Theorie und Praxis

des

heutigen gemeinen preußischen

Privatrechts.

Auf der Grundlage des Werkes

von

Dr. Franz Förster

bearbeitet

von

Dr. M. E. Eccius.
Oberlandesgerichts-Präsident.

II. Band.

Fünfte Auflage.
(Zweite der neuen Bearbeitung.)

Berlin.
Druck und Verlag von Georg Reimer.
1887.

Preußiſches Privatrecht.

Zweiter Band.

Die einzelnen Schuldverhältniſſe.

Inhaltsverzeichniß des II. Bandes.

Zweites Buch. Das Recht der Schuldverhältnisse.

Zweiter Theil. Die einzelnen Schuldverhältnisse.

Seite

§. 121. Systematische Ordnung 3
Uebersicht. Insbesondere Klassifizirung der Verträge. 4.

Erstes Kapitel. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

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

I. Verträge über ein Geben.

a. Ueber ein Geben zu Eigenthum.

§. 122. 1) Die Schenkung 5
I. Stellung im System. 5. II. Begriff. Freiwillig, unentgeltlich, Verringerung des Vermögens des Gebers. 6. Bereicherung des Empfängers. 7. III. Innere Voraussetzungen: Schenkungsabsicht. 8. Wann wird sie vermuthet? 9. Geben auf Grund gesetzlicher Verpflichtung. Fähigkeit zu schenken. 10. Annahme der Schenkung durch die Erben und gegenüber den Erben. 11. IV. Gegenstand. Ganzes Vermögen oder aliquoter Theil. 12. Erbschaft 13. V. Schenkung an Mehrere. VI. Besondere Regeln über die Schenkung. 14. A. Die Form. Römisches Recht. 15. Landrechtliche Form des Schenkungsversprechens. Die ausgeführte Schenkung. 16. Schriftform neben Uebergabe des geschenken Grundstücks. Auflassung. Dauernde Bedeutung der Schriftform bei der Schenkung von Grundstücken. 17. Die Versicherung, daß die Schenkung nicht die Hälfte des Vermögens übersteige, keine Formvorschrift. Keine gerichtliche Annahme des Schenkungsversprechens. 18. B. Widerruf. Römisches Recht. 19. Preußisches Recht. 1. Willensänderung ohne besonderen Grund noch nach 6 Monaten. 20. Widerruf der durch Auflassung eines Grundstücks ausgeführten Schenkung. 21. 2. Besondere Gründe: a. Uebermaß. 21. Verzicht auf Widerruf wegen Uebermaßes. b. Grober Undank. 22. c. Nachgeborene Kinder. 23. 3. Klage und Einrede beim Widerruf. 24. Vererblichkeit. 25. 4. Stillschweigender Widerruf. 26. VII. Verarmung des Schenkenden, Recht auf Unterhalt, Kompetenz. 26. VIII. Klage auf Erfüllung, Gewährleistung. 27. IX. Besondere Arten der Schenkung: a. Gemischte Schenkung. b. Belohnende Schenkung. 28. c. Belastete Schenkung. 31. d. Wechselseitige Schenkung. e. Schenkung auf den Todesfall. 33. Willkürliche Widerruflichkeit. 35. Verwandtschaft mit dem Legat. 36. X. Schenkungen an Korporationen und andere juristische Personen. 37.

Seite

2) Zweiseitige Verträge über ein Geben zu Eigenthum.

§. 123. Der Tausch 38

Begriff. Ansichten der Römer. Heute Konsensualvertrag. 38. Gegenstand. Eviktionspflicht. 39. Geldwechsel. 40.

Der Kauf und Verkauf.

§. 124. Begriff und Abschließung 42

A. Begriff. Gegenseitigkeit und Verschiedenartigkeit der Leistungen. 42. B. Käufer und Verkäufer. Unbestimmtheit des Erwerbers. 43. Fähigkeit zum Verkauf, — Verfügungsberechtigung? 44. Fähigkeit zum Kauf. Erwerbsverbote. 45. C. Gegenstand. Im freien Verkehr. 46. Bestimmtheit. 47. Fremde Sache. 48. Wirkliche. 49. Theilweise Nichtexistenz. 50. D. Der Preis. 51. Entsprechender (justum), wahrer. 52, bestimmter. 53. Münzsorte. Nebenleistungen. 54. E. Willenseinigung. 54. Bedingungen. 55. Kauf auf Probe. 56. Natur desselben. 57.

§. 125. Die Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrage 58

A. Verbindlichkeiten des Verkäufers. 1. Uebergabe. 58. An- und Zuwüchse, Früchte, Zubehör. 59. Unter Abwesenden. 60. Haftung des Verkäufers für Versehen. 62. 2. Verzinsung des vor der Uebergabe empfangenen Preises. 62. 3. Ertheilung der Auflassung. 63. 4. Gewährleistung für Eviktion und für Fehler. 64. Gewährleistung bei Viehhandel. Klagen des Käufers. 65. B. Verbindlichkeit des Käufers: 1. Uebernahme. Verzug dabei. 66. 2. Zahlung des Preises. Kreditirung. 67. Verhältniß von Kreditirung und Rücktritt bei verzögerter Zahlung. 68. 3. Haftung für Versehen des Käufers, insbesondere auch bei Abschluß des Geschäfts. Klagen des Verkäufers. 69. C. Wirkung des Vertrags in Bezug auf Uebergang des Eigenthums. 69. Bei Abwesenheit. Uebergang der Gefahr 70, Uebergang der Vortheile und Nutzungen 71, insbesondere bei Grundstücken. 72.

§. 126. Nebenverträge beim Kaufvertrage 72

1. Vorbehalt der Verwirkung (lex commissoria). 72. Ob als Bedingung des Kaufs aufzufassen? 73. 2. Vorbehalt des Eigenthums. 74. Als Titel zur Hypothek an der Sache. 75. 3. Vorbehalt eines besseren Käufers (in diem addictio). 75. Der Verkäufer entscheidet, ob das Gebot besser. Vorkaufsrecht. 76. 4. Reuvertrag. 77. 5. Wiederkauf und Wiederverkauf. 78. Rechtsverhältnisse. Eintragung. 80. Zur Verdeckung eines wucherlichen Darlehens. 81. 6. Vorkauf. 81.

§. 127. Aufhebung und Anfechtung der Kaufverträge 81

A. Besondere Regelung von allgemeinen Aufhebungsgründen. 1. Beiderseitige Einwilligung. 82. 2. Einseitig ausgebliebene Erfüllung. 82. B. Besonderer Anfechtungsgrund. Verletzung über die Hälfte. 83. Nach gem. R. und Preuß. R. 84. Vermuthung des Irrthums des Käufers. 85. Feststellung der Verletzung. 85. Wirkung der Anfechtung. 86. Entsagung, Verjährung der Anfechtung, Gesetzlicher Wegfall derselben. 87. Laesio enormis auch bei Tausch. 88.

§. 128. Besondere Fälle des Sachenkaufs 88

A. Der Antheilskauf (Quotenkauf). 88. B. Der Wahlkauf. 89. C. Der Gattungs- und Mengekauf (emtio ad mensuram). 90. Die gemeinrechtliche Ausscheidung. 91. Uebergabe. Gewährleistung. 92. D. Der Kauf in Pausch und Bogen (emtio per aversionem). 93 Uebergang der Gefahr der Verschlechterung mit dem Vertragschluß, Beschränkung der Gewährleistung. 94. Erbschaftskauf im Falle, wenn nur der Inbegriff der Erbschaftssachen gekauft wird. 95. E. Der Lieferungsvertrag. 95. Definition. 96. Ansichten über denselben. 97. Begriff. 98. Besonderheiten. 99. Kauf von Staats-, Kredit- und Inhaberpapieren. Lieferungsgeschäfte mit

Seite

festem Stichtag in Konkurse. 100. F. Gewagte Geschäfte. 100. Hoffnungskauf und künftige Vortheile. 101. Lotterievertrag. 103. Lotterieloose, Inhaberpapiere. Pflichten des Unternehmers. 104. Einnehmer, Kollekteure. 105. Ausloosung. 105. Verkauf künftiger Sachen, insbesondere des künftigen Zuwachses. 106.

§. 129. Besondere Fälle des Kaufs von Rechten 107

Cession. Erbschaftskauf. Verlagsrecht. Rechte auf künftige Leistungen. 107. 1. Begründung eines Rechts auf fortdauernde Prästationen gegen Entgelt. Witthum. 108. 2. Auszug und Altentheil. 109. 3. Leibrentenvertrag. Begriff. Rechtsverhältnisse. 110. Dauer der Pflicht. 111. Rücktrittsrecht. 112. Vererbung. Cession. Konkurs. 113. Vitalizienvertrag. 113. Tontine. 114.

§. 130. Die Versteigerung und der gerichtliche Verkauf 114

I. Die Privatversteigerung. Möglichkeit. Auffassung des Versteigerungsangebots als bindender Offerte. 114. Regelmäßig ein Mittel zur Auffindung eines Käufers. Form des Gebots. 115. Zulässigkeit der Privatversteigerung. Rechtliche Behandlung. Versteigerung durch die Eigenthümer selbst. 116. Auktionatoren und Gerichtsvollzieher bei Privatversteigerungen. Oeffentliche Versteigerung. Gerichtlich, notariell beurkundete Versteigerung. Freiwillige Subhastation. 117. II. Nothwendiger gerichtlicher Verkauf. Grundsätze des Landrechts für denselben. 118. 1. Versteigerung beweglicher Sachen und Rechte in der Zwangsvollstreckungsinstanz. a. Rechtsstellung des Versteigernden (Gerichtsvollziehers). b. Obligation des beauftragenden Gläubigers. c. Was macht den Vertrag perfekt? Voraussetzungen des Zuschlags. 119. d. Gesetzliche Verkaufsbedingungen. Das Wesen des Verkaufs in Gemäßheit des §. 718 C.P.O. Accidentalien. 121. e. Bedingtes Eigenthum des Käufers. f. Mündliches Gebot. 122. g. Gebot des Gläubigers oder Schuldners. h. Anfechtung des Zuschlags. 123. 2. Die Zwangsversteigerung der unbeweglichen Gegenstände. 123. a. Das den Verkauf leitende Gericht. Das Zuschlagsurtheil. 124. b. Betreibende Gläubiger. Beitritt. Interessenten. Nicht mehr konkursähnlicher Charakter des Verfahrens. 125. Beschlagnahme für den betreibenden Gläubiger. Geringstes Gebot. Andere Verkaufsbedingungen. Berücksichtigung der Interessenten. c. Willenseinigung. Grundlage des Zuschlagserkenntnisses, ohne rechtsgeschäftlichen Charakter. 126. Worin besteht die Willenseinigung? Gebundenheit des Bieters. 127. d. Gläubiger und Schuldner als Bieter. 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? 128. Feststellung durch die Verkaufsbedingungen. Der Verkauf als Verkauf in Pausch und Bogen. Wirkung bezüglich des Inventars. Auch des nicht dem Vollstreckungsschuldner gehörigen? 129. f. Verpflichtung auf Seite des Verkäufers. Vollstreckungszwang: Kaufklage? 130. Ansprüche gegen den letzten Perzipienten. 131. g. Verpflichtung des Erstehers. Bezüglich des geringsten Gebots, der Baarzahlung. Kaufgeldervertheilungsverhandlung. 131. Vollstreckbarkeit der Forderung an rückständigem Kaufgeld. Wiederversteigerung. 132. Anfechtung des Zuschlags und der Versagung desselben. III. Behinderung Anderer am Mitbieten. 133.

§. 131. Der Zwangsverkauf. Das Enteignungsrecht 133

Verpflichtung zum Verkauf durch Vertrag, durch letztwillige Verordnung, durch Gesetz. 134. Expropriationsrecht. Geschichte. 135. Prinzip. 136. Charakter des entstehenden Rechtsverhältnisses als Kauf. 137. Die Kontrahenten. 139. Verfahren wegen der Entschädigung. 140. Feststellung derselben. Enteignungserklärung. 141. Recht Anderer als des Eigenthümers auf die Entschädigung. Nachträgliche Entschädigung. 142. Vorkaufsrecht des Enteigneten. 143.

Seite

§. 132. Der Trödelvertrag 143

Auffassung im röm. R. 143. Heute Konsensualvertrag. Inhalt. 144. Uebergang des Eigenthums auf den Empfänger. 145. Rechte und Pflichten des Trödlers. Einwirkung des Konkurses. 146. Rechtsverhältniß Dritten gegenüber. 147.

§. 133. Das Spiel und die Wette 147

I. Das Spiel. Heute nicht nach röm. Recht zu beurtheilen. 147. Unerlaubtes Spiel. Klaglosigkeit. Ausschluß der Kondiktion. 148. Darlehn zum Spiel. 149. II. Wette. Voraussetzung der Klagbarkeit. 149. Darlehn zum Wetten. 150. III. Rechtlicher Unterschied von Spiel und Wette. 150.

§. 134. Der Verlagsvertrag 151

Gemischter Charakter des Vertrags. 151. Wesentlich Pflicht zur Vervielfältigkeit und Verbreitung und Veräußerung des Verlagsrechts. 152. Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Vertrage. Auf Seiten des Urhebers. 153, des Verlegers. 154. Form des Vertrages. 155. Klagerechte. 156. Einseitiger Rücktritt. 157. Vererblichkeit. Abtretbarkeit. Erlöschen des Rechts des Verlegers. Konkurs desselben. 158.

b. Verträge über ein Geben zum Gebrauch.

§. 135. Der Leihvertrag 159

Gebrauchen und nutzen. 159. Begriff der Leihe. Konsensualvertrag? Bekämpfung dieser Auffassung. Form. 160. Gegenstand. 161. Verbindlichkeiten des Leihers. 162. Zufall. 163. Unvollständiger Besitz des Leihers. 164. Verbindlichkeiten des Verleihers. Prekarium. 164.

§. 136. Die Sachenmiethe und Pacht 165

I. Begriff und rechtliche Natur. Verhältniß zum Kauf. 165. Eingeschränktes Nutzungsrecht. Dinglichkeit, unvollständiger Besitz. 166. Uebergabe und Eintragung. 167. Persönliches Recht zur Sache. 168. Possessorische Rechtsmittel des Miethers. 169. — II. Vertragsmäßige Abschließung. Inhalt der Willenseinigung. 169. Form. 170. Gegenstand. 171. Preis. 172. — III. Inhalt der Obligation. 1. Verbindlichkeiten des Vermiethers und Verpächters. Vorleistung. Ueberlieferung. 173. Erhaltung der Sache. Gewährleistung für Fehler. 174. Interesse. 175. Zufällige Ersatzforderungen aus Verwendungen. 176. Lasten und Abgaben. Erben und Singularsuccessor des Vermiethers. 177. Kauf bricht nicht Miethe. 178. 2. Verbindlichkeiten des Miethers und Pächters. Zinsentrichtung als Nachleistung. Befreiung durch Entrichtung an den Feind. 180. Zinsnachlaß bei verhinderter Benutzung. 181. Lasten und Abgaben. Vertretung der Beschädigungen. Rückgabe. Eintritt der Erben. Cession. Aftermiethe. 182. Folgen der Versagung zur Einwilligung dazu. 183. Rechtsverhältnisse aus der Aftermiethe. 184. — IV. Beendigung. Gegensatz der Erbpacht. Möglichkeit dauernden Ausschlusses der Kündigung außer in den Fällen des Gesetzes. 185. Endigung. a. durch Ablauf der Zeit, erreichten Zweck. 186. b. Kündigung. 186. Wesen desselben. 187. Fälle, wo sie nothwendig: Formell unverbindliche, in Folge der Uebergabe ein Jahr geltende Verträge. Giltige Verträge von unbestimmter Dauer. 188. c. Kündigung und Rücktritt innerhalb der Vertragszeit: nothwendiger gerichtlicher Verkauf. 189. Der dingliche Charakter der Miethe zeigt sich hier in der Nothwendigkeit der Kündigung. Eintritt des Adjudikatars in den Vertrag bis zur Räumung. 189 (Anm.). Kündigungsrecht des Käufers, der Gläubiger. 190 (Anm.). Bedingtheit der Kündigung der Gläubiger. 191 (Anm.). Recht des Miethers zu räumen im Falle der Kündigung durch den Gläubiger. 192. Nothwendiger Hauptbau. 192. Tod des Pächters und Miethers. Stellung der Wittwe. 193. Nicht freiwillig herbeigeführte Veränderung. 194. Untüchtigkeit der Sache. 195. Mißbrauch.

Seite

Ende des Rechts des nur zur zeitweisen Verfügung berechtigten Vermiethers. 196. Verweigerte Erfüllung des einen Theils. Zweijähriger Zinsrückstand. Freiwillige Veräußerung. Konkurs. Besondere Abreden. 197. Materielle Folgen des Rücktritts. 198. — V. Verlängerung (relocatio). Stillschweigende Verlängerung. 198. — VI. Rechtsmittel und Sicherungsmittel. 199. Persönliche und dingliche Klagerechte. Actio locati. Inhalt. Exmissionsklage. 200. Einreden. 201. Actio conducti. Zwangsvollstreckung in das Pachtrecht des Miethers und Pächters. 202. Sicherungsmittel, Kaution. 202. Gesetzliches Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers. Natur dieses Pfandrechts. 203. Nach der Reichs-Konkursordnung und dem Ausführungsgesetz dazu. 204. Pfandrecht gegen den Aftermiether? Umfang des Pfandrechts. 206. Sachen, welche der Miether zu verpfänden befugt ist. 207. Konkurs des Eigenthümers dieser Sachen. 208. Früchte. 208. Wirksamkeit des gesetzlichen Pfandrechts gegen eine Pfändung für andere Gläubiger des Miethers. 209. Begrenzung der Objekte der Retention auf das Nothwendige 210. — VI. Landgüterpacht und Viehverstellung. 1. Landgüterpacht. Pachtung nach Anschlag. Pacht in Pausch und Bogen. 210. Inventarium. Form des Vertrages. 211. Verpflichtungen des Verpächters. Gewähr für Vorhandensein der Rubriken. 212. Erhaltung. Gewährleistung. 213. Verjährung dieser Pflicht. Rechtzeitige Anzeige. Einwirkung derselben auf spätere Geltendmachung der Ansprüche des Pächters. 214. Zu erstattende Verwendungen. 215. Verpflichtungen des Pächters. Erhaltung in nutzbarem Stande. 215. Lasten und Abgaben. Vertretung des Versehens. 216. Wann Entsetzung wegen Mißbrauchs? Pflicht zur Rückgewähr. 217. Rückgewähr des Inventars und Ansprüche bezüglich desselben 218, insbesondere im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Verpächters. Gefahr, insbesondere der Früchte. 219. Gefahr des Inventariums. Remissionsanspruch. Rechtliche Natur desselben. 220. Begriff. 222. Totalremission. Vereitelung des Fruchtbezugs 223, zufolge Unglücksfalls. Benachrichtigung. 224. Legung der Administrationsrechnung. 225. Partialremission. 226. Geltendmachung der Rem. nur als Einrede. 226. Entsagung derselben. — Aufkündigung der Landgüterpacht in Kriegszeiten. 227. 2. Viehverstellung. 227. — VIII. Der Jagdpachtvertrag. Gesetzliche Vorschriften darüber. Verhältniß zu der Unzulässigkeit des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden als eines dinglichen Rechts. Der Jagdpachtvertrag ist kein Pachtvertrag im Sinne des Landrechts. 228. Inhalt der Verpflichtung des Verpächters. Form. Keine Uebergabe. 229. Einwirkung des Konkurses. Ausübung durch Andere. Vererbung. 230. Zeit. Kein Retentionsrecht des Jagdverpächters. Zwangsanpachtung. Fälle nothwendiger Verpachtung. Ausländer. Zahl der Pächter. 231. Jagdbezirke. 232.

§. 137. Das Darlehen 232

Verwandtschaft mit Leihe und Miethe. Auffassung im röm. R. 232. Das heutige R. Ob Real- ob Konsensualkontrakt? Konsequenzen beider Auffassungen. 233. Standpunkt des A.L.R. 234. I. Das pactum de mutuo dando. 234. Inhalt und Erfüllung des Vertrags. P. de mutuo accipiendo. Pflicht zur Darlehnsannahme auch bei nur formloser Annahme des Versprechens de mutuo dando 235. Klagen. 236. II. Begriff und Abschluß des Darlehnsvertrags 1. Einigung beim eigentlichen Darlehn. 236. 2. Das reale Moment. 237. Bindende Kraft des formlosen Darlehns ohne Berücksichtigung der formlosen Nebenabreden. 238. Bedeutung desselben als schriftlicher Vertrag für beide Theile. 239. Bedeutung als Beweisurkunde. Einrede der nicht erhaltenen Valuta. 240. Nach Hypothekenrecht. Einwirkung des Grundbuchrechts. 241. Darlehn mit Geld, das dem Darleiher nicht gehört. 242. Der gutgläubige Empfänger. 243. Rechtsstellung des Eigenthümers. 244. Behandlung des Rückkaufs als Darlehn. 244. III. Darlehnsfähigkeit: Mitglieder der königlichen Familie, Schauspieler, Mitglieder der königlichen Kapelle. 245. Militärpersonen. 246. Anerkenntniß nach Aufhebung des Militärstandes. 247. Darlehn an Unfähige anerkannt oder nützlich verwendet. 246. IV. Verbotene Darlehen.

Seite

248. V. Verpflichtung aus dem Darlehnsvertrag. Rückgabe von Sachen gerade der Art, die hingegeben sind. 294. Zeit. Kündigung. 250. Ort der Rückleistung. Münzänderung. 252. Verzinsung. Verjährung. 253. VI. Uneigentliches Darlehn. 254. VII. Rückleistung beim wucherlichen Darlehn. 255.

II. Verträge über ein Thun.

§. 138. A. Verträge über Handlungen. Dienst- und Werkverdingung . . . 256

Einleitende Uebersicht. 256. I. Verträge über Handlungen im Allgemeinen. Gegenstand auch Unterlassungen 1. Wesentlich zweiseitige Verträge. 257. Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Gegenleistung. Gewöhnlicher Lohn. 258. Voraussetzung der Forderung desselben wenigstens Aufforderung zur Leistung. 259. 2. Form. Erfüllung des formlosen Vertrages. 3. Worin kann die Vergütung bestehen? 4. Die besondere Ausgestaltung des Rücktritts wegen verweigerter oder versäumter Erfüllung. 260. 6. Verschuldete Nichterfüllung. 262. 6. Verträge über Handlungen Anderer. 7. Ist der Lohn Nachleistung? 263. 8. Zufällige Unmöglichkeit. 9. Arbeitsmiethe und Werkverdingung. 264. II. Dienstverdingung, Arbeitsmiethe. Ausscheidung des familienrechtlichen Gesindedienstes und der Hausoffizianten, sowie die reichsgesetzlich geregelten Verhältnisse. 265. Verträge mit Handarbeitern und Tagelöhnern. 266. Mit Handwerkern und Künstlern. 268. Operae liberales. Aerzte. 269. III. Werkverdingung mit sachverständigen Werkmeistern. 271. Freiere Stellung, strengere Pflicht. 272. Maß der Sorgfalt. Vertretung der Gefahr. Pflicht zur Uebergabe des Werks. 273. Abnahme. Fehler. 274. Preis. 275. Rücktrittsrecht. 276. Insbesondere von Bauverdingungen. 277. Einwirkung des Konkurses. Retentionsrecht. 278. Titel des Bauwerkmeisters zur Hypothek. Konkurs des Werkmeisters. 279.

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

§. 139. Der Verwahrungsvertrag 280

Systematische Vorbemerkung. Begriff. 280. Realkontrakt. 281. Form. Gegenstand. Regelmäßige, aber nicht wesentliche Einseitigkeit. 281. Pflicht der Verwahrung. Nachmals gestattetes Gebrauchen. 282. Dauer der Pflicht. Maß der Diligenz. 284. Zufall. 285. Pflicht der Rückgabe. 286. Ort, Zeit. Wann an einen Andern? 287. Besitzklage des Verwahrers. Der vertragsunfähige Verwahrer. 288. Verjährung der Klage. Mehrere Verwahrer oder Erben des Verwahrers. 289. Mehrere Erben des Niederlegers. Gegenforderungen des Verwahrers. Zurückbehaltungsrecht. 290. Keine Kompensation. Depositum irregulare. 291. Amtskautionen. 292 Anm. Gerichtliche Verwahrung. Fälle. 292. Kein Vertragsverhältniß für den Staat, auch nicht für das Gericht. 293. Verhältniß des bestellten Aufsehers (Sequesters). 294. Der Hinterlegungsvertrag der Hinterlegungsordnung. 295. Zulässigkeit des Rechtswegens. 296 Anm. Vertragsmäßige Sequestration. 297.

§. 140. Der Gastaufnahmevertrag 298

Heutige gemeinrechtliche Geltung, landrechtliche Bestimmungen. 298. Gesteigerte Verwahrung bei gewerbsmäßigem Beherbergen. 299. Inhalt der Verpflichtung des Gastwirths. 300. Befreiung von der Vertretungspflicht in Folge Erklärung, — bei Gewalt von außen. 301.

§. 141. Der Vollmachtsauftrag 302

I. Begriff. Röm. Recht. 302. Unentgeltlichkeit. Gestaltung im heutigen Recht. Unterschied von der Dienstmiethe. 309. Definition des A.L.R. Betreiben eines Geschäfts des Auftraggebers. Nur Privatgeschäfte. 304. Begriff des Geschäfts. 305. Nur erlaubte Privatgeschäfte. 306. Betreiben, d. h. durch eigene Willensakte ausführen. „Für ihn". 307. gleich „um

Seite

des Auftraggebers willen". Auftrag in Angelegenheiten des Beauftragten. Rath oder Empfehlung. Rechtsverhältnisse daraus. 308. Abgrenzung gegen Dienstmiethe und Werkverdingung. „Statt seiner". Vollmacht. 309. Vollmacht zu Berufshandlungen. Auftrag ohne Vollmacht. 310. Spezial- und Generalvollmacht. 311. II. Abschluß. Vollmachtsvertrag unter den Paziscenten. 311. Form. 312. Vollmacht im Verhältniß zu Dritten. 313. Vermuthete Vollmacht. 314. Stillschweigende Vollmacht. 315. Legitimirende Kraft der schriftlichen Vollmacht. 316. Befehle. Ersatz der Vollmacht durch schriftliche Erklärung gegen den Dritten. Mündliche Erklärung gegen denselben. Nachträgliche Genehmigung. 317. III. Personen und Gegenstand. Unfähige Bevollmächtigte. Gegenstand. Erlaubtes Privatgeschäft. 318. Kollidirendes Interesse. 319. IV. Rechtsverhältniß zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten. A. Pflichten des Bevollmächtigten. Mehrere. 319. Vertretung von Versehen. 320. Ueberschreitung und Abweichung. Substitution. 321. Gehilfen. Pflicht zur Auskunft. Rechenschaft. 322. Ablieferung. 323. B. Pflichten des Machtgebers. Honorar. 324. Schadloshaltung. Befreiung von Verbindlichkeiten. Klage und Zurückbehaltungsrecht deswegen. 325. C. Zufall. 326. V. Das Rechtsverhältniß des Dritten zum Machtgeber und zum Bevollmächtigten. Unmittelbares Rechtsverhältniß des Machtgebers zum Dritten. 328. Anders wenn das Geschäft auf den Namen des Bevollmächtigten geschlossen worden ist. Geschäft auf den Namen des Machtgebers ohne schriftliche Vollmacht. 328. Nach widerrufener Vollmacht. 329. Ueberschreitung. Haftung mehrerer Machtgeber gegen den Dritten. Verhältniß zwischen dem Dritten und Bevollmächtigten. 330. VI. Aufhebung. 1. Widerruf. 331. Ausschluß des Widerrufs. Konventionalstrafe für unzeitigen Widerruf. 332. 2. Aufkündigung des Bevollmächtigten. 332. 3. Tod des Machtgebers oder Bevollmächtigten. 333. Fortdauer der Vollmacht trotz des Todes. 334. 4. Eintretende Unfähigkeit. 5. Konkurs des Bevollmächtigten. 335. Konkurs des Machtgebers. Einwirkung auf die Vertretungsbefugniß 336, bei mangelnder Kenntniß der Unfähigkeit. Einwirkung auf die gegenseitigen bei der Konkurseröffnung rückständigen Leistungen aus bereits stattgehabten oder begonnenen Vertretungsakten. 337.

§. 142. Der Verwaltungsvertrag 388

Mischung von Verwahrung, Bevollmächtigung und Dienstmiethe. 338. Form. Entgelt. Widerruf. 339. Aufkündigung. Pflichten des Verwalters. 340. Stellvertretung des Verwalters. 341. Stellung des Verwalters als Inhaber. Rechnungslegung. 342. Abnahme der Rechnung. Quittung. Ablauf der Fristen dafür. 343. Fiktion des Erlasses. Wirkung der Quittung. 344. Anfechtung derselben. Verbindlichkeiten des Herrn. 345. Kautionsleistung des Verwalters. 345. Zurückbehaltungsrecht desselben. 346.

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

§. 143. Gesellschaftsvertrag 347

I. Begriff, Arten und Abschluß. Begriff. Erlangung eines gemeinschaftlichen Zwecks gleich Erwerb. 347. Gemeinschaftlicher Fonds und Thätigkeit und zufällige wirthschaftliche Grundlage. Gesellschaft und Vertragsverhältniß bestimmter Personen. 348. Korporative Elemente des landrechtlichen Gesellschaftsvertrags. Entwickelung zur Korporation bei der offenen Handelsgesellschaft. 349. Kommanditgesellschaft. Aktiengesellschaft. 350. Aktienkommanditgesellschaft. Andere Genossenschaften. 351. Stellung der landrechtlichen einfachen Erwerbsgesellschaft zur Societät des röm. Rechts. Allgemeine und besondere Erwerbsgesellschaft. 351. Gemeinschaftlicher Fonds quoad sortem, quoad usum. 352. Gemeinsch. Fonds des Landrechts. 353. Form der Errichtung der allgemeinen Erwerbsgesellschaft. 354. Der besonderen. Communio incidens bei Formlosigkeit. 355. II. Rechte und Pflichten der Mitglieder unter einander. Gleichartigkeit derselben für Alle.

Seite

356. 1. Bildung des gemeinschaftlichen Fonds durch Einlagen und Beiträge. 357. Nachmalige Erhöhung der Einschüsse. 358. 2. Betheiligung am Geschäftsbetrieb. 358. Vollmacht der Einzelnen. 359. Pflicht zum Schadensersatz aus Versehen. 360. 3. Rechnungslegung. 360. 4. Antheil am Gewinn. 361. Cession, Pfändung des Gewinnantheils. 362. 5. Antheil am Verlust. 363. III. Rechte und Pflichten der Gesellschafter gegen Dritte. Haftung der einzelnen. 365. IV. Beendigung. Allgemeine Gründe. Insbesondere Austritt einzelner Sozien. 366. Wirkung der Kündigung 367. Ausschluß. 368. Konkurs des einzelnen Gesellschafters. 369. Tod. 370. Trennung (Liquidation) der Gesellschaft. 371.

D. Verträge zum Zweck der Sicherung von Rechten.

§. 144. I. Der Bürgschaftsvertrag 372

Sicherung von Forderungen durch Pfandbestellung. Obligatorische Rechtsverhältnisse daraus. Sicherung durch Bürgschaft. 372. Wesen und Fälle der Intercession. 373. I. Wesen der Bürgschaft. Zweck derselben. Dem Wesen nach Intercession. 374. und accessorisch. Regelmäßig subsidiarisch. Keine Korrealhaftung. II. Abschluß. Persönliche Fähigkeit. Form der Vertragserklärung des Bürgen. 375; des Gläubigers. 376. Selbstschuldnerischer Bürge. 377. Existenz einer Hauptschuld. 377. Bürgschaft für Vertragsschulden eines Unfähigen. 378. III. Rechtsverhältniß des Bürgen zum Gläubiger. Inhalt der Obligation Haftung für eine fremde Schuld. Unterschied vom Garantievertrage. Fälle desselben. 378. Umfang der Bürgschaftsschuld. Keine andere Verbindlichkeit. 379. Keine erschwerte Verbindlichkeit. Auslegungsregeln. 380. Bürgschaft als Mittel zur Sicherheitsleistung. Annehmbarer Bürge. Nachbürge. Mitbürgen. 381. IV. Bürgschaftsklage. Begründung. Rechtswohlthat der Vorausklage. 382. Nothwendigkeit derselben durch die Klage zu begegnen. Feststellung des Unvermögens des Hauptschuldners. 383. Fälle des Wegfalls der Vorausklage. 384. Einreden des Bürgen aus der Bürgschaft, Ablauf des Termins, bis zu welchem die Bürgschaft übernommen ist. Schuldhaftes Verhalten des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. 385. Anspruch des Bürgen auf Entlassung aus der fälligen Schuld. Keine exceptio divisionis. 386. Einreden aus der Hauptschuld. Heranziehung des Bürgen in den gegen den Hauptschuldner anhängigen Prozeß durch den Gläubiger. 387. Einrede aus dem Verhältniß des Hauptschuldners. Einrede der Verjährung. Haftung des Akkordbürgen im Konkursverfahren. Rechte auf Befreiung und Entlassung. 388. Vererblichkeit. V. Rechtsverhältniß zw. Bürgen und Hauptschuldner. Klageabtretung. Eintritts in das Recht des Gläubigers. 389. Recht des Bürgen auf Ersatz des ihm erwachsenden Schadens. 390. Vertheidigung des Schuldners gegen die auf den Bürgen übergegangene Klage. Bei versäumter Einholung der Einwilligung zur Zahlung; bei versäumter Streitverkündigung. Einrede und Verjährung gegenüber dem zahlenden Bürgen. Klagerecht des Bürgen gegen den Schuldner auf Befreiung. 390. Kündigungsrecht. Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners. 392. Prämie oder Recht des Bürgen auf Vergütigung. 393. VI. Besondere Arten der Bürgschaft des Auftraggebers. Rückbürge. Nachbürge. VII. Beendigung der Bürgschaft. 393. VIII. Kreditmandat. Kreditgeben auf Gefahr des Auftraggebers 397. Kreditgeben auf Rechnung desselben. 395. Empfehlung wider besseres Wissen. 396. Anhang zu §. 144. Bürgschaft der Frauen, die älteren antiquirten Vorschriften darüber. 397. Bürgschaft der Ehefrauen. Schuldscheine, die von Mann und Frau ausgestellt sind. Verpflichtungen und Entsagungen der Ehefrauen für ihre Ehemänner. 399.

II. Versicherungsvertrag.

§. 145. Versicherung gegen Gefahr an Sachen 400

Begriff. 400. Geschichtliche Entwickelung. I. Allgemeine Grundsätze. Versicherung gegen Prämie. 401. Versicherung auf Gegenseitigkeit. Natur der Gesellschaft zur Vers. auf Gegenseitigkeit. 402. Versicherung geben. Ver-

Seite

sicherung nehmen. 403. Gegenstand. 404. Aleatorischer Charakter. Form. Einwirkung des Handelsgesetzbuchs. 405. Zweck Schadenersatz, nicht Bereicherung. 406. Ueberversicherung, Doppelversicherung. Ristorno. 407. Nach- und Rückversicherung. 408. Inhalt der Vertragsabreden. Bona fides dabei. 408 Verbindlichkeiten des Versicherten. Zahlung der Prämie. 409. Dieselbe ist Bringschuld. Andere Pflichten. 410. Leistung des Versicherers. Schadensvergütigung. Abschätzung des Schadens. 411. Selbstversicherung. Haftung des Versicherungsanspruchs für Hypotheken. 412. Cession und gesetzlicher Uebergang des Anspruchs. Aufhebung. Einseitiger Rücktritt. 413. Verjährung. Konkurs. 414. II. Besondere Fälle. Versicherung gegen Feuersgefahr. 415. Andere Fälle, besonders Versicherung in Kriegszeiten. 416.

§. 146. Versicherung der Person 416

Charakter der Personenversicherung. 417. Scheidung der Person des Versicherungsnehmers und des Versicherten. 417. Gegenstand. Lebensversicherung. 418. Eigenthümlichkeiten: keine Schätzung. Unmittelbares Klagerecht des vom Versicherungsnehmer verschieden Versicherten. 419. Rechtliche Konstruktion desselben. Widerruf der Zuweisung an den Versicherten. 420. Gelten bei nicht erfolgender Benennung eines Dritten die Erben als die Versicherten? 421. Uebertragbarkeit und Pfändbarkeit des Rechts aus der Versicherung. Inhaberpolizen. Besondere Regeln über Lebensversicherung. 422. Anzeigepflicht. Veränderte Gefahr. Ristorno. Versäumte Prämienzahlung. Fälligkeit der Versicherungssumme. 423. Versicherung gegen Freiheitsberaubung. Krankenversicherung der Arbeiter. 424. Zwang dazu. Leistung der Kosten. Unabtretbarkeit. Unpfändbarkeit. 425. Unfallversicherung. Sozialpolitische Aufgabe. Ausschluß des Anspruchs bei vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls. Berufsgenossenschaft. Vorstand. Schiedsgericht. 426. Gegenstand. Beiträge. Unübertragbarkeit. Unpfändbarkeit. Eintritt in Schadensansprüche. Besondere Regelung der letzteren. 427.

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

§. 147. Die Bereicherung 428

Niemand soll sich mit dem Schaden des Andern bereichern. 428. Umfang der Bedeutung dieses Satzes. Begriff der Bereicherung. 429. Anwendungsfälle. 430.

§. 148. Die nützliche Verwendung 430

Die actio de in rem verso im römischen Recht und ihre abweichende Gestaltung im neueren gemeinen Recht. 431. Das preuß. Recht. 432. Verwendung aus dem einen in das andere Vermögen. 433. Kennt das L.R. eine nützliche Verwendung, wenn das Verwendete einer Zwischenperson vertragsmäßig aus dem Vermögen des Klägers übertragen ist? 434. Verhältniß zur condictio sine causa des R.R. Voraussetzungen der Versionsklage. Leistung ohne Zahlungspflicht. 436, aber auch nicht donandi animo. 437. Wirkliche Verbesserung. Einwirkung nachmaligen Verlusts. 439. Verbesserung aus dem Vermögen. Kein animus obligandi. Zufällige Bereicherung. Bereicherungsklage des Wechselrechts. 439. Zweck der Klage. Ausgleichung. 440. Besonderheit bei der Verwendung in das Vermögen eines Unfähigen. Die Verwendungsklage gegen den Drittbesitzer. 441. Verjährung. 442.

§. 149. Die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag 442

Regelmäßig keine Einmischung in fremde Geschäfte zulässig. 442. Anspruch daraus. Billigkeit des Ausgleichs. 443, insbesondere bei Annahme des Vortheils der Geschäftsführung. 444. Voraussetzungen: ohne Auftrag und ohne Berechtigung oder Verpflichtung. Fremde Geschäfte. 445. Parallele

Seite

der Vollmacht, auch bezüglich der Personen. Absicht der Thätigkeit im Interesse des Andern. 446. Nicht Verpflichtungsabsicht. 447. Führung eigener Geschäfte, die für fremde, und fremder Geschäfte, die irrthümlich für eigene angesehen werden. 448. Gleichgiltig ob der Herr verhindert ist. Kenntniß des Herrn ohne erklärten Widerspruch wirkt Nothwendigkeit der Genehmigung. 449. Nützliches Geschäft. Nothwendigkeit und Vortheilhaftigkeit. 450. Unterschied beider Fälle. 451. Vereitelung des Erfolgs durch Zufall. 452. Verpflichtungen nicht zu gegenseitiger Leistung und Gegenleistung. Pflichten des Geschäftsführers 452, des Geschäftsherrn. 453. Verjährung des Anspruchs aus der Geschäftsbesorgung und des Entschädigungsanspruchs wegen unbefugter Einmischung. Nachträgliche Genehmigung. 454. Form derselben im Verhältniß zum Geschäftsführer. 455. Stellung des Geschäftsherrn zum Dritten. 456.

§. 150. Die Zurückforderungsrechte 457

I. Abgrenzung gegen andere Rückforderungen. 457. Wirksamkeit der Leistungen ohne Rücksicht auf den Rechtsbestand des Titels. 458. Ausgleich. Prinzip desselben. 459. Die allgemeinen Erfordernisse: Ein Gegebenes. 460. Der Mangel eines Grundes. 461. Gegenstand der Rückforderung. 462. Verjährung. 463. II. Die einzelnen Kondiktionsrechte: 1. Rückforderung wegen Nichtschuld. a. Leistung ohne Vorbehalt. 463. An sich rechtsbeständige Leistung. 464. b. Keine, auch nicht eine moralische Verbindlichkeit. 464. Verfrühte Zahlung und Zahlung einer noch bedingten Schuld. 466. c. Unberechtigter Vortheil des Empfängers. 466. d. Irrthum. 467. Beweis desselben. 468. e. Kläger. Inwiefern ein Anderer als der Zahlende? 469. f. Beklagter. 470. g. Gegenstand. 471. 2. Rückforderung wegen Nichteintritts des als künftig eintretend Vorausgesetzten. Bei zweiseitigen Verträgen Vertragsanspruch. 472. Im Uebrigen bei Nichteintritt des Vorausgesetzten durch Schuld des Empfängers, des Gebers, in Folge von Zufall. 473. 3. Rückforderung wegen nicht gerechtfertigten Empfangs. 473. Grundsatz.. Beispiele. Wucherliche Geschäfte 474. 4. Rückforderung des zu einem unehrbaren oder unerlaubten Zweck Gegebenen und des aus verbotenem Geschäft unerlaubt Empfangenen. Nur zu Gunsten des Fiskus. 475. Begriff des verbotenen Gewinns. 476.

Drittes Kapitel. Schuldverhältnisse aus rechtswidrigen Handlungen

§. 151. Verletzungen der Person 477

Im Allgemeinen. 477. 1. Tödtung. Abstufung der Ansprüche nach dem Grade der Schuld. 478. Haben die Ansprüche die Rechtsnatur der Alimentenforderung? 480. 2. Körperverletzung. Abstufungen. 481. Verstümmelung. Erschwerung der Heirath. Schmerzensgeld. 482. Haftung gewerblicher Unternehmer gegenüber den Arbeitern; Eisenbahnunternehmer. Reichs-Haftpflichtgesetz. 494. Einwirkung des Unfallversicherungsgesetzes. 485. 3. Ehrverletzung. 4. Freiheitsberaubung. 486.

§. 152. Die Vermögensbeschädigung 486

Abstrakter Charakter der Klage. 486. Kein Klagerecht zur Abwendung drohenden Schadens. 487.

§. 153. Der Nachdruck und andere Verletzungen immaterieller Rechte 487

Geschichtliches. Gesetzgebung. 488. Verlagsrecht des Landrechts. Urheberrecht. Insbesondere literarisches. Nachdruck. Objektiver Thatbestand. 489. Schriftwerk. Artistische Werke. Kasuistische Ausscheidungen. Plagiat. 490. Gleichstellung gewisser mündlicher Vorträge. Uebersetzungen. 491. Subjektive Voraussetzungen. Die Folgen. 491. Der Beschädigte. Zeitliche

Seite

Beschränkung des Anspruchs. 492. Nachbildung von Kunstwerken. Photographien, Muster und Modelle. 493. Patentrecht, Firmenrecht, gewerbliche Marken. 494.

§. 154. Die Beschädigung durch Amtshandlungen 494

Haftung der Beamten. Sofern dieselben Namens des Staatsgewalts zu handeln haben. 494. Gemeines Recht. Insbesondere die Richter. 495. Spedikatsklage. 496. Stellung bei Akten der der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit außerhalb der Judikatur. 497. Preußisches Recht nicht richterliche Thätigkeit. 498. Geringes oder mäßiges Versehen. 498. Subsidiäre Haftung. Konflikte. 499. Haftung für richterliche Thätigkeit. 499. Einzelne Fälle der Thätigkeit des Richters außer der Rechtsprechung. 501. Haftung von Beamtenkollegien. 502. Haftung der Beamtenkaution für die Beschädigungen der Beamten. 503.

Viertes Kapitel. Gesetzliche Schuldverhältnisse aus Zuständen.

§. 155. Uebersicht. Insbesondere Exhibitions-, Editions- und Manifestationspflicht 504

Verweisung der gesetzlichen Obligationen in andere Rechtsgebiete. 505. Exhibitionspflicht. Landrechtliche Vorschriften bezüglich derselben oder als Mittel der Vorbereitung anderweitiger Rechtsverfolgung. 505. Als selbständige Verbindlichkeit. Editionspflicht. 506. Manifestation. 507.

Zweites Buch.

Das Recht der Schuldverhältnisse.

Zweiter Theil.

Die einzelnen Schuldverhältnisse.

Die einzelnen Schuldverhältnisse.

§. 121. Systematische Ordnung.

Von den Entstehungsgründen der Obligation im Allgemeinen ist an anderer Stelle gehandelt[1]), und einzelne Schuldverhältnisse haben bereits 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[2]) und der Auslobung[3]). 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 zurückzugewährender Vermögensvortheil gelangt ist[4]). 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[5]). Auf dieselben wird im Anhang dieses Buchs ein zusammenfassender Blick geworfen werden[6]). 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[7]).

Das A.L.R. gruppirt die Verträge nach der Beziehung, die sie zum Eigenthum haben; zuerst diejenigen, welche einen Titel zum Erwerb des-

[1]) B. I. §. 70.
[2]) B. I. §. 64.
[3]) B. I. §. 71.
[4]) B. I. §. 114.
[5]) B. I. §. 70 a. E.
[6]) unten §. 155.
[7]) B. I. §§. 89, 90.

selben darbieten (I, 11.), sodann folgen 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, Miethe, 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 Dienstmiethe- 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 Gruppirung 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. Zweiseitige Verträge über ein Geben, Tausch, Kauf und Verwandtes [8]),
      b) über ein Geben oder Belassen zum Gebrauch:
         Leihvertrag, Miethe und Pacht, Darlehn;
   II. Verträge über ein Thun:
      Dienstmiethe und Werkverdingung.

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

C. Vertrag zur Begründung eines gemeinsamen Vermögensrechts der Kontrahenten:
   Gesellschaftsvertrag.

D. Verträge zum Zweck der Sicherung von Rechten:
   a) Bürgschaft,
   b) Versicherungsvertrag.

---

[8]) 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 demselben deshalb die ihm von Förster angewiesene Stellung belassen worden.

Erstes Kapitel. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

A. Verträge die auf Begründung von Vermögensrechten der Kontrahenten abzielen.

I. Verträge über ein Geben.

a. Ueber ein Geben zu Eigenthum.

§. 122. 1) Die Schenkung.

A.L.R. 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. — 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. 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. — Zachariä (Puchelt) IV. S. 195fg.

I. Stellung im Rechtssystem. Insofern man unter Schenkung jede unentgeltliche und freiwillige Zuwendung eines Vermögensvortheils versteht, kann dieselbe unter den mannigfachsten Geschäftsformen erfolgen, und es ist ebenso einseitig, sie bei der Lehre vom Erwerb des Eigenthums abzuhandeln, wozu die Institutionen des Justinian der Behandlung der Lehre zur Zeit der Entstehung[1]) des Landrechts das Vorbild gab, als sie den obligatorischen Verträgen anzureihen[2]). Der Erwerb des Eigenthums an einer Sache kann Zweck der Schenkung sein, ist es aber nicht immer, ein obligatorischer Vertrag ist sie nur in dem besonderen Fall des Schenkungsversprechens[3]). Hiernach wird die Schenkung von Puchta und Savigny in den allgemeinen Theil verwiesen[4]). Immerhin ist sie im Landrecht definirt: „Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Anderen das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet“[5]); und wenn auch diese Definition nicht völlig erschöpfend ist, so

[1]) J. II. 7. Höpfner, Kommentar §. 408.

[2]) 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 Gesammtbegriff der freigebigen Verfügungen (Art. 893—1100). Ansprüche aus freigebigen Verfügungen (unter Lebenden und von Todes wegen) faßt auch das Konkursrecht (K.O. §. 56 Nr. 4, preuß. K.O. §. 84 Nr. 3) zusammen.

[3]) Unger S. 197. 198c.

[4]) Puchta, Institutionen B. 2 §. 205. Pand. §. 68. Savigny B. 4 S. 3. Ihnen sind gefolgt Arndts, Vangerow, Sintenis, Unger (s. B. 2 S. 200).

[5]) I. 11. 1037. Oesterr. G.B. definirt 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 Anderen einen Vermögensgegenstand zuwendet. Vgl. auch C. civ. Art. 894.

sind doch einerseits die obligatorischen Beziehungen der Schenkung die rechtlich erheblichsten[6]), andererseits ist die Begriffsbestimmung insofern eine allgemeingiltige als sie die Willenseinigung des Geschenkgebers und Geschenknehmers für die Annahme des Schenkungsbegriffs auch bei den sofort erfüllten Schenkungen als wesentlich erkennen läßt[7]). Findet ohne Vertrag eine Freigebigkeit, z. B. animo donandi im Interesse eines Andern eine Leistung statt, die aber nicht diesem gegenüber erfolgt und nicht von ihm acceptirt wird, so kann von einer Schenkung im Sinne des Landrechts nicht die Rede sein.

II. Begriff[8]). Die Schenkung ist die vertragsmäßige Einigung über freiwillige und unentgeltliche Bereicherung des Vermögens einer Person durch Verminderung des Vermögens der anderen. Der Geber vermindert freiwillig sein Vermögen und wendet den Werth dieser Verminderung dem Vermögen des Beschenkten zu, welches um diesen Werth ohne Gegenleistung bereichert wird. In diesem Begriff liegen folgende Merkmale. Die Schenkung geschieht freiwillig[9]), der Geber muß zur Zuwendung rechtlich in keiner Weise verpflichtet gewesen sein oder irrthümlich sich für verpflichtet gehalten haben; gleichgiltig ist aber, ob das Motiv, was den Geber treibt, für ihn aus sittlichen oder anderen Gründen als zwingend erscheint[10]). — Sie geschieht unentgeltlich[11]); 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[12]), dieser muß um den

[6]) Die Stellung im System rechtfertigt sich danach a potiori. Ein Vertrag ist aber auch die Schenkung, welche keine Obligation begründen soll, ein auf Einigung beruhendes Geschäft.

[7]) Vgl. unten Anm. 34.

[8]) Savigny §§. 142. 143. Meyerfeld I. S. 1fg. Unger II. 189. Darüber, daß auch in §. 38 der Vormundschaftsordnung der gesetzliche Begriff der Schenkung vorausgesetzt wird, vgl. unten B. 4 §. 232 Anm. 7. — Der Begriff „unentgeltliche Verfügungen" Konk. Ordn. §. 25 ist nicht identisch mit Schenkungen, wenn auch diese als unentgeltliche Verfügungen hauptsächlich in Betracht kommen. Der Begriff ist aber ein weiterer.

[9]) l. 1 pr. l. 29 pr. D. XXXIX. 5. Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. Vgl. l. 28 de R. J. Meyerfeld I. S. 22f. Die donatio necessaria, die Leyser, med. sp. 434 erfunden, ist ein Widerspruch in sich selbst. Die in besonderen Fällen vom Gesetz gebotene Remission des Pachtzinses (A.L.R. I. 21. §. 299fg.) ist nicht Schenkung.

[10]) S. g. Liebespflichten, Freundschaft, Dankbarkeit und dergl. Ein Beispiel aus der Praxis Entsch. B. 13 S. 182. Rehbein II. 388.

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

[12]) Savigny S. 23fg. Sehr bestimmt ausgesprochen in der l. 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 S. 121. Man kann keine fremde Sache 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

Werth des Geschenks ärmer werden. 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[12]). 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[14]). 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[15]). — Die Schenkung ist eine Bereicherung des Vermögens des Empfängers[16]). 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[17]). Die

die er jene wiedererlangt. Das wissentliche Anerkennen einer Nichtschuld wird als Schenkung aufzufassen sein (l. 7 §. 2 D. XLI. 4 l. 9 pr. C. IV. 5, Glück B. 13 S. 397), dagegen nicht das Anerkennen einer wirklich bestehenden, aber nicht klagbaren Schuld, einer oblig. natur., nach Landrecht einer ohne die nothwendige Schriftform übernommenen Verbindlichkeit. §. 185 fg. I. 5. Seuffert B. 7 Nr. 174. Der Erlaß ist Schenkung auch dann, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist. l. 22. §. 3 l. 82 D. XXXV. 2. l. 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.

[12]) I. 11 § 1037 spricht nur von Sachen und Rechten, nicht von Handlungen. Deshalb war Förster mit Unger S. 192 Note 12 anderer Ansicht, die auch in die vorige Ausgabe übergegangen ist. Besonders klar tritt die Schenkung hervor, wenn Jemand einem Anderen mit dessen Zustimmung unentgeltlich eine Arbeit leistet oder zu leisten verspricht, die sonst zu seiner 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 hob gegen Dankwardt's (a. a. O. S. 48) Ausführung, daß die Produktivdienste an sich Güter, Werthe sind, wenn sie auch nicht als Bestandtheile des Vermögens gelten, hervor: 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, offenbar die Leistungspflicht eine Vermögensbelastung in Höhe der Lohnforderung ist.

[14]) l. 5 §. 13. D. XXIV. 1. l. 28 pr. D. de V. S. Savigny S. 29. A.L.R. §. 1039. d. T. Ueber dessen Verhältniß zu §. 393. I. 16 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 nächstberechtigte solle sich bereichern. Der Verzicht ist unwiderruflich, auch wenn diese Absicht nicht erreicht wird, weil auch der Zweite ausschlägt. Vgl. 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, könnte nur dann als Schenkung angesehen werden, wenn sie die Interpretation zuließe, das Erbrecht des A solle durch eine dem Erbschaftskauf analoge Schenkung auf B übertragen werden. Sonst wird B nicht aus dem Vermögen des A bereichert.

[15]) Vgl. oben B. I. § 18 und § 87 unter 6, insbesondere Anm. 47.

[16]) Savigny S. 52 f. l. 5 §. 8. 16. D. XXIV. 1.

[17]) l. 1 §. 19. D. XXXVIII. 5. l. 18. D. XLII. 8. l. 1 §. 1 l. 11. D. XX. 6. Unger S. 194. Sächs. G.B. §. 1051. Der Satz des Texts, insoweit 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

Bereicherung kann bestehen in der Uebertragung des Eigenthums an einer Sache, in der Einräumung eines dinglichen Rechts, in der Abtretung einer Forderung des Gebers an einen Dritten — dare — oder in der 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 übrigens ausdrücklich: „daß durch das Geschenk nicht unerlaubte Absichten befördert werden" [18]).

III. 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 [19]). Das donare steht in einem Gegensatz zum credere und solvere [20]). Die Absicht kann in einzelnen Fällen unausgedrückt, mithin nur aus den Umständen erkennbar sein. Dies trifft besonders ein, wenn durch Hingeben ohne vorangegangenes Versprechen geschenkt wird, ohne daß eine ausdrück-

---

bar 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 Akts einen bestimmten erkennbaren Werth haben, geschenkt werden können. Aber der die Sicherheit Bestellende oder Aufgebende leidet in Folge dessen nicht nothwendig wirthschaftlich 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.

[18]) Dann hat Fiskus das Recht der Rückforderung des wirklich Gegebenen I. 11 §§ 1070, 1071. Der Anh. §. 27 gab dem Fiskus das Recht, Schenkungen ausgetretener Kantonisten anzufechten; Koch, Kommentar (zu Anh. §. 27) und, ihm zustimmend Förster hielt das nach heutigem Recht für analog dahin anwendbar, daß Fiskus befugt ist, solche Schenkungen anzufechten, 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 Schmälerung gerichteten Absicht die Rede sein; dagegen besteht jetzt auf die möglicher Weise zu erkennende Geldstrafe noch kein Recht des Staats, von dessen Schmälerung geredet werden könnte. Abgesehen hiervon aber handelt es sich in Anh. §. 27 um eine Anfechtung des in fraudem creditoris Geschenkten; diese ist zur Zeit nur noch nach den reichsgesetzlichen Bestimmuugen zulässig. — Das zur Beförderung unerlaubter Absichten wirklich Gegebene kann der Fiskus vom Empfänger zurückfordern. §. 1071. d. T. — l. 27 §. 4 D. II. 14.

[19]) Savigny S. 77 fg.

[20]) Man pflegt in der heutigen Theorie die Vermögenszuwendungen auf die drei causae credendi, solvendi, 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 Gneist, 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. Erxleben, die condictiones I. S. 33. Unger S. 195 Note 25. Witte, in der krit. Vierteljahrschr. B. 6 S. 341, u. A. Beide An-

liche 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. Es bedarf daher nur für jene Fälle gesetzlicher Anhaltspunkte[21]), wie aus den Umständen auf die Absicht zu schließen sei, und das A.L.R. hat nicht unterlassen, solche Vorschriften für die Auslegung zu ertheilen. An die Spitze stellt es den Satz: „daß eine Sache als Geschenk gegeben worden, wird nicht vermuthet“[22]), und hieran schließt sich die Angabe einzelner Umstände, welche gegen jene Regel die Vermuthung begründen[23]). Natürlich kann die Vermuthung durch Gegenbeweis widerlegt werden; dieser richtet sich entweder darauf, daß Umstände vorliegen, welche die freigebige Absicht ausschließen[24]), oder darauf, daß bei dem Hingeben selbst eine die Schenkungsabsicht beseitigende Willensäußerung erfolgt, daß, wie das A.L.R. sich ausdrückt, „mit Vorbehalt“ gegeben worden ist[25]). Vermuthet wird die Absicht zu schenken, wenn der Geber gegen den Empfänger eine besondere sittliche Verpflichtung zur Wohlthätigkeit hat[26]). Dies trifft in der Regel zu bei Verwandten in auf- und absteigender Linie, bei Geschwistern, Eheleuten[27]). Aber von dem Eingreifen der Vermuthung kann nicht die Rede sein, wenn es sich nicht um ein Geben, ein zwischen dem Bereichernden und dem zu Bereichernden stattfindendes Rechtsgefühl, sondern um eine Leistung zu Gunsten des letztern handelt, die nicht den Einigung voraussetzenden Schenkungsvertrag ersetzen kann[28]). Auch dürfen die begleitenden Umstände nicht widersprechen[29]).

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

21) Koch, Kommentar Note zu §. 1040. d. T.

22) I. 11 §. 1040. Vgl. Seuffert IX. 288. Gruchot B. 13 S. 795.

23) §§. 1041—1045.

24) 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. 332 b.

25) §§ 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 Rechtsverhältniß Bestimmendes erklärt worden. Das Geben ohne Vorbehalt setzt eine positive Handlung voraus; daß man eine Zeit lang unterläßt, eine vertragsmäßige Forderung geltend zu machen, kann die Vermuthung der Schenkung nicht begründen. Striethorst B. 57 S. 222.

26) §. 1041. Hierzu Koch, im Kommentar. Eine Leistung auf Grund einer erzwingbaren Pflicht ist Zahlung, nicht Schenkung.

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

28) Entsch. B. 7 S. 88, Rehbein II. 391; Strieth. B. 6 S. 331, B. 44 S. 84, B. 57 S. 222.

29) Z. B. Schles. Arch. B. 4 S. 368. Entsch. B. 20 S. 288 (wenn der Empfänger Gläubiger war, vgl. aber Strieth. B. 73 S. 204), Arnsb. Arch. B. 5 S. 605 (be

Es soll die Absicht zu schenken auch angenommen werden, wenn man einem Armen etwas zum Unterhalt giebt, oder einer Armenanstalt und milden Stiftung etwas zuwendet, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein oder ausdrücklich jene Absicht auszuschließen[30]); endlich in Fällen, wo sich „gar keine andere Absicht des Gebenden denken läßt", wo also die Umstände die Annahme der Schenkungsabsicht rechtfertigen[31]). 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 Brautschatz von dem, der dem Empfänger gegenüber zur Ausstattung verpflichtet ist[32]). 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[33]).

Der Geschenkgeber muß vertragsfähig und über den Gegenstand zu verfügen berechtigt sein. Um für einen Anderen zu schenken, bedarf man spezieller Vollmacht. 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 Vermögensverwaltung „begründet" sein kann, erkennt die Vormundschaftsordnung §. 38 ausdrücklich an. Der Vormund ist darüber hinaus

---

fehlgeschlagener Erwartung der formlos zugesicherten Hofesfolge). Strieth. B. 60 S. 246.

30) §§ 1043. 1044. Ueber das „Ebenso" in §. 1043 s. Koch's Note zu diesem §. Rechtsfälle B. 4 S. 121. Entsch. B. 11 S. 410.

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

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

33) 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 Eheschließung wird „einem lästigen Vertrage gleichgeachtet". I. 11 §. 1048. Die Ehe darf nicht bloß die Veranlassung oder Gelegenheit zur Zuwendung gegeben haben (§. 1049); denn dann ist letztere eine einfache Schenkung. Vgl. noch das Präj. 765 Samml. I. S. 71. Den Ausdruck, „in rechtsgiltiger Form versprochen" deutet die Praxis dahin, daß ein nur schriftlich (nicht in gerichtlicher Form) ertheiltes Versprechen klagbar ist. Wenn ein wirklicher zweiseitiger Vertrag vorliegt, so macht die Leistung der Handlung (Eheschluß mit dem Dritten) auch das mündliche Versprechen klagbar. Vgl. Entsch. B. 12 S. 159. Striethorst B. 66 S. 159, B. 67 S. 70, B. 83 S. 308, B. 85 S. 290, B. 88 S. 332. R.G. bei Gruchot B. 25 S. 733.

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.L.R. für alle Schenkungen [34]), sie mögen durch Geben oder durch Versprechen geschehen. In der gemeinrechtlichen Theorie ist dieses Erforderniß namentlich von Savigny geleugnet worden [35]). Die ältere Doktrin zur Zeit der Redaktion hielt die Annahme für nöthig zur Vollendung der Schenkung [36]). Bei der bestimmten Vorschrift des A.L.R. ist diese Kontroverse für das preußische Recht interesselos; es muß übrigens die ältere Ansicht als mit den Zeugnissen des römischen Rechts und dem Wesen der Schenkung übereinstimmend behauptet werden [37]). Wie die Absicht zu schenken einer strengeren, so soll im Gegensatz die Absicht anzunehmen einer günstigeren Auslegung unterliegen. Die Annahme ist an keine Form gebunden [38]), 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 [39]). Die Annahme ist an die Person dessen gebunden, dem das Geschenk angeboten. Seine Erben haben wider den Willen des Gebers nicht das Recht anzunehmen [40]). 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 [41]). Dies hängt davon ab, ob der Tod des Versprechenden an sich den Rücktritt vom Vertrage motiviren würde, d. h. ob der Gegenstand der Schenkung eine Handlung war, die nur vom Erblasser persönlich geleistet werden konnte [42]). Im Uebrigen unterliegt die Annahme einer Schenkung, namentlich was die Zeit ihrer Erklärung betrifft, den allgemeinen Grundsätzen,

---

[34]) §. 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. Vgl. 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. 1 §. 75 A. 21. Vgl. Strieth. B. 81 S. 192.

[35]) Savigny S. 145 fg. Meyerfeld I. S. 34 fg. Dagegen Mühlenbruch II. S. 477, Vangerow I. S. 174, Windscheid II. § 365 Anm. 5.

[36]) 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. Vangerow I. §. 121 Nr. III. Arndts §. 80. Unger II. S. 195 f. Windscheid §. 365 Anm. 5.

[37]) l. 19 §. 2. D. XXXIX. 5. Non potest liberalitas nolenti acquiri. l. 69. D. de R. J. Invito beneficium non datur. l. 1 §. 6 D. XXXVIII. 5 in liberalitatibus, quas non admisit is, cui quis donatum voluit. Daß dies im römischen Rechtsbewußtsein gelegen, ergiebt sich auch aus Cic. Top. c. 8 in f. neque donationem sine acceptatione intelligi posse. Daß Niemand dem Andern wider seinen Willen schenken kann, auch nach deutschem Rechtsbewußtsein, s. Grimm, Rechtsalterthümer 1. A. S. 606. Seuffert B. 2 Nr. 45, B. 26 Nr. 129.

[38]) Vgl. I. §. 79. Anm. 21.

[39]) §. 1059.

[40]) §. 1061. Vgl. I. 5 § 107.

[41]) I. 5. §§ 90—108. I. 11 §. 1062. In dem letzteren ist statt „anzunehmen" zu lesen: „zurückzunehmen". Reskr. v. 29. Dezember 1837 (Jahrb. B. 50 S. 469).

[42]) I. 5. §§. 108. 416.

und nur von Willensunfähigen gilt noch die besondere, begünstigende Vorschrift, daß „jeder Dritte" zum Besten eines wegen Kindheit, Krankheit oder Geistesschwäche an der Annahmeerklärung Behinderten annehmen darf[43]).

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[44]). — 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[45]); 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[46]); bei Befreiungen durch die entsprechende Erklärung, welche dem Beschenkten eine an sich giltige, nicht schon durch Einreden zu beseitigende Schuld[47]) erläßt; wenn von seinem Vermögen eine Last genommen werden soll, durch Ausstellung einer Quittung über die nicht bezahlte Schuld, Zurückgabe oder Kassirung des Schuldscheins, durch Expromission, indem der Schenkende die Schuld des Beschenkten an einen Dritten übernimmt[48]).

Besonders hervorzuheben ist als Gegenstand ein ganzes Vermögen oder ein aliquoter Theil desselben[49]). Das A.L.R. erwähnt eine solche Schenkung nur beiläufig als möglich[50]); einzelne Regeln giebt es für sie nicht, und aus einer Aeußerung von Suarez[51]) geht hervor, daß die Redaktoren wenigstens zeitweise sie nur von Todeswegen als denkbar aufgefaßt haben. Bereits an anderer Stelle ist ausgeführt, daß in den Fällen,

---

[43]) I. 11 §. 1069. Striethorst B. 17 S. 184. Die Entsch. B. 47. S. 113 statuirt die Möglichkeit der Vertretung noch ungeborener in ihrer künftigen Existenz ungewisser Personen in der Annahme eines ihnen zugedachten Geschenkes durch jeden Dritten. Vgl. dagegen Gruchot B. 13. S. 817. In dem gedachten Fall war das Ergebniß des Obertribunals zu gewinnen, wenn die Schenkung als unter dem Modus erfolgt angenommen wurde, daß der Beschenkte später geborenen Geschwistern das Geschenk antheilsweise herausgeben sollte.

[44]) Mithin kann auch der Miteigenthümer seinem Miteigenthümer schenken, s. Koch, Komment. zu §. 1037 gegen die Entsch. im Arnsberger Archiv B. 8 S. 173.

[45]) Das geschieht dadurch, daß ein Gläubiger seinen Schuldner anweiset, 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 l. 4. §. 1. l. 21 §. 1. D. XXXIX. 5. A.L.R. I. 16. § 264.

[46]) Unger II. S. 198 fg.

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

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

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

[50]) §. 1087.

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

in denen bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden als Gegenstand das Vermögen, also der Inbegriff aller dem Verfügenden gehörenden Sachen und Rechte bezeichnet ist, selbst wenn zugleich die Uebernahme der Schulden bedungen sein sollte, nur eine Singularsuccession in alle unter dem Gesammtnamen zusammengefaßten Gegenstände eintreten kann[52]). 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. Geht daher einer solchen Schenkung ein Schenkungsversprechen voraus, so kann die daraus abgeleitete Erfüllungsklage sich immer nur auf Uebereignung der einzelnen Sachen und dinglichen Rechte, auf Cession der einzelnen Forderungen richten, und ehe nicht jedes einzelne Stück tradirt, jede einzelne Forderung cedirt worden, ist die Schenkung nicht vollzogen. Von dieser Auffassung weicht Koch ab[53]); er meint, das A.L.R. habe den Grundsatz, daß das Eigenthum eines geschenkten ganzen Vermögens schon durch den Vertrag übergehe. Ein solcher Grundsatz ist aber dem A.L.R. durchaus fremd[54]). Gegenüber dem unbedingt ausgesprochenen Satz: „zur Erwerbung des Eigenthums ist die Besitznehmung erfordert“[55]), einem Satze, welcher insoweit Geltung beansprucht, als nicht das Gesetz selbst ausdrücklich eine Ausnahme macht[56]), beruft sich Koch auf I. 11 §§. 474, 475: „durch Abschluß des Erbschaftskaufs (d. h. durch den Vertrag) geht das Eigenthum auf den Käufer über.“ Aber durch den Erbschaftskauf werden nicht die einzelnen Bestandtheile der Erbschaft, auch nicht diese als Inbegriff gedacht — es wird das Erbschaftsrecht[57]) veräußert, der Kauf eines Rechts ist Cession, eine körperliche Uebergabe dieses Rechts ist nicht möglich. — Unter ganzem Vermögen kann im Zweifel nur das gegenwärtige, nicht auch das zukünftige verstanden werden[58]). Es entscheidet die Auslegungsregel, daß für die

---

[52]) Oben B. I. § 22 Anm. 2. Entsch. B. 43 S. 128. Rehbein II. 393.

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

[54]) Oben B. 1 §. 23.

[55]) I. 9. §. 3.

[56]) Erbschaftserwerb I. 9. §. 367, der sogleich zu erwähnende Erbschaftskauf, Eigenthumserwerb an Grundstücken durch Auflassung nach dem Gesetz v. 5. Mai 1872 und andere Fälle.

[57]) I. 11. § 447.

[58]) Meyerfeld II. S. 5fg. Savigny S. 142. Unger S. 212. Entsch. B. 43 S. 128 erkennt die Möglichkeit eines Schenkungsversprechens bezüglich des künftigen Vermögens (des Vermögens nach seinem Stand am Todestage des Geschenkgebers) an; eine schon gegenwärtig wirksame Eigenthumsübertragung von erst künftigem 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 (vgl. Savigny S. 142, Sintenis I. 209) erörterte. Der Gegengrund, daß eine solche Schenkung die Testirfreiheit beschränke und ein versteckter 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 Moments 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.

mindere Verpflichtung zu deuten ist[59]). 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[60]), 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[61]). — Eine Erbschaft, die dem Geschenkgeber noch nicht angefallen ist, kann ebenso wenig wirksam verschenkt werden, wie sie verkauft werden kann[62]). Die Schenkung einer angefallenen Erbschaft[63]) wird, wenn das Erbrecht selbst oder eine Quote davon geschenkt sein soll, nach den Grundsätzen zu behandeln sein, welche das Landrecht für den Erbschaftskauf in diesem Fall aufstellt. Wenn der Inbegriff der Erbschaftssachen geschenkt ist, so kann dies nur als Schenkung eines quantitativen Theils des *eigenen* Vermögens aufgefaßt werden[64]). — Die einzige ausdrückliche Regel, die das A.L.R. über die Schenkung eines ganzen Vermögens enthält, ist die[65]): 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.

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[66]).

VI. Abgesehen von dem Klagerecht aus der Schenkungsobligation ist die Schenkung hauptsächlich aus drei Gründen Gegenstand *besonderer Regeln* geworden und eigentlich erst durch diese hat sie die Natur eines bestimmt individualisirten Rechtsinstituts erhalten, da sie ohne solche als freigebige Handlung nur ein Motiv ist, mithin dem Rechtsgebiet nicht angehören würde[67]).

G.B. § 944 läßt nur das ganze gegenwärtige Vermögen schenken, das künftige nur so weit, als das Geschenk nicht die Hälfte des Vermögens übersteigt. Vgl. Unger II. 212. Für nichtig erklärt das sächs. Ges.B. §. 1053 jede Schenkung des ganzen Vermögens, oder einer Quote desselben. Bez. des code civ. s. Art. 943, 947, 1084.

[59]) I. 5. §. 268.

[60]) l. 39 §. 1 de V. S. Es werden nur die Schulden z. B. der Schenkung abgezogen.

[61]) Oben B. I. §. 102. Anm. 18.

[62]) 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. l. 30. C. II. 30.

[63]) Gegensatz der §§. 448. 450.

[64]) *Förster* war auch hier anderer Ansicht.

[65]) I. 11. §. 1087.

[66]) §§. 1085. 1086.

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

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 giltig[68]). 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[69]). Nach neuestem[70]) römischen Recht muß eine Schenkung, deren Betrag 500 Solidi[71]) übersteigt, gerichtlich insinuirt werden. Bis zu diesem Betrage ist sie formfrei. Es ist gleichgiltig, ob die Schenkung durch Vertrag (Schenkungsversprechen) erfolgt, oder durch Uebergabe vollzogen wird. Auch im letzteren Fall muß insinuirt werden[72]). 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 belehren oder seine Rechtsgiltigkeit zu untersuchen[73]). Die Nichtbeachtung dieser Form wirkt Nichtigkeit der Schenkung, soweit sie jenen Betrag übersteigt. Bis zu demselben bleibt sie giltig[74]). Soweit die Schenkung nichtig ist, kann die Sache auch durch Ersitzung nicht erworben, sie kann kondizirt, auch gegen den dritten Besitzer vindizirt werden[75]). Welche Wirkung die Nichtigkeit der Schenkung

---

[68]) II. 1. §. 310. Ebenso österr. G.B. §. 1246. Wegen der erweiterten Anfechtbarkeit der unentgeltlichen Zuwendungen an Ehegatten zu Gunsten der Gläubiger vgl. Bd. I. §. 114 Anm. 45.

[69]) Savigny S. 194 fg. §§. 165—167.

[70]) 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, Cursus der Instit. §. 206. Das heutige röm. R. ruht auf l. 36 §. 3. C. XIII. 54 und §. 2. J. II, 7.

[71]) 500 Solidi nach Savigny S. 210 vgl. Seuffert XVIII. 32 = 1400 Thlr. angenommen, richtiger, wie von Francke im civ. Arch. B. 47 Nr. 18 dargelegt, = 2000 Gulden im 18 Gulbenfuß = 1555⅝ Thlr. oder 4666,66 M. Vgl. Seuff. 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 vgl. 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. steckt, §. 1056, bei 1000 Thlr. die Grenze.

[72]) Savigny S. 210 fg. Seuffert V, 165. VI, 39. VIII, 133. XVIII, 38, 40.

[73]) 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.

[74]) Savigny § 167 S. 217. 218. R.G. Entsch. B. 5 S. 135, B. 8 S. 144.

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

gegenüber dem Dritten im Obligationsverhältniß hat, falls durch Expromission oder Delegation geschenkt worden, ist streitig[76]).

Das A.L.R. bestimmt: „Schenkungsverträge sollen gerichtlich abgeschlossen werden“[77]). Hier, wie im römischen Recht ist die gerichtliche Form, Erklärung zu gerichtlichem Protokoll zur Beglaubigung, nicht zur Bestätigung[78]). 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 ergiebt die Aeußerung von Svarez bei der Schlußrevision[79]): „es ist als Vorbeugungsmittel angenommen, daß aus pactis de donando, wenn sie außergerichtlich geschlossen, auf Erfüllung nicht soll geklagt werden können. Es giebt Leute, die sich sehr bedenken, wenn sie nur etliche Louisd'or baar aus ihrem Beutel weggeben sollen, die es aber gar nichts kostet, ein Versprechen, das erst in der Zukunft erfüllt werden soll, auszustellen und zu unterschreiben.“

Durch die gerichtliche Form hat also nur das noch nicht erfüllte Schenkungsversprechen getroffen werden sollen[80]); die ausgeführte Schenkung fällt nicht darunter[81]). Daher kann, wenn eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe wirklich[82]) übergeben worden, das Geschenk nicht wegen mangelnder Form widerrufen werden[83]). Bei körperlich übergebenen unbeweglichen Sachen schließt das Landrecht die Rückforderung aus, wenn die justa causa der Uebergabe, der Titel, in schriftlicher Form erklärt worden. Dem außergerichtlichen

---

[76]) S. hierüber Savigny S. 587 fg., bes. S. 596 f. 599. Beilage X.

[77]) I. 11. §. 1063. Wirklich gerichtliche Form, vorgerichtliche 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.

[78]) Koch, R. d. F. III. S. 167 a. E. 168. Aber auch nicht bloßes Anerkennen der Unterschrift eines Schenkungsakts, sondern Erklärung desselben vor Gericht.

[79]) Jahrb. B. 41 S. 23 f.

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

[81]) Der Ausführung der Schenkung kann ein formell unverbindliches Schenkungsversprechen vorangegangen sein; die Ausführung erledigt dann das Schenkungsversprechen nach der obligatorischen Seite.

[82]) §. 1068. Die geschenkte Sache muß nach der herrschenden Auffassung in den Gewahrsam des Beschenkten oder eines von der Person des Tradenten verschiedenen Stellvertreters gekommen sein. Es muß zwischen Schenker und Beschenktem die zugesicherte Rechtsübertragung abgemacht sein. Bloß symbolische Uebergabe genügt nicht. Entsch. B. 62 S. 385. Striethorst B. 77 S. 190. Rehbein II. 398. R.G. bei Gruchot B. XXIV. S. 442. Auch beim constitutum possessorium wird dies von den früheren Auflagen und auch sonst angenommen, weil es noch eine Klage auf Erfüllung übrig lasse; es giebt aber zu Bedenken Anlaß, daß §. 1068 nur die von unbeweglichen Sachen handelnden §§. 1066, 1067 in Bezug nimmt, nicht den von der Uebergabe beweglicher Sachen redenden §. 1065. Eine durch formgerechtes Konstitut übergebene bewegliche Sache ist im Eigenthum des Geschenknehmers; er vindizirt 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 scheint sich Dernburg II. §. 162 Anm. 11 jetzt anzuschließen; wenigstens sagt er, die br. m. traditio werde „meist“ den Effekt haben, dem Schenker die körperliche Herrschaft über die Sache zu nehmen.

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

schriftlichen Vertrag wird insofern die Kraft einer verbindlichen Publikation beigelegt[84]). 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[85]). Ist aber das Grundstück nicht aufgelassen, sondern nur übergeben, so läßt sich zwar ausführen, daß die Uebergabe, da durch dieselbe der Eigenthumsübergang nicht mehr perfizirt wird, die alte Bedeutung nicht mehr haben sollte; das Gesetz hat aber diese Folgerung nicht gezogen, und es rechtfertigt sich deshalb nicht, der landrechtlichen Bestimmung, welche nicht die Uebergabe allein für hinreichend erklärt, um den Beschenkten zu sichern, sondern eine obligationsrechtliche Einwirkung der Schriftform für den Fall des Hinzukommens der Uebergabe regelt, die dauernde Geltung zu versagen. Noch jetzt wird 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 selbst, der Uebergabe körperlicher Sachen analog, die Schenkung vollzieht, nicht erst eine Erfüllung für die Zukunft verheißt[86]). Schenkweise Einräumung eines dinglichen Rechts, in dessen Besitz und Genuß der Beschenkte gesetzt wird, muß

---

[84]) §§. 1066. 1067. Vergl. §. 135 I. 5 und Koch's Note hierzu. Entsch. B. 1 S. 363.

[85]) E Erwgef. v. 5. Mai 1872. Dernburg B. II §. 162. Anm. 13. 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.

[86]) Entsch. B. 51 S. 121. Die Cession muß aber an sich rechtsgiltig ausgeführt sein, d. h. es muß die Abtretung verbriefter Forderung schriftlich erfolgt sein. Auch ist regelmäßig nothwendig, daß die schriftliche Cession dem dadurch Beschenkten eingehändigt, nicht etwa in der Hand des Geschenkgebers geblieben ist: aber auch letzteres muß genügen, wenn Beschenkter 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. 192c. B. 43. S. 268b. Boots in der Arnsb. jurist. Monatsschr. I. 321. Aushändigung der Schuldurkunde und, bei Abtretung hypothekarischer Forderungen, notarielle Beglaubigung waren in der früheren Ausgabe zu Unrecht erfordert. Sie gehören nicht zur Perfektion der Abtretung. Vgl. 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. 269c.). Unter der Voraussetzung, daß der Beschenkte wirklich in die Lage gebracht ist, bei der Delegation über die geschenkte Forderung wie über seine eigene zu verfügen, d h. gegen den Delegaten zu klagen, oder bei der Expromission und dem Erlaß durch die Befreiung von seiner Schuld eine Vermögensvermehrung erhalten zu haben, d. h. er muß bei der Expromission eine Einrede gegen den Gläubiger, bei dem Erlaß eine Einrede gegen den Schenkenden gebrauchen können. Der beschenkte Delegatar hat also auch das Recht, die etwaige Schuldurkunde zu beanspruchen. — Daß die Schenkung eines Sparkassenbuchs über mehr als 150 M. nicht durch dessen Uebergabe vollzogen werde, sondern schriftliche Cession der Forderung an die Sparkasse verlange, ist ausgeführt bei Gruchot II. 426. VI. 403. So auch Striethorst B. 65 S. 78, B. 89 S. 111. Dabei ist aber zu beachten: Wenn A. dem B. das Sparkassenbuch schenkungsweise übergeben, und B. es in Gemäßheit der ihm ertheilten Ermächtigung realisirt hat, so wird A. den ausgezahlten Betrag von B. nicht kondiziren können. Strieth. B. 89 S. 111, B. 97 S. 237, Rehbein II. 404. Vgl. auch Lehmann bei Gruchot B. XII. S. 840. Förster nahm

ebenfalls ohne gerichtlichen Vertrag als wirksam angesehen werden[87]). 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[88]).

Nun hat zwar das A.L.R. noch die Vorschrift, daß der Schenkende bei gerichtlicher Abschließung des Vertrages ausdrücklich zu versichern habe, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteige, daß ihm dabei das Gesetz nebst den Folgen seiner Angabe deutlich ausgelegt werden, und wie dieses geschehen, in dem Protokoll ausdrücklich bemerkt werden soll[89]). Diese Bestimmung findet sich aber nicht, wo von der Form des Schenkungsvertrages die Rede ist, sondern bei der Regelung des Widerrufs der Schenkung wegen Uebermaßes. Danach besteht jetzt, abweichend von einer durch Koch[90]) 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 dieselbe, weil der Verzicht auf den Widerruf wegen Uebermaßes nur in der gerichtlichen Form wirksam ist, erst gesichert, wenn der Zeitablauf von drei Jahren das Widerrufsrecht beseitigt hat[91]).

Wie bereits oben erwähnt, kann die Annahme der Schenkung in jeder

---

im Anschluß an v. Krawel 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 an ihn ohne Legitimationsprüfung zu zahlen.

[87]) 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. Schenkweise Einräumung einer Grundgerechtigkeit erfordert als Modus die Schriftform. In R.G. Entsch. B. 2 S. 4 wird auch in der schenkweise 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 simulate eine Schuldurkunde 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 jedenfalls unverbindlich. Eine Hinüberziehung der Bähr'schen Ansicht (Anerkennung S. 287), daß solchen Falls eine abstrakte Schuld konstituirt werde, ist für das preußische Recht jedenfalls abzulehnen.

[88]) §. 1069. I. 11. Ueber die Nachwirkung deutschrechtlicher Ideen bei der Klage auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens s. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. 1869 S. 150.

[89]) §§. 1094. 1095.

[90]) Koch, Komm. Note zu §. 1094. R. d. F. S. 168 f. 213 oben. Vgl. hierüber Svarez, Jahrb. B. 41 S. 29 f.

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

Form erfolgen. Ein gerichtlicher Vertrag[92]) 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[93]), 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 bekannt und die Urkunde dem Promissar eingehändigt hat.

B. Der Widerruf einer Schenkung ist die zweite Besonderheit dieses Rechtsgeschäfts[94]); sie trifft nicht nur das Schenkungsversprechen, sondern ebenso die schon vollzogene Schenkung. Der Widerruf ist eine Ausnahme von dem Rechtssatz, daß giltig errichtete Geschäfte unwiderruflich sind[95]); 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[96]), ebenso von der Aufhebung, welche zwar auch ein giltiges, aber ein noch nicht erfülltes Geschäft betrifft, regelmäßig aber nicht in der Weise, daß der Verpflichtete sich einseitig und willkürlich seiner Verpflichtung entzieht[97]). Verwandter ist er mit den Rückforderungsrechten (den Kondiktionen, die wegen mangelnden Rechtsgrundes gegeben sind), insofern mit dem Widerruf der Grund zum Haben des Geschenks wegfällt[98]). 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, Pflichttheilserben — aus ihrem Rechte die Schenkung anfechten, beruht auf durch aus 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[99]), der letztere hat dann durch Justinian[100]), der erstere durch

[92]) I. 11. §. 1063.
[93]) § 185. I. 5. Vgl. B. I. § 75 Anm. 21.
[94]) Savigny S. 214 f. §§. 168. 169. Koch, R. d. F. S. 174 fg. Unger S. 212 fg. Pollack a. a. O. Der Aufsatz von Mamroth bei Gruchot B. 30 S. 583 hat nicht mehr benutzt werden können.
[95]) Grundsätzlich ist die Unwiderruflichkeit auch für die Schenkung anerkannt in § 1089. d. T. Vergl. österr. Ges.B. § 946.
[96]) Oben B. 1 §. 41 §. 87 im Eingang.
[97]) Oben B. 1 §. 87 Savigny S. 226.
[98]) Savigny S. 225.
[99]) Savigny S. 228. 229 f.
[100]) l. 10. C. VIII. 56.

die gemeinrechtliche Praxis[101]) 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.L.R. anders. Die gerichtliche Form hat zur Höhe des Geschenks keine Beziehung, sie soll nur das Schenkungsversprechen klagbar machen. Deshalb war, um übermäßige Schenkungen zu verhüten, folgerecht, daß man einen besonderen Widerrufsgrund aufstellte. Damit erschöpften sich aber die Fälle des eigentlichen Widerrufs, soweit solcher dem Geber selbst zusteht, und wenn das A.L.R. unter diese noch die spätere Verarmung des Gebers zählt[102]), so giebt es doch bei solcher dem Schenkenden nur ein Recht auf Unterhalt, welches sich wesentlich vom Widerruf unterscheidet.

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

1. Ohne besonderen Grund für die Willensänderung kann der Geber jede außergerichtliche Schenkung, also jede ohne gerichtliches Schenkungsversprechen durch Uebergabe vollzogene, innerhalb sechs Monate seit der Uebergabe widerrufen[103]). Dies ist eine dem preußischen Recht ganz eigenthümliche Bestimmung, die das Korrektiv gegen die Formlosigkeit der Schenkungen durch Uebergabe bilden soll. Außer der Zeitgrenze hat die Willkür des Gebers hier keine Schranken. Aber eben darum weil dieser Widerruf allein aus der Willensänderung des Schenkenden hervorgeht, keiner besonderen objektiven oder thatsächlichen Gründe bedarf, ist es der Natur der Sache widersprechend und ein 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[104]).

[101]) 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.

[102]) I. 11 §. 1123fg.

[103]) §. 1090. Widerruf durch einen Dritten im Auftrag des Schenkenden verlangt überzeugenden Nachweis des Auftrags dem Beschenkten gegenüber. Strieth.B. 65 S. 122.

[104]) Präj. 1554. Entsch. B. 11 S. 256. B. 66 S. 46. Rehbein II. S. 407, Strieth. B. 93 S. 157, B. 100 S. 112, R.G. bei Gruchot B. 26. S. 971, R.G. Entsch. B. 12 S. 289 zeigen, daß die Praxis an der entgegengesetzten Ansicht festhält und das Revokationsrecht 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 geschehen, 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 (Kondiktion) für ihn als eine vererbliche begründet. — Konsequenz

Mit Ablauf der sechs Monate erlischt dieses willkürliche Widerrufsrecht. Weil dasselbe nicht die Bedeutung der Anfechtung einer ungiltigen Schenkung hat, so wird man dem Schenkenden auch nach sechs Monaten die Anfechtung aus allgemeinen gesetzlichen Gründen z. B. wegen wesentlichen Irrthums nicht versagen dürfen[105]). Als Schenkung durch „Uebergabe" sind alle diejenigen Schenkungen anzusehen, welche im Sinne der obigen Ausführungen durch die in's Werk gesetzte Zuwendung des Vermögensvortheils 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[106]). 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[107]). 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 die Feststellung seines Verhältnisses zum Ganzen an, und dies kann oft eine sehr schwierige und zweifelhafte Berechnung nöthig machen, namentlich wenn das Geschenk in fortlaufenden, zu bestimmten Zeiten

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 Richtigkeit derselben.

[105]) Das hat jedoch das O.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 O.Trib. deduzirt ohne weitere Ausführung, §. 150 passe nicht, es müsse §. 1090 f. I. 11 oder §. 166 f. I. 16 zur Anwendung kommen. Der §. 150. I. 4, welcher auf freigebige Willenserklärungen sich bezieht, macht aber keinen Unterschied zwischen Schenkungen, Zahlungen und anderen freigebigen Zuwendungen. Es ist auch in der That kein Grund zu finden, weßhalb eine Schenkung nicht als „unkräftig", d. h. als ungiltig angefochten werden soll, weil der Widerruf aus §. 1090 nicht mehr statthaft ist.

[106]) I. 11 §§. 1091—1112. Koch, R. d. F. III. S. 197.

[107]) §§. 1097. 1098.

sich wiederholenden Zuwendungen besteht, oder wenn dieselbe Person zu gleicher Zeit und durch denselben Akt mehreren Personen schenkt. Das A.L.R. hat nicht unterlassen, solche Fälle kasuistisch zu behandeln[108]). 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 ruft eine Belehrung des Richters hervor, welche darin besteht, daß er dem Geber das Gesetz und die Folgen seiner Angabe erklärt, d. h. daß er ihm klar macht, daß nach einer solchen Angabe das Geschenk wegen Uebermaßes nicht mehr widerrufen werden darf — es sei denn, wenn er nachweisen könne, daß er irrthümlich ohne grobes Versehen sein Vermögen für größer gehalten habe[109]). Jene Erklärung des Gebers und diese Belehrung des Richters muß ausdrücklich im Protokoll, und zwar so, wie sie geschehen, vermerkt werden[110]). Nur wenn dies beobachtet, ist der Widerruf wegen Uebermaßes ausgeschlossen. Aber es ist zu bemerken: der Geber ist nicht verpflichtet zu jener Erklärung, und die Belehrung des Richters wird erst nöthig, wenn jener freiwillig diese Erklärung abgegeben 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[111]).

b. Grober Undank[112]). Wenn der Empfänger[113]) den Geber[114]) vorsätzlich oder aus grobem Versehen getödtet, verwundet, geschlagen, oder sonst dessen Leben und Gesundheit gefährdet, wenn er ihm eine schwere Ehrenkränkung[115]) zugefügt, wenn er boshaft oder aus unerlaubtem Eigennutz sein

---

[108]) S. I. 11. §§. 1099–1111. Die Erörterung dieser §§. hat wissenschaftlich kein Interesse. Koch, R. d. F. III. S. 198f. Ueber §. 1106. vergl. Entsch. B. 61 S. 54. Im röm. R. werden diese Fragen erörtert, um die Nothwendigkeit der Insinuation festzustellen. Seuffert B. 8 Nr. 131. 285. B. 1 S. 308. Holzschuher, 3. A. IV. S. 480fg. 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, sondern es solle nur untersucht werden, ob Verschwendung vorliege; also Leichtsinn, 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 erfolgen kann.

[109]) §§. 1094—1096.

[110]) §. 1095.

[111]) §. 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 vgl. Anm. 138.

[112]) I. 11. §§. 1151–1161. l. 10 C. VIII. 56. Koch, R. d. F. III. S. 178. Savigny S. 230. Unger S. 213. Nach österr. Gesetzbuch §. 948 entscheidet, ob die Handlung des Beschenkten von Amtswegen oder nach Verlangen des Gebers nach dem Strafgesetz verfolgt werden kann. Sächs. G.B. §. 1059.

[113]) Der Undank seiner Erben begründet den Widerruf nicht.

[114]) Die Undankbarkeit muß sich gegen den Geber selbst richten.

[115]) Das Reichs-Strafgesetz (auch schon das preußische von 1851) hat die Eintheilung der Ehrenkränkungen des II. 29 A.L.R. nicht aufgenommen. Der Richter hat nach der auch von Dernburg II. §. 164 Anm. 20 angenommenen Ausführung Förster's

Vermögen beschädigt hat oder hat beschädigen wollen, und der Nachtheil nur zufällig nicht eingetreten ist[116]), 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[117]). Der Erbe des Gebers hat, wenn dieser durch den Empfänger sein Leben oder den Gebrauch seiner Verstandeskräfte verloren hat, das Recht des Widerrufs aus der Person des Erblassers auszuüben, indem, wie sich Koch richtig ausdrückt, die Willensänderung des letzteren fingirt wird[118]). Sonst ist an sich auch hier dieses Recht nicht vererblich, wenn nicht schon der Erblasser seinen Willen, das Geschenk zu widerrufen, erklärt hat, es sich also nur um eine Ausführung des bereits begonnenen Widerrufs handelt[119]). 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[120]). Dies muß vom Erben bewiesen werden[121]). Korporationen können nicht undankbar sein, daher ist ein ihnen zugewendetes Geschenk aus diesem Grunde nicht widerruflich, aber der Schenkende soll doch berechtigt sein, diejenigen Mitglieder der Korporation, von denen er beleidigt worden, von den Vortheilen des Geschenks auszuschließen[122]).

c. Nachgeborene Kinder[123]). Ein Widerruf aus diesem Grunde darf nur gegen ein Schenkungsversprechen, nicht gegen eine durch Uebergabe vollzogene Schenkung gerichtet werden[124]); er ist ausgeschlossen, wenn der

---

im einzelnen Fall zu ermessen, ob die Beleidigung eine schwere ist. Nach Ansicht des Herausgebers ist diese Ansicht nicht durch den Wegfall der strafgesetzlichen 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 speziellen 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.

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

117) I. 11. §. 1156.

118) §. 1157. Koch, R. d. F. III. S. 181 c.

119) §. 1158. Grundsätzlich stimmt das A.L.R. mit dem röm. R. l. 7. 10 C. VIII. 56. Koch, R. d. F. III. S. 179. Anders nach österr. R. §. 949, welches die Widerrufsklage aktiv und passiv vererblich erklärt. Das sächs. Ges.B. §. 1060. 61 stimmt mit dem preußischen Recht.

120) I. 11. §. 1159.

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

122) §§. 1160. 1161.

123) §§. 1140—1150. Die neuere Theorie will im Widerspruch mit der herrschenden Praxis diesen Widerrufsgrund für das gemeine Recht verwerfen. Savigny S. 228. Oesterr. Ges.B. §. 954. verwirft diesen Widerruf.

124) §. 1142. Entsch. B. 38 S. 96. Striethorst B. 28 S. 251 c. In der gemeinrechtlichen Praxis (vgl. l. 6. C. VIII. 56) wurde die Schenkung durch nachgeborene Kinder als ipso jure aufgehoben angesehen, indem man annahm, die Schenkung sei

Geber zur Zeit des Versprechens schon Kinder hatte und deren Zahl in der Folge sich vermehrt, wenn das Geschenk einem Verwandten in aufsteigender Linie oder einem außer einer Ehe zur rechten Hand erzeugten Kinde zugewendet 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 widerrufen werden, aber war bei ihrem Tode der Widerruf bereits ausgeübt, so kehrt das Geschenk nicht an den Beschenkten zurück[125]). 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[126]).

3. Der Widerruf wird vom 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 Schenker 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 vom Empfänger zurückgefordert werden, was der Geber bereits giltig veräußert hat[127]). 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[128]). Er hat also nur die wirklich noch vorhandene Bereicherung herauszugeben, an die Stelle der veräußerten Sache tritt ihr gelöster Werth[129]). Der Beschenkte wird aber durch die ihm zu-

nur unter der Klausel rebus sic stantibus zugewendet. Von dieser Auffassung ist das A.L.R. frei, es nimmt hier einen eigentlichen Widerruf an.

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

[126]) Vergl. Entsch. B. 15 S. 175.

[127]) 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. Vgl. v. Bothmer im Arch. f. civ. Prax. B. 61 S. 345, Windscheid B. II. §. 424 Anm. 3. c. Ueber die Verwechselung der actio revocatoria mit der Anfechtung einer Schenkung als unkräftig, in Strieth. B. 21 S. 129 f. s. oben Note 104. — Sächs. G.B. §. 1061.

[128]) Savigny S. 239. Koch, R. d. F. III. S. 182.

[129]) 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.

gestellte gerichtliche Erklärung des Widerrufs, die nicht als ein besonderer Akt der Klage vorauszugehen braucht, aber ihr vorausgehen kann[130]), in die Lage gebracht, dem Widerrufenden gegenüber so zu haften, wie der unredliche Besitzer dem vindizirenden Eigenthümer haftet[131]); von diesem Zeitpunkt hat er also zu vertreten, was ein unredlicher Besitzer 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 Besitzer angesehen werden soll[132]). Er kann ja freilich in Wahrheit nicht unredlicher Besitzer sein, da er Eigenthümer der geschenkten Sache ist; es handelt sich also nur um eine an die Undankbarkeit sich knüpfende Erweiterung der Obligation[133]). Weder vor noch bei dem Schenkungsversprechen, auch nicht bei der Uebergabe besteht die rechtliche Möglichkeit für den Geber, seinem Recht zum Widerruf zu entsagen[134]), außer wegen Uebermaßes — wie oben dargestellt — bei dem gerichtlichen Vertragschluß[135]). Daß die Klage und Einrede nur unter der Voraussetzung vererbt wird, wenn der Erblasser seinen Willen zu widerrufen bereits erklärt hat, ist erwähnt, grundsätzlich ist also das Widerrufsrecht unvererblich[136]); gegen die Erben des Beschenkten gehen aber beide Rechtsmittel, wie gegen diesen selbst[137]). Die Widerrufsklage verjährt in 30 Jahren[138]); die Einrede gegen die Klage

---

Unger, S 215 f. Ueber den Beweis der „noch vorhandenen Bereicherung", wenn die Zuwendung in baarem Gelde bestanden, vergl. Entsch. B. 49 S. 106. Unten § 148. bei Note 17.

130) So hat die Praxis — vergl. Striethorst B. 9 S. 192, bes. S. 200, — den gerichtlichen Widerruf aufgefaßt, nicht einfach als gerichtliche Klage. Die bei Bornemann III. S. 389 mitgetheilte Aeußerung von Svarez führt, wie Koch zu § 1168 mit Recht annimmt, nicht zu einem andern Ergebniß, aber zwischen dem Widerruf und der von Dernburg als analog herangezogenen Protestation ist eine Analogie nicht zu erkennen. Gegenwärtig erfolgt die gerichtliche Erklärung nach §. 1 Abs. 3 des Ausf. Ges. z. C.P.O. v. 24. März 1879.

131) §. 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 Ausführung des Widerrufs fortsetzen kann.

132) §. 1167.

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

134) I. 11 §. 1162.

135) §§. 1163. 1094—1096.

136) 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 103; über gemeines R. Savigny S 231 a. E. f.

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

138) 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 Anm. 131 bezeichneten Wirkungen geknüpft.

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 aber ebenfalls unverjährbar, wenn in dieser Frist der Widerruf irgendwie erklärt ist[139]).

4. An die Lehre vom Widerruf knüpft zum Schluß das A.L.R. noch folgenden sehr allgemein gehaltenen Satz: „wenn der Geschenkgeber eine zum Geschenk versprochene aber noch nicht wirklich gegebene, bestimmte Sache vor der Uebergabe veräußert oder vernichtet, so ist dieses für einen stillschweigenden Widerruf des Schenkungsversprechens zu achten“[140]). 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[141]) angenommen werden, daß die Bestimmung 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.L.R. die Verarmung des Schenkenden auch unter die Widerrufsgründe aufgenommen[142]). 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[143]), 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

---

[139]) Vgl. B. 1 S. 242.
[140]) I. 11 §. 1168.
[141]) R. d. F. S. 209.
[142]) I. 11 §§. 1123—1128. Auch Oesterr. G.B. §. 947 sieht dies Recht als eine Ausnahme der Unwiderruflichkeit an.
[143]) In §. 1123 ist das Recht als eine Kompetenz bezeichnet, das ist es aber auch nicht. S. B. I. §. 113 N. 6, denn der Geber ist doch nicht ein Schuldner, dem sein Gläubiger etwas übrig lassen muß. Dagegen ist der Beschenkte Schuldner für die Entrichtung der 6 Prozent, und ihm ist insofern scheinbar die Kompetenzeinrede gegeben, als er in keinem Fall genöthigt ist, zur Entrichtung der 6 Prozent über den Betrag des Geschenks zu haften. So weit aber dieser Betrag reicht, darf er dem Geber nicht einwenden, daß er ihm und seiner Familie durch die Alimente den nöthigen Unterhalt entziehe, und insofern giebt auch dem Beschenkten §. 1124. d. T. keine eigentliche Kompetenz, wie Koch, im Kommentar, annimmt. Es kann auch nicht seiner Bemerkung im R. d. F. III. S. 208 beigestimmt werden, weil das Alimentationsrecht des Schenkers mit dem beneficium competentiae überhaupt nichts zu thun hat. Ebensowenig wie das Recht des Schenkenden auf die s. g. Kompetenz ist das Einrederecht des Beschenkten aus §. 1124. d. T. durch die Reichsprozeßgesetzgebung geändert. Vgl. oben Bd. I. §. 113 Anm. 5. — Unger S. 217 bezeichnet das Recht des verarmten Schenkers als „partiellen“ Widerruf.

Bereicherung dem Schenkenden zurückgiebt[144]). Unter mehreren Empfängern von Geschenken haftet der spätere vor dem früheren, letzterer nur aushilfsweise[145]).

VIII. Aus dem gerichtlichen Schenkungsversprechen erwächst dem Beschenkten eine Klage auf Erfüllung[146]), nicht eine Klage auf Gewährleistung, wenn letztere nicht ausdrücklich versprochen worden[147]). 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[148]) und von geschenktem Gelde hat er erst vom Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses Zögerungszinsen zu gewähren[149]). Der Verzug des Gebers hat also gegen ihn selbst nicht seine volle Wirkung. Werden dagegen seine Erben belangt, so sind sie „gleich anderen Schuldnern" zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet[150]); es wird bei ihnen auch anzunehmen sein, daß sie durch die Klageerhebung die Pflichten eines unredlichen Besitzers bei der Restitution überkommen[151]). Außerdem haftet der Schenkende für Arglist[152]), wenn er „wissentlich" eine fremde oder schädliche Sache geschenkt und den Empfänger nicht damit bekannt gemacht, nicht gewarnt hat; er hat dann den „dadurch entstehenden" Schaden zu ersetzen, worunter nur der wirkliche Schaden, nicht auch der entgangene Gewinn wird verstanden werden dürfen, weil bei Auslegung der Verpflichtungen aus freigebigen Rechtsgeschäften immer für das mindere Maß zu interpretiren ist[153]). Bereits in anderem Zusammen-

---

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

145) §. 1128.

146) I. 11 §. 1076.

147) §§. 1082. 1083. l. 18 §. 3 D. XXXIX. 5. l. 62 D. XXI. 1. Minderungs- und Wandelklage sind bei der Schenkung undenkbar. 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 evinzirt, so ist — wie gegen die früheren Auflagen anzuerkennen ist — in Wahrheit nicht erfüllt; auch hier ist die Interessenklage gegeben.

148) §§. 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.

149) §. 1079. d. T. l. 22 D. XXXIX. 5. Savigny S. 121. Nach gemeinrechtlicher Praxis (Kassel bei Heuser, Anm. I. 915) beginnen die Folgen des Verzugs mit der Insinuation der Klage. Seuffert V. 284. XVII. 220.

150) §. 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 die früheren Auflagen. Dernburg II. §. 163 Anm. 7 begründet denselben Satz unter der Annahme, daß Koch und Förster davon ausgingen, daß die Erben aus der mora des Schenkers ohne Weiteres Verzugszinsen zu zahlen haben.

151) Siehe oben B. I §. 51. Anm. 22.

152) §. 1084. l. 18 §. 3 D. XXXIX. 5. l. 62 D. XXI. 1. Oesterr. G.B. §. 945.

153) A. M. Dernburg II. §. 163 Anm. 9, weil die Haftung für dolus und culpa lata grundsätzlich weiter gehe: aber dieser Satz ist nicht ausnahmelos richtig, wie B. I Anm. 32 ff. §. 106 gezeigt worden, und unter dem „an seiner Person oder übri-

hange (§. 83 unter c.) ist erwähnt, daß der Ort der Erfüllung bei der Schenkungsobligation sich im Zweifel durch den Ort bestimmt, wo der Verpflichtete sich gerade aufhält[154]). 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 s. g. gemischten, der belohnenden, der belasteten und der s. g. wechselseitigen Schenkung. Diese Fälle sind hier unten näher besprochen. Besonderheiten treten noch hervor bei den Gelegenheitsgeschenken[155]), den innerhalb einer Verwaltung liegenden Geschenken[156]), den Brautgeschenken unter Verlobten[157]) und den Hochzeitsgeschenken[158]). Ein besonderes Merkmal tritt hinzu bei der unten zu behandelnden Schenkung auf den Todesfall.

a. Unter gemischter Schenkung (negotium cum donatione 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 vermiethen, zu hohem Preise kaufen oder miethen, gegen eine Valuta unter dem Nennwerth eine Forderung abtreten u. s. w.[159]). Im 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[160]), oder ob neben jenem die Schenkung auf den überschießenden Werth gelten soll, oder auch ob die Schenkungsabsicht fehlt, das Geschäft daher als entgeltliches zu beurtheilen ist[161]). Das A.L.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[162]).

b. Die belohnende Schenkung (d. remuneratoria)[163]) ist die Ver-

---

gem Vermögen entstehenden Schaden" läßt sich entgangener Gewinn nicht wohl begreifen.

154) I. 5 §. 249, nicht, wie Dernburg II. §. 103 S. 421 lehrt, wo er sich „gewöhnlich" aufhält.

155) Vgl. oben I. §. 114 Anm. 43, 44.

156) Vorm. Ordn. §. 38, unten B. IV. §. 232 Anm. 7; bei Schenkungen durch den gütergemeinschaftlichen Vermögen verwaltenden Mann tritt ein besonderes Rückforderungsrecht der Frau hervor. Unten B. IV. §. 209 Anm. 69.

157) Unten B. IV. §. 204 Anm. 19.

158) A.L.R. II. 1. §§. 172, 754, 776, unten B. IV. §. 208 Anm. 27.

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

160) Unger S. 220 a. E. (nummo uno vendere).

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

162) Seuffert VI. 38. XVIII. 136.

163) Koch, R. d. F. S. 213. Gruchot in s. Beitr. B. 7 S. 159. Meyerfeld I. S. 368.

geltung einer dem Geber zugewendeten löblichen Handlung oder eines ihm geleisteten[164]) wichtigen Dienstes. Zur Zeit der Redaktion des A.L.R. stritt man über die Natur einer solchen Schenkung[165]). Sie ist überhaupt eine Erfindung der deutschen Praktiker[166]). Nach römischem Recht ist sie als eine besondere Art der Schenkung nicht aufzufassen[167]), 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[168]). 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[169]). 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[170]). Dies führte nothwendig zu dem Bemühen, das eigentlich Charakteristische dieses Geschäfts, den geleisteten

---

Savigny S. 86. Unger S. 221. Harburger, Remuneratorische Schenkung 1875. A.L.R. §§. 1169—1177. d. T.

164) 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. d. T. Dresdn. Ann. IV. 285. Vgl. ferner über den Begriff der belohnenden Schenkung Entsch. B. 83 S. 11. Rehbein II. 419., auch Ges. Rev. XIV. 201.

165) Koch, R. d. F. S. 214 f. Komment. Note zu §. 1169.

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

167) 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 l. 5. D. XXXIX. 5. Seuffert I. 55.

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

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

170) Diese Ansicht vertreten Mynsinger, obs. IV. 75. Gail, obs. II. 38. 5. n. 6. obs. 39. 14. Carpzov, 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. controv. obs. 123. — Von den Neueren Schweppe, röm. Pr.R. §. 499. — Daß die remuneratorische Schenkung als reine Schenkung aufzufassen und den gesetzlichen Regeln derselben unterworfen sei, hat schon Giphanius (bei Meyerfeld S. 368 Note 2) behauptet. Ferner vertreten diese Ansicht Cocceji, jus contr. XXI. 2. qu. 6, Glück B. 10 S. 246, Meyerfeld, Marezoll, Kritz (Samml. v. Rechtsfällen B. 1 S. 1 f.), Savigny. Auch Bangerow 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 der Schenker Verzugszinsen entrichten müsse, ist streitig, die neuere Praxis ist aber dagegen. Seuffert B. 1 Nr. 55, B. 5 Nr. 281.

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[171]), und wenn nöthig — um gegen Widerruf zu sichern — vom Empfänger als wirklich geleistet bewiesen werden[172]). 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 wollten[173]).

Obwohl bei der Abfassung des A.L.R. die richtige römische Ansicht ihre Vertreter fand[174]), drangen diese doch nicht durch, man schloß sich an die damalige Praxis an: die Voraussetzung ist, daß irgend ein wichtiger Dienst geleistet[175]), und deshalb das Geschenk zugewendet worden ist; der Widerruf ist dann nur wegen Uebermaßes gestattet[176]); der Empfänger muß die löbliche Handlung oder den wichtigen Dienst beweisen, wenn ihm das Geschenk aus anderen Gründen streitig gemacht oder widerrufen werden soll[177]). Gelingt

[171]) 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 exprimatur, quibus meritis donator ad liberalitatem commotus sit. Leyser, spec. 436. m. 2. 3 und der von ihm citirte Stryk.

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

[173]) 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 R. 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, Meyerfeld 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.

[174]) S. Koch's Note zu §. 1169.

[175]) 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, immer aber einen derjenigen Fälle vorausgesetzt, 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 Rechtssätze anzuwenden, soweit nicht Besonderheiten geordnet sind. Auch bezüglich der Anfechtbarkeit gelten sie als „unentgeltliche" Verfügungen im Sinne des §. 25 Konk.O. §. 2 Nr. 3 u. 4 des Anf.G. vom 21. Juli 1879. Vgl. aus dem älteren Recht §. 102 N. 2 Preuß. K.O., Entsch. B. 62. S. 356. Striethorst B. 76 S. 87.

[176]) 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 Widerruf) aufführt, so schließt das „nur" des §. 1170 auch ein Recht auf Kompetenz des remuneratorisch Schenkenden aus.

[177]) §. 1171. 1172. Striethorst B. 51 S. 103.

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[178]). 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[179]). Eigenthümlich dem preußischen Recht ist die Bestimmung, daß Inoffiziosität der belohnenden Schenkung nicht der Grund zu einem Widerruf sein darf[180]). Die Klage aus dem belohnenden Schenkungsversprechen weicht nicht ab von der aus dem Versprechen einer einfachen Schenkung[181]).

c. Bei der belasteten Schenkung (d. sub modo)[182]) 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)[183]) zu erfüllen. Der Zweck kann zum Besten des Empfängers oder eines Dritten oder im Interesse des Gebers selbst[184]) bestimmt sein, er ist eine Beschränkung des Geschenks, welches sich um den Werth der für die Erfüllung des Zwecks nothwendigen Aufwendungen vermindert[185]). Soweit der Empfänger bereichert ist, reicht die Wirkung der Schenkung, d. h. es findet der Widerruf aus den gesetzlichen Gründen

---

[178]) §§. 1173. 1174. 1175. d. T. Gruchot S. 169.

[179]) Förster vertrat unter Berufung auf Gruchot S. 173 und Baron, Abhandlungen aus dem Gebiete des preuß. Rechts 1860 S. 84 sowie Unger a. a. O. 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 Kondiktion derselben stattfinde, eine eigentliche condictio ob causam, weil die Voraussetzung falsch 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.

[180]) Anh. §. 28 zu §. 1113. Hierüber das Nähere bei der Darstellung der s. g. donatio inofficiosa im Erbrecht. S. Koch, R. d. F. III. S. 217 fg.

[181]) 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.

[182]) §. 1048. §§. 1053—1057. d. T. Koch, R. d. F. III. S. 224. Meyerfeld I. §. 20 S. 412. Savigny S. 280. Unger S. 223.

[183]) Ueber Zweckbestimmung s. oben B. 1 §. 38. Seuffert V. 167.

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

[185]) 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 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.

statt[186]). Wird also aus solchen Gründen widerrufen, und ist der Zweck nicht zum Vortheil des Empfängers beigefügt worden, so muß ihm ersetzt werden, was er zur Erfüllung des Zwecks aufgewendet hat und zwar nach dem höchsten Werth[187]). War mit dem Zweck der Vortheil des Empfängers beabsichtigt, so kann er nur bei nicht verschuldetem Widerruf (also wegen Uebermaßes, wegen nachgeborener Kinder) für seine Aufwendungen Entschädigung beanspruchen[188]). Im zweifelhaften Fall und schlechthin, 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, soll „die belastete Schenkung den lästigen Verträgen gleichgeachtet werden[189]). Die früheren Ausgaben interpretiren 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 zu verstehen ist, jede ernstliche, die Annahme reiner Liberalität beschränkende Belastung zu Gunsten eines Dritten solle zur Folge haben, daß das Geschenk bezüglich der Widerruflichkeit als lästiger Vertrag behandelt werde[190]). 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[191]). — Eine bedingte Schenkung kann

[186]) I. 11 §. 1054. Savigny §. 154 Note m. und §. 175. l. 25. C. VIII. 54. Seuffert B. 1 Nr. 341. B. 5 Nr. 168.

[187]) §. 1055.

[188]) §§. 1056. 1057. Ueber die Schwierigkeit, unter Umständen eine solche Entschädigung zu berechnen, s. Koch, Note zu §. 1057.

[189]) Vgl. 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 gefolgert werden. Die Gleichachtung bezieht sich nur auf den Widerruf.

[190]) Vgl. auch R.G. bei Gruchot B. 25 S. 435.

[191]) Oben B. 1 §. 38. Nach gemeinem Recht nimmt man an, daß der Schenker auf Erfüllung des Modus mit einer a. praescr. 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 Klagerecht der Kontrahenten auf Erfüllung eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten, also von einem ganz anderen Fall. Zu I. 4. §. 155 behauptet dagegen Koch, daß nach § 158 I. 4 nur die Zurückforderung des Gegebenen zustehe — also

nur dann einen Zweifel über die Natur des Geschäfts erregen, wenn die Bedingung in einer Leistung oder Handlung des Beschenkten selbst besteht[192]). Dann wird sie wie die mit einem Endzweck belastete Schenkung und im Zweifel als lästiger Vertrag beurtheilt[193]). Auch hier giebt es anderen Falls keine Klage auf Erfüllung der Bedingung[194]).

d. Ohne Grund wird die wechselseitige Schenkung (d. reciproca)[195]) als eine besondere Art aufgeführt; jede der beiden Schenkungen ist selbständig, wenn sie auch in Beziehung auf die andere zugewendet oder versprochen worden ist. Das A.L.R. hat diesen richtigen Gesichtspunkt[196]) — 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[197]). 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 Vertragsinteresse, sondern in der Zurückgabe des empfangenen Geschenks besteht, daß also in jener Bestimmung der Rechtssatz 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 Kondiktion hat[198]).

e. Wichtiger ist die Schenkung auf den Todesfall (mortis causa d.)[199]). Der Tod des Schenkenden[200]) kann in verschiedener Art mit der

---

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.

192) Savigny S. 164f.

193) I. 11 §. 1053.

194) Oben B. 1 §. 36. Tritt die Bedingung nicht ein, so muß das schon vorher gegebene Geschenk zurückgegeben werden. Seuffert XI. 242.

195) Koch, R. d. F. S. 158. Meyerfeld I. S. 370. Savigny S. 92. Unger S. 222.

196) I. 11 §. 1051.

197) §. 1052. Koch's Note hierzu.

198) Vgl. Pollack S. 215. War bei der ersten Schenkung eine Gegenschenkung bedungen, so ist es velut genus quoddam permutationis. l. 25 §. 11 D. de H. P. Oesterr. G.B. §. 942.

199) 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. Proz. B. 2 S. 97f. Wiederhold, daselbst B. 15 S. 96f. Savigny B. 4 S. 239fg. Unger, österreich. Pr.R. B. 6 (Erbrecht) S. 322fg. — Unterholzner II. S. 499. Bangerow II. S. 656. Arndts S. 862fg. Sintenis III. S. 721. Keller S. 134.

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

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[201]). 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[202]). Sonst hat das Geschäft keine Besonderheit, auch ist die gerichtliche Form des Versprechens nothwendig. Oder zweitens, das Geschenk soll dem Bereicherten nur bis oder erst vom Tode des Gebers zugewendet werden: hier ist der Todestag die Zeitbestimmung[203]). 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[204]) zugewendet oder versprochen sein, daß der Beschenkte den Geber überlebt[205]), insbesondere wenn dieser einer bestimmten Todesgefahr erliegt. In diesem Fall wird eine Schenkung auf den Todesfall angenommen, welche wegen der Eigenthümlichkeit, daß ihre Perfektion durch den früheren Tod des Gebers bedingt ist, als ein besonderes Rechtsinstitut aufgefaßt wird. Die Römer sagen hier: der Schenker will die Sache lieber haben, als sie dem Beschenkten geben, letzterem sie aber lieber geben, als sie dem Erben hinterlassen[206]). Das ist eine vulgäre Anschauung (quare vulgo dicatur), kein Rechtsprinzip. Letzteres ergiebt sich aus dem Wesen der Bedingung. Bei schon vollzogener Schenkung äußert der frühere Tod des Beschenkten die Wirkung einer auflösen-

---

[201]) §. 1138. d. T. 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.

[202]) §. 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.

[203]) Als dies quando. S. oben B. 1 §. 37. Unger S. 332 Note 22. Seuffert XII. 31. XX. 34.

[204]) §. 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.

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

[206]) 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.

den Bedingung[207]), der Geber fordert den Gegenstand derselben von dem Erben des Beschenkten zurück. Das ist kein Widerruf im technischen Sinn[208]), obgleich das A.L.R. von „widerrufen“[209]) spricht. Vielmehr ist die Klage des Gebers gemeinrechtlich eine Vindikation oder eine Kondiktion[210]), 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 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 darin gesetzt wird, daß der Geber eine bestimmte, ihm bevorstehende Todesgefahr nicht überleben würde. Die 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 er 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[211]). Aber ein sehr dunkles Gesetz Justinian's[212]) 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 derselben sie befreite. Namentlich stritt man sich über die Form und darüber, ob solche Schenkungen wie letztwillige Verfügungen willkürlich widerruflich seien. Das A.L.R entzieht solchen Schen-

---

[207]) 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 Rechtssatz.

[208]) 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. Vgl. Entsch. B. 55 S. 38. Rehbein II. 421.

[209]) I. 11 §. 1137.

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

[211]) 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.

[212]) l. 4. C. VIII. 57.

kungen 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[213]). 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 Uebertragsakt vollzogenen Schenkungen, wenngleich das A.L.R. nur von dem Schenkungsvertrage spricht.

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[214]). Damit ist zunächst nichts weiter gesagt, als daß er wie ein solcher den persönlichen Anspruch an den Erben auf Erfüllung des Schenkungsversprechens hat[215]), 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 schon bei Lebzeiten des Erblassers die Sache bereits erhalten, ist streitig[216]). Der Erbe hat kein Widerrufsrecht. Das einzige Kriterium dieser eigentlichen Schenkung auf den Todesfall ist also, daß der Geber auf Grund eines ausdrücklichen, sonst formlosen[217])

---

[213]) §. 1135 vergl. mit §. 1134. d. T. 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 Geschnehmer nur die Rechte eines Legators; sie kann auch nicht unter Verletzung eines Erbvertrags rechtswirksam geschehen.

[214]) 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.

[215]) Nach §. 288 f. I. 12.

[216]) Verneint wurde die Frage von Förster in Uebereinstimmung mit Koch, Komm. Note zu §. 1135. d. T. J.M.Resk. v. 27. Novbr. 1840 (J.M.Bl. S. 397), bejahet von Dernburg 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 Dernburg'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 §. 366 f. 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.L.R.

[217]) 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 oben Note 138 f. Auch formlos nach gem. Recht. Savigny S. 244. Schröter S. 147.

Vorbehalts oder wenn eine bestimmte Lebensgefahr der Beweggrund der Schenkung war, nicht bloß aus den gesetzlichen Gründen (wegen Uebermaßes, Undankbarkeit, wegen nachgeborner 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[218]) der gerichtlichen, beziehungsweise als remuneratorische Schenkung der Schriftform, und jede solche Schenkung der Annahme[219]).

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 verwickeltste" Lehre des römischen Rechts, wie sie Svarez[220]) 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 wie ein Legat sei und eine solche Widerruflichkeit regelmäßig nur in Folge eines ausdrücklichen Vorbehalts zuließen[221]).

X. Das positive Recht[222]) 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, 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 Objektshöhe die Genehmigung erforderlich macht, auch von der ein für alle Mal bestimmten Verwaltungsbehörde ausgesprochen. Die Schenkung wird, wenn die Genehmigung ertheilt worden, als von Anfang an giltig betrachtet, so daß die gezogenen Nutzungen der Sache seit dem Tage der Schenkung mitzugeben sind[223]). Die Genehmigung kann auch auf einen Theil der Schenkung beschränkt werden.

---

[218]) Nur das Versprechen bedarf der gerichtlichen Form, um die Erfüllungsklage 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.

[219]) Bei dem Wortlaut des §. 1058. d. T. 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.)

[220]) Jahrb. B. 41 S. 25.

[221]) 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. GB. §. 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. Ebenso der bairische Entwurf Art. 122 f.

[222]) G. v. 23. Febr. 1870. (Aelteres Recht Ges. v. 13. Mai 1833. K.O. v. 22. Mai 1836. B.O. 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.

[223]) §. 3 G. v. 23. Febr. 1870: ein zweifelloser Fall der Rückziehung bei einer conditio legis.