wenn zurückgeleistet wird, die Nutzungen der einen Sache gegen die Nutzungen der anderen aufgerechnet.<sup>20)</sup> Wie beim Kauf endlich hat beim Tausch jeder Theil, weil jeder auch in der Lage des Käufers sich befindet, das Rechtsmittel aus der enormen Verletzung,<sup>21)</sup> nur dann nicht, wenn die eingetauschte Sache ihrer Seltenheit wegen nicht schätzbar erscheint, z. B. seltene Medaillen oder Münzen.<sup>22)</sup>

Die Geldwechsel<sup>23)</sup> ist nichts weiter als Tausch, wenn dabei die ausgewechselten Geldstücke nicht in ihrer Eigenschaft als allgemeine Werthmesser, sondern als individuelle Werthe, als Waaren, in Betracht kommen. Deshalb muß er in soweit unter denselben Regeln stehen, wie der Sachentausch. Das A. L. R. hat aber die besondere Vorschrift: „wenn Geld gegen Geld gewechselt wird, so treten die Gesetze von Zahlungen ein.“<sup>24)</sup> Diese Bestimmung kann nicht, wie von Förster geschehen, als „inhaltlos“ bezeichnet werden. Die Abrede ist, in soweit sie den Inhalt hat, daß eine Geldsorte gegen eine andere ausgetauscht werden soll, durch Hingabe solchen Geldes zu erfüllen, das als Zahlungsmittel genommen werden muß, und zwar von so viel, als dem hingeegebenen Betrag entspricht, nach der Hingabe von der einen und von der anderen Seite aber ist eben nur eine Geldzahlung erfolgt, insofern gesetzliche Zahlungsmittel ausgetauscht sind. Handelt es sich um Umwechslung einer Münze oder eines Geldpapiers, das im Inlande nicht Zahlungsmittel ist, in inländisches Geld, so steht das Geschäft unter den Regeln vom Kauf.<sup>25)</sup>

---

trägt, d. h. die Hälfte, also 20 T., nicht 25 T. Wenn von dem Gute von 40 T. ein Theil von 20 T. eingirt worden, so muß demzufolge von dem Gute von 50 T. die Hälfte mit 25 T. abgerechnet werden. Die Gesetzrevisoren wollen anders rechnen. Sie wollen den Werth des entwehrten Stückes von seinem Ganzen abziehen und diese Differenz ersetzen lassen, also nach obigem Beispiel im ersten Fall 25, im zweiten 20 T. Dagegen spricht nicht nur das Wort „verhältnismäßig“ in §. 370, welches doch jedenfalls bezeichnen soll, daß eine Vergleichung statzufinden hat mit dem Werth der als Preis hingeegebenen Sache, sondern auch der Begriff der Entschädigung, denn der Entwehrte würde dann entweder mehr oder weniger, als sein Schaden beträgt, erhalten.

<sup>17)</sup> Abweichend von I. 11 §§. 164, 169.

<sup>18)</sup> Entsprechen I. 11 §§. 170, 171. Vergl. Ann. 15.

<sup>19)</sup> I. 11 §. 372. Vergl. I. 11 §. 222.

<sup>20)</sup> I. 11 §. 371.

<sup>21)</sup> I. 11 §. 365. Auch nach gemeinem Recht.

<sup>22)</sup> I. 11 §. 375.

<sup>23)</sup> Unterholzner S. 302 bei IV. Sintenis S. 593. Flesch bei Schering B. 19 S. 330.

<sup>24)</sup> I. 11 §. 373.

<sup>25)</sup> Koch S. 836 Note 3.



## Der Kauf und Verkauf.

A. R. N. I. 11 §§. 1—362. Gruchot IX. S. 69 f. 268 f. X. 105 f. 168 f. 569. XI. 127 f. Vorneumann B. 3 S. 1 fg. Daniels B. 3 S. 159. Koch, Pr. R. B. 2 S. 422. R. d. F. B. 3 S. 715. Dernburg II. §§. 133 ff. Fischer §. 68. — Weßphal, Lehre des gem. R. von Kauf-, Pacht- und Erbzinsvertrag u. s. w. 2. A. 1807. Glück B. 16 S. 1 f. B. 17. 20. Grath, im Rechtslexikon B. 6 S. 10. Wilda, das. S. 46 (in Beziehung auf Waarenhandel). Treitschke, der Kaufvertrag in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel. 1838. 2. A., bearbeitet von Wengler. 1865 (nach dieser wird citirt). Bernhoeft in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 58. Beckmann. Der Kauf. B. I und II. Die Lehrbücher über Handelsrecht, bes. Thöl, 4. A. §§. 62c.—90. Brinmann §§. 67—104. Gad S. 200 §§. 105—127. Endemann S. 496 fg. Bluntzli 3. A. S. 461—476. Gerber, 8. A. S. 450 f. — Unterholzner B. 2 S. 217. Bangerow B. 3 S. 441 f. Arnolds S. 481 fg. Sintenis B. 2 S. 594 fg. Keller S. 605 f. Windscheid II. §§. 335 ff. Dernburg Pand. II. §§. 94—102. Zacharia (Punct) II. 444.

## §. 124. Begriff und Abschließung.

A. Begriff. Der eigentliche Typus der zweiseitigen oder entgeltlichen (lästigen) Verträge ist der Kauf und Verkauf. Derselbe kann so mannigfache Gestaltungen annehmen, daß er wohl eine Gruppe von Verträgen genannt werden darf.<sup>1)</sup> Je nachdem man auf besondere Momente Gewicht legt, läßt sich solchen Verträgen auch die Bedeutung besonderer Rechtsgeschäfte geben. So findet man im Pandrecht einzelne der im Folgenden als Abarten des Kaufs behandelten Verträge als „gewagte Geschäfte,“ und „Verträge über Handlungen.“ Hier werden alle Verträge zusammengestellt, welche die Eigenthums-Übertragung eines individuellen Werths aus dem einen in ein anderes Vermögen gegen Empfang des in einer Geldsumme ausgedrückten Werths bezwecken.<sup>2)</sup>

Es ist nicht zufällig, daß weder die lateinische noch die deutsche Sprache für die gegenseitigen Beziehungen dieses Rechtsgeschäfts ein gemeinsames Wort hat. Die Römer nennen es *emptio-venditio*;<sup>3)</sup> auch im A. R. hat der 1. Abschnitt des 11. Titels die Ueberschrift erhalten: „von Kaufs- und Verkaufsgeschäften.“ Denn die sich bei diesem gegenseitigen Verträge gegenüberstehenden Rechte und Verbindlichkeiten haben einen verschiedenen Inhalt,<sup>4)</sup> wie es Paulus treffend ausdrückt: *aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx.* Beim Tausch ist dies anders: *in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit.*<sup>5)</sup> Erst als der abstrakte Werthmesser des

<sup>1)</sup> Sintenis S. 593 a. E. 641. Keller S. 606 Abf. 4.

<sup>2)</sup> Gruchot IX. 70.

<sup>3)</sup> Koch vergl. l. 19 D. XIX. 1. *Veteres in emtione venditioneque appellationibus promiscue utebantur.*

<sup>4)</sup> Ueber den Gegensatz ein- und zweiseitiger Verträge s. B. I §. 83.

<sup>5)</sup> l. 1 §. 1 D. XVIII. 1. *Feist, Mancipation und Eigenthumstrabition.* 1865. S. 46 fg.