

**Gero Klinkhammer**

**Ruhr Universität Bochum**

**Juristische Fakultät**

**Rechtsgeschichtliches Seminar:**

**„Deutsche Rechtssprichwörter – verstaubt oder aktueller denn je?“**

**bei Prof. Dr. Karlheinz Muscheler**

**(Wintersemester 2008/09)**

**Thema: „Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul.“**

<b>A. EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>B. HERKUNFT DES SPRICHWORTES</b> .....	<b>1</b>
<b>C. HISTORISCHE UMGEBUNG</b> .....	<b>3</b>
I.    RÖMISCHES RECHT .....	3
II.   BEZUG .....	7
III.   GERMANISCHES RECHT .....	8
IV.   BEZUG .....	10
V.    SACHSEN-/ SCHWABENSPIEGEL .....	11
VI.   ALLGEMEIN LANDRECHT .....	12
VII.  BEZUG .....	13
VIII.  PANDEKTEN .....	13
IX.   BEZUG .....	16
<b>D. RELEVANZ FÜR HEUTE</b> .....	<b>16</b>
I.    STELLUNG IM BGB .....	18
II.   URTEILE UND AUFSÄTZE .....	21
<b>E. PERSPEKTIVEN</b> .....	<b>22</b>
<b>F. THEMATISIERUNG IN DER LITERATUR</b> .....	<b>24</b>

## Literaturverzeichnis

- Arndt, Ludwig:** Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., München 1855 (zit.: Arndt)
- Bartholdy, Karl:** Der Begriff der Schenkung, zugleich Dissertation, Göttingen 1928 (zit.: Bartholdy)
- Benke, Nikolaus/Meissel, Franz-Stefan:** Römisches Schuldrecht, Wien 1992 (zit.: Benke/Meissel)
- Campenhausen, Hans Freiherr von:** Lateinische Kirchenväter, 4. Aufl., Stuttgart 1978(Verlagsort, sind noch andere Städte angegeben) (zit.: Campenhausen)
- Coing, Helmut:** Europäisches Privatrecht Band II, München 1989 (zit.: Coing)
- Detje, Frank:** Sprichwörter und Handeln, Bern 1996 (zit.: Detje)
- Dernburg, Heinrich:** Preußisches Privatrecht, 3. Aufl., Halle a.S. 1882 (zit.: Dernburg)
- Dernburg, Heinrich:** Pandekten, 3. Aufl., Berlin 1892 (zit.: Dernburg/Pandekten)
- Duden, das Fremdwörterbuch:** 4. Aufl., Mannheim/Wien/Zürich (zit.: Fremdwörterbuch)
- Eisenhart, D. Johann Friedrich:** Deutsches Recht in Sprichwörtern, Berlin 1935 (zit.: Eisenhart)
- Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard (Hrsg.):** Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1990 (zit.: Erler/Kaufmann)
- Gerhardt, Walter:** Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schuldverhältnis(Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), in: Juristische Schulung 1970, S. 597-603 (zit.: Gerhardt/JuS)
- Gierke, Otto von:** Deutsches Privatrecht, München und Leipzig 1927 (zit.: Gierke)
- Grosse, Rudolf:** Handschriften des Schwabenspiegels, Berlin 1964 (zit.: Grosse)
- Grundmann, Stefan:** Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, in: Archiv für civilistische Praxis 1998, S. 457-488 (zit.: Grundmann/AcP)
- Harke, Jan Dirk:** Römisches Recht, München 2008 (zit.: Harke)
- Hausmaninger, Herbert/Selb, Walter:** Römisches Privatrecht, 5. Aufl., Wien, Köln, Böhlau 1989 ( zit.: Hausmaninger/Selb)
- Homeyer, Gustav:** Die Deutschen Rechtsbücher, Weimar 1931 (zit.: Homeyer)
- Honsell, Heinrich:** Römisches Recht, 6. Aufl., Zürich 2005 (zit.: Honsell)

- Honsell, Heinrich/Mayer, Theo/Selb, Walter:** Römisches Recht, 4. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1987 (zit.: Honsell/Mayer/Selb)
- Huber, Ulrich:** Keine Haftung des Schenkers für Rechtsmängel, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1972, S. 1372-1375 (zit.: Huber/ZIP)
- Hübner, Rudolf:** Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl., Leipzig Erlangen 1922 (zit.: Hübner)
- Hübner, Wolfgang:** Begriff und rechtliche Natur der Schenkung, zugleich Dissertation, Quakenbrück 1934 (zit.: Hübner)
- Jakobs, Horst Heinrich /Schubert, Werner:** Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, §§ 433 - 651, Berlin, New York 1980 (zit.: Jakobs/Schubert)
- Jauernig, Othmar:** Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., München 2007 (zit.: Jauernig/Bearbeiter)
- Jörs, Paul:** Geschichte und System des Römischen Privatrechts, Berlin 1927 (zit.: Jörs)
- Joers, Paul/Kunkel, Wolfgang /Wenger, Leopold:** Römisches Recht, 3. Aufl. Berlin u.a. 1978 (zit.: Joers/Kunkel/Wenger)
- Kaser, Max:** Das Römische Privatrecht, 2. Aufl., München 1971 (zit.: Kaser)
- Kaser, Max/Knütel Rolf:** Römisches Privatrecht, 18. Aufl., München 2005 (zit.: Kaser/Knütel)
- Keller, Friedrich Ludwig :** Pandekten, Leipzig 1861 (zit.: Keller)
- Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann/Behrends, Otto:** Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung, Band IV, Digesten 21-27, Heidelberg 2005 (zit.: Knütel/Kupisch/Seiler/ Behrends, Corpus Iuris Civilis IV)
- Levy, Ernst:** Forschungen zum Römischen Recht, 7. Abhandlung, Weströmisches Vulgarrecht Das Obligationenrecht, Heidelberg und Basel 1956 (zit.: Levy)
- Liebe, Georg:** Das Bürgerliche Recht, Band I, Leipzig 1904 (zit.: Liebe)
- Mayer-Maly, Theo:** Römisches Recht, 2. Aufl., Wien 1999 (zit.: Mayer-Maly)
- Medicus, Dieter:** Schuldrecht II Besonderer Teil, 14. Aufl., München 2007 (zit.: Medicus)
- Meyers Großes Taschenlexikon:** 10. Aufl., Fulda 2006 (zit.: Taschenlexikon/Band)
- Migne, Jacques-Paul:** Patrologia Latina Band 26, Paris 1884 (zit.: PL 26, S.)
- Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz:** Deutsches Privatrecht, 5. Aufl., München 1968 (zit.: Mitteis/Lieberich)
- Muscheler, Karlheinz:** Stiftung und Schenkung, in: Archiv für civilistische Praxis 2003, S. 469-510 (zit.: Muscheler/AcP)

- Otto, Carl Ed./Schilling, Bruno/Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand:** Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt, 4. Band, Leipzig 1832 (zit.: Otto/Schilling/Sintenis)
- Oertmann, Paul:** Schenkung und Vertrag, in: Der junge Rechtsgelehrte, Berlin 1937 (zit.: Oertmann)
- Palandt, Otto:** Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl. München 2007 (zit.: Palandt/ Bearbeiter)
- Pappenheim, Max:** Launegild und Garethinx, Neudruck der Ausgabe Breslau 1882, Aalen 1970 (zit.: Pappenheim)
- Pappenheim, Max:** Über die Rechtsnatur der altgermanischen Schenkung, Zeitschrift der Savings-Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung ( ZRG GA), 1933, S.3-88 (zit.: Pappenheim, ZRG GA)
- Planitz, Hans:** Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949 (zit.: Planitz)
- Prager, Georg:** Lehrbuch des gesammelten deutschen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1889 (zit.: Prager)
- Prokollé** der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897-1899 (zit.: Protokolle/ Band)
- Puchta, Friedrich Georg.:** Pandekten, 12. Aufl., Leipzig 1877 (zit.: Puchta)
- Röhrich, Lutz :** Sprichwörtliche Redensarten, 5. Aufl. Freiburg 1988
- Savigny, Friedrich Carl von:** System des heutigen Römischen Rechts, vierter Band, Berlin 1841 (zit.: Savigny)
- Schellhammer, Kurt:** Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 5. Aufl., Heidelberg 2003 (zit.: Schellhammer)
- Schmidt-Wiegand, Ruth:** Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, ein Lexikon (unter Mitarbeit von Ulrike Schowe), München 1996 ( zit.: Schmidt-Wiegand)
- Schreuer, Hans:** Deutsches Privatrecht, Stuttgart 1921 (zit.: Schreuer)
- Schwerin, Claudius Freiherr von:** Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1928 (zit.: Schwerin)
- Staudinger, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 516 – 534 (Schenkungsrecht), Berlin 2005 (zit.: Staudinger/ Wimmer-Leonhardt)
- Windscheid, Bernhard:** Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Aalen 1963 (zit.: Windscheid)
- Winkler, Leonhard :**Deutsches Recht im Spiegel deutscher Sprichwörter, Leipzig 1927

**Zimmerle, Ludwig:** Der Begriff der Schenkung, zugleich Dissertation, Plieningen 1928 (zit.:  
Zimmerle)

Gebraucht wurden die üblichen Abkürzungen, vgl. **Kirchner, Hildebert/ Butz, Cornelia:**  
Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 5. Aufl., Berlin und New York 2003

## **A. Einleitung**

Dieses Seminar setzt sich mit deutschen Rechtssprichwörtern unter der Fragestellung auseinander: „Sind diese verstaubt oder aktueller denn je?“. Zunächst einmal soll geklärt werden, was man unter einem Rechtsspruchwort versteht. Dazu lässt sich festhalten, dass Richter, vor allem aber Schöffen, früher Laien waren, die die komplexe Rechtslage nicht beherrschten und deshalb auf Rechtssprichwörter für eine gerechte Urteilsfindung angewiesen waren.<sup>1</sup> Diese Rechtsgrundsätze, die hierbei für das Volk in leicht verständlicher und einprägsamer Form in Sprichwörter verpackt wurden, sind heute aufgrund ihres historischen Charakters teils nicht mehr einfach zu verstehen.<sup>2</sup> Die folgende Redewendung: „Einem geschenktem Gaul schaut man nicht ins Maul“ ist vermutlich jedermann geläufig und sie besagt, dass man eine geschenkte Sache so annehmen müsse, wie sie ist. Auch wenn derselben Fehler anhafteten, könne man keine Gewährleistung von dem Schenker verlangen.<sup>3</sup> Zu diesem Ergebnis kommt man nach kurzer Auseinandersetzung mit der Redewendung. Die nachfolgende Bearbeitung soll einen detaillierten Blick auf die Herkunft, die Relevanz, die Zukunftsaussichten und die Auswirkungen des Rechtsspruchworts aus der Vergangenheit geben. Darüber hinaus wird das Sprichwort aus der juristischen Perspektive betrachtet und dessen Verschriftlichung in etwaigen Kodifizierungen untersucht. Besonders hervorzuheben ist die Haftungsprivilegierung zu Gunsten des Schenkers und deren historische Entwicklung. Weiter geht es darum Figuren rund um die Schenkung auszuschließen, die wegen Belanglosigkeit keine Beachtung finden.

## **B. Herkunft des Sprichwortes**

Das Sprichwort entstammt dem Kommentar zum Prolog des Heiligen Hieronymus zu den Ephesusbriefen und wurde dort zum ersten Mal

---

<sup>1</sup> Dentje, S. 36

<sup>2</sup> Dentje, S. 36

<sup>3</sup> Eisenhart, S. 108

schriftlich festgehalten.<sup>4</sup> Hieronymus(347 – 419 n.Chr.) ist einer der berühmtesten Übersetzer der Bibel aus dem Griechischen ins Lateinische gewesen.<sup>5</sup> Das Sprichwort ist in folgenden Zusammenhang eingearbeitet: „Non digne Graeca in Latinum transfero: aut Graece lege (si ejusdem linguae b/habes scientiam): aut si tantus Latinus es, **noli** de gratuito munere judicare, et, vulgare proverbium est: **Equi dentes inspicere donati.**“<sup>6</sup> Vor der Übersetzung dieser Passage sei angemerkt, dass sich Hieronymus hier konkret mit den (tatsächlichen oder möglichen) Einwänden gegen sein Tun auseinandersetzt. Zuerst geht es um Vorwürfe, dass seine Schriften ohne Nutzen oder voller Eloquenz seien, dann geht es um die Genauigkeit der Übersetzung. Zu beachten ist ferner, dass Hieronymus angeblich immer mit sich selbst beschäftigt gewesen sei, keine innere Stille gekannt habe und sich überall Feinde gemacht, die er dann mit heftiger Empörung und persönlichem Haß verfolgt habe.<sup>7</sup> Übersetzt besagt die Passage: „(Man sagt) ich übersetze unangemessen aus dem Griechischen ins Lateinische( wörtl. Übersetze des Griechischen unangemessen/unwürdig) – (dann) lies entweder auf Griechisch( wenn du diese Sprache beherrscht), oder wenn Du nur Latein kannst( wörtl. Wenn Du so sehr Lateiner bist), dann beurteile das „Gratis-Geschenk“ nicht, wie ein verbreitetes Sprichwort besagt: dürfe man die Zähne eines geschenkten Pferdes nicht begutachten. Dem Anschein nach sollen sich die Personen mit den Übersetzungen zufrieden geben oder eigene Übersetzungen anfertigen. Aufkommender Kritik schiebt Hieronymus einen Riegel entledigt er sich, er entledigt sich der Vorwürfe, indem er sich auf das schon damals bekannte Sprichwort beruft und den Betrachtern seine Sichtweise der Dinge schildert. Allerdings ist die Herkunft der Redewendung eine andere, denn eigentlich bezieht es sich auf die Methode der Pferdehändler, vom Gebiss der Tiere auf ihr Alter und ihre gesundheitliche Fassung zu schließen.<sup>8</sup> Der Beschenkte kann

---

<sup>4</sup> Pl 26, 470

<sup>5</sup> Campenhausen, S. 149

<sup>6</sup> Pl 26, 470

<sup>7</sup> Campenhausen, S. 109

<sup>8</sup> Röhrich, S. 23

ruhig davon absehen, ohne einen Rechtsnachteil zu erleiden, denn selbst wenn er das geschenkte Tier mit Kennerblick prüft, so hat davon keinen rechtlichen Vorteil.<sup>9</sup> Hintergrund ist, dass man mit Rücksicht auf die gute Absicht des Gebers einer Sache, die man als Geschenk erhält, deshalb nicht genau prüfen, kritisieren oder gar verurteilen oder verschmähen sollte.<sup>10</sup> Festzuhalten ist, dass man schon damals man den Schenker durch einen großzügigeren Haftungsmaßstab gegenüber anderen Personen privilegierte, die für ihre Leistung eine Gegenleistung erwarteten.

## **C. Historische Umgebung**

### **I. Römisches Recht**

Nach Klärung der Herkunft der Redewendung ist an dieser Stelle zu erläutern, was genau unter dem Sprichwort zu verstehen ist. Dazu wird eine möglichst zeitnahe Kodifizierung hinzugezogen, bei der es sich in diesem Zusammenhang um die Digesten handelt. Zunächst soll auf den Begriff der Schenkung eingegangen werden und wie dieser durch die gesetzgeberische Tätigkeit des Kaisers Justinian I. in den Jahren 527 bis 565 nach Chr. gebraucht wurde.<sup>11</sup> Unter einer Schenkung (donatio) verstand man eine unentgeltliche Zuwendung.<sup>12</sup> Weit gefasst bedeutete dies z.B. die Verleihung des Bürgerrechts, die Freilassung und die letztwillige Zuwendung durch Vermächtnis.<sup>13</sup> Aus juristischer Sicht konnte die Zuwendung entweder ein Geschäft des Sachenrechts sein, etwa die Übereignung einer Sache oder die Bestellung oder Aufhebung eines beschränkten dinglichen Rechts. Darüber hinaus konnte sie ein Geschäft des Obligationenrechts wie ein Leistungsversprechen mittels Stipulation oder die Abtretung einer Forderung und auch die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit oder der Erlass einer Schuld, zuletzt ebenfalls auch ein nicht

---

<sup>9</sup> Winkler, S. 96

<sup>10</sup> Röhrich, S. 23

<sup>11</sup> Arndt, S. 1

<sup>12</sup> Otto/ Schilling/ Sintenis, S. 83

<sup>13</sup> Honsell/ Mayer/ Selb, S. 344

rechtsgeschäftliches, bloß faktisches Verhalten darstellen.<sup>14</sup> Der Begriff der Zuwendung wurde in einzelnen Fällen dahingehend eingeschränkt, dass auf Seiten des Beschenkten eine reine Vermögensmehrung, auf Seiten des Schenkers eine entsprechende Verminderung oder Belastung seines Vermögens vorliegen müsste.<sup>15</sup> Dies geschah, um den Begriff der Zuwendung juristisch brauchbarer zu gestalten.<sup>16</sup>

Weiterhin setzte die Schenkung eine Schenkungsabsicht (*animus donandi*) voraus.<sup>17</sup> Nötig war eine Übereinstimmung zwischen den Parteien. Der Gedanke, dass eine Erwerbung aus Freigiebigkeit für niemanden wider seinen Willen geschehen kann (*non potest liberalitas nolenti adquiri*)<sup>18</sup>, macht eine Willensübereinstimmung zur notwendigen Konstituante der Schenkung.<sup>19</sup> Das Motiv der Uneigennützigkeit (*liberalitas*) des Schenkers spielt keine gewichtige Rolle.<sup>20</sup> Man kann nicht gegen seinen Willen beschenkt werden. Die Schenkung als solche begründete wenigstens nach klassischer Auffassung keine schuldrechtlichen Beziehungen. Sie war lediglich Rechtsgrundgeschäft (*causa*).<sup>21</sup> Wurde sie unmittelbar durch Übereignung, Zession oder Erlass vollzogen (sog. Barschenkung), so bildete sie den Rechtsgrund für diese Verfügungsgeschäfte. Wenn sich dagegen der Schenker zunächst nur schuldrechtlich verpflichten wollte, so bedurfte es grundsätzlich<sup>22</sup> eines (*ex causa donationis*) erteilten formalen Leistungsversprechens, das heißt einer Stipulation. Erst das justinianische Recht erkannte auch das formlose Schenkungsversprechen als gültig an.<sup>23</sup> Aus diesem Umstand wird erkennbar, dass auch die Römer zwischen Barschenkungen und Schenkungsversprechen unterschieden haben. Eine Real-/Handschenkung lag vor, wenn die gewollte Vermögensverschiebung

---

<sup>14</sup> Kaser/Knütel, S. 238

<sup>15</sup> Jörs, S. 170

<sup>16</sup> Jörs, S. 170

<sup>17</sup> Mayer-Maly, S. 159

<sup>18</sup> Digesten 39, 5, 19, 2

<sup>19</sup> Honsell/ Mayer-Maly/ Selb, S. 345

<sup>20</sup> Levy, S. 239

<sup>21</sup> Honsell: § 55, S. 162

<sup>22</sup> Honsell/ Mayer-Maly/ Selb, S.346

<sup>23</sup> Honsell/ Mayer-Maly/ Selb, S.346

unmittelbar herbeigeführt wurde, ein Schenkungsversprechen wurde hingegen gegeben, wenn die Vermögensverschiebung für die Zukunft in Aussicht gestellt wurde.<sup>24</sup>

Um die Handhabung der Schenkung im Zeitalter des Codex Justinianus richtiger darzustellen, ist eine Auseinandersetzung mit damals verbreiteten Schenkungsverboten zweckmäßig. Das Interesse der römischen Jurisprudenz an der Schenkung beruhte vor allem auf der Notwendigkeit, den Anwendungsbereich der Schenkungsverbote abzugrenzen.<sup>25</sup> Zu nennen ist hier eine Lex Cincia de donis et muneribus (Plebiszit 204 v. Chr.), die es allen Personen, die nicht mit dem Schenker nahe verwandt oder verschwägert waren, untersagte, Schenkungen von einiger Bedeutung anzunehmen.<sup>26</sup> Grund für ein solches Schenkungsverbot war der Umstand, dass dem kaufmännischen Geist der Römer eine Schenkung wenig ersprießlich erschien.<sup>27</sup> Dass jemand etwas ohne Gegenleistung hergab, schien verdächtig, denn dahinter witterte man Bestechung oder Großmannssucht.<sup>28</sup> Die Bedeutung der lex cincia ist im Laufe der Zeit obsolet geworden, denn seit dem vierten Jahrhundert n. Chr. verschwand sie ganz aus dem praktischen Rechtsleben, weil es nicht dem Geiste einer Zeit entsprach, die von den karitativen Tendenzen des Christentums beherrscht war.<sup>29</sup>

Deshalb bezeichnete Justinian sie als längst veraltet.<sup>30</sup> Da das Gesetz keine Sanktion hatte, oblag es dem Prätor, für seine Ausführung zu sorgen.<sup>31</sup> Dagegen hielt sich ein anderes, jüngerer Schenkungsverbot bis an das Ende der antiken Rechtsentwicklung, sogar bis in das gemeine Recht: das Verbot der Schenkung unter Ehegatten.<sup>32</sup> Aufgrund dieses Verbotes war selbst eine vollzogene Schenkung unter Ehegatten ungültig, denn es fehlte der Übergabe an einer gültigen

---

<sup>24</sup> Erler/ Kaufmann, S. 1382

<sup>25</sup> Joers/ Kunkel/ Wenger, S. 246

<sup>26</sup> Hausmaninger/ Selb, S. 332

<sup>27</sup> Jörs, S. 170

<sup>28</sup> Mayer-Maly, S. 160

<sup>29</sup> Joers, 171

<sup>30</sup> Honsell/ Mayer-Maly/ Selb, S. 347

<sup>31</sup> Kaser, S. 603

<sup>32</sup> Kaser, S. 603

causa.<sup>33</sup> Über die Motivation für ein solches Verbot gaben die römischen Juristen ganz verschiedene Begründungen, z.B. das Ziel, in gewaltfreien Ehen die Familienvermögen getrennt zu halten und die Beziehungen unter Ehegatten von materiellen Erwägungen frei zu halten. Auch schien von Bedeutung zu sein, Gläubigern der Ehegatten ihre Zugriffsobjekte ungeschmälert zu erhalten, vor allem aber, die erbrechtlichen Erwerbsbeschränkungen der augusteischen Ehegesetzgebung nicht durch Schenkungen umgehen zu wollen.<sup>34</sup> Das Schenkungsverbot unter Ehegatten galt ohne gesetzliche Grundlage kraft alter Gewohnheit.<sup>35</sup> Weiterhin ist zu erwähnen, dass Beurkundung und behördliche Registrierung (Insinuation) von Schenkungen mit höherem Wert im Jahre 323 n. Chr. von Konstantin vorgeschrieben wurden (500 solidi).<sup>36</sup> Im Vordergrund stand hierbei mehr die Kundbarkeit als der Schutz vor Übereilung.<sup>37</sup>

Zu erkennen ist, dass die Schenkung in der vorchristlichen Zeit und zur Zeit des Corpus Iuris Civilis sich gegen Widerstände zu behaupten hatte. Die staatlichen Gesetzgeber, die ein arbeitsames, wohlhabendes Volk höher schätzten als ein Volk von Bettlern, standen den Schenkungen nicht so positiv gegenüber.<sup>38</sup> Dieser Umstand ist u.a. mit dem Glauben und der kaufmännischen Einstellung der Römer zu begründen. Die Abneigung der Römer gegen Schenkungen, die indessen nicht überschätzt werden darf, leitet man aus dem römischen Rationalismus her, der es mit Misstrauen ansah, wenn Vermögenswerte ohne materielle Gegenleistung aus irrationalen Motiven übertragen wurden.<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> Benk/ Meissel, S. 82

<sup>34</sup> Hausmaninger/ Selb, S. 333

<sup>35</sup> Knütel/ Kupisch/ Seiler/ Behrends, Corpus Iuris Civilis IV S. 225

<sup>36</sup> Mayer-Maly, S. 160

<sup>37</sup> Am selben Ort

<sup>38</sup> Winkler, S. 94

<sup>39</sup> Kaser, S. 602

## II. Bezug

Um den Bezug zu dem Rechtsspruchwort herzustellen, soll an diesem Punkt festgestellt werden, ob und wie dem altruistischen Motiv des Schenkers Rechnung getragen wurde, etwa in Form einer Haftungsprivilegierung. Bezug zu nehmen ist hier auf den Charakter der Schenkung, wenn man herausfinden möchte, wie der Schenker für einen Mangel einzustehen hat. Problematisch ist auch die Handhabung der Schenkung als Rechtgrundabrede oder als Verpflichtungsgeschäft. Hatte der Schenker von Anfang an kein spezielles Stipulationsversprechen (z.B.: Schenkungsversprechen) abgegeben, so entstand auch keine vertragliche Verpflichtung. Also war ein Verpflichtungsgeschäft zu verneinen. Daraus folgte, dass von Seiten des Beschenkten keine Mangelhaftung geltend gemacht werden konnte. Die Haftung des Schenkers konnte daher nur deliktisch durch eine vorsätzliche Schädigung des Beschenkten begründet sein.<sup>40</sup> Wurde ein Stipulationsversprechen abgegeben, so hatte der Schenker nicht nur einen Anspruch auf Übereignung des Schenkungsgegenstandes, sondern konnte auch eine vertragliche Gewährleistung gegen den Schenker geltend machen. Darüber hinaus haftete der Schenker im klassischen Recht nicht für Eviktion (Entziehung eines Besitzes durch richterliches Urteil, weil ein anderer ein größeres Recht darauf hat<sup>41</sup>).<sup>42</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Schenker selbst bestimmen konnte, inwieweit er für einen Mangel an der geschenkten Sache eintreten wollte. Da die Schenkung eigentlich ein Rechtsgrundgeschäft darstellte und keine schuldrechtlichen Verpflichtungen begründete, war es den beteiligten Parteien überlassen einen Konsens zu finden. Dem Zweck der Redewendung, nämlich der Haftungsprivilegierung, wurde insoweit schon im römischen Recht Rechnung getragen, als dass der Rahmen der Haftung frei vereinbart werden konnte. Geschah dies nicht, so konnten

---

<sup>40</sup> Otto/ Schilling/ Sintenis, S. 89 & Harke, S. 175-176

<sup>41</sup> Fremdwörterbuch, S. 232/233

<sup>42</sup> Levy, S. 241

nur über die deliktische Ebene etwaige Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden. Ob dieser Fall jemals geschehen ist, bleibt fraglich, da es zum einen dem Sinn des Rechtsspruchworts widerspräche und zum anderen auch nur schwer nachzuvollziehen wäre. Bestand nur Pflicht zur Rechtsverschaffung, dann entstand eine Rechtsmängelhaftung nur bei besonderem Versprechen für den Fall der Eviktion. Es müsste also ausdrücklich versprochen worden sein, für die geschenkte Sache Gewährleistungsrechte zu übernehmen

### III. Germanisches Recht

Damit sich dem Sinn und der Auswirkung des Rechtsspruchwortes angemessen genähert werden kann, ist es erforderlich, einen kurzen Überblick über den Gebrauch von Schenkungen in Bezug auf die vertragliche Gestaltung im Allgemeinen zu geben. Für den Bereich der deutschrechtlichen Quellen hat dabei von jeher im Mittelpunkt der Erörterung das langobardische Recht gestanden.<sup>43</sup> Dieses wurde unter Rothari (636 – 652) lateinisch aufgezeichnet.<sup>44</sup> Daher ist verstärkt auf dieses einzugehen. Vorab sei zu anzuführen, dass bei den Germanen die Sitte des Schenkens unter Volksgenossen als Auswirkung und Fortsetzung des Volksfriedens zu betrachten war.<sup>45</sup> Ferner gilt, dass sowohl das Sachenrecht als auch das Schuldrecht ursprünglich mit einer einzigen Rechtsform auskamen, nämlich dem Kauf, welcher sich zunächst allen Bedürfnissen des Lebens anpassen ließ.<sup>46</sup> Der älteste Vertrag war der Kauf, „der Normalvertrag des germanischen Rechts“.<sup>47</sup> Der Schenkung entsprach in älterer Zeit der Ausdruck `Gabe` (gift).<sup>48</sup> Sachlich ist der Begriff der völlig unentgeltlichen Vermögenszuwendung dem älteren Recht fremd.<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> Pappenheim, ZRG GA, S. 3

<sup>44</sup> Taschenlexikon/Band 12, S. 4322

<sup>45</sup> Schreuer, S. 309

<sup>46</sup> Hübner, S. 531

<sup>47</sup> Hübner, S. 531

<sup>48</sup> Schwerin, S. 203

<sup>49</sup> Schwerin, S. 203

Behandelt wurde die Schenkung folgendermaßen: Sie soll hinsichtlich der Parteienhandlungen und Parteierklärungen in allen Punkten dem Kauf gleichen, nur soll an die Stelle des Kaufpreises das Launegild treten.<sup>50</sup> Dabei handelt es sich um ein Lohngeld (Launegild).<sup>51</sup> Bei den anderen Stämmen legte man auf reale Vergeltung Gewicht, überwiegend schenkte man in Belohnung geleisteter oder in Erwartung zu leistender Dienste.<sup>52</sup> Eigenschaften des Launegildes waren u.a., dass, solange der Empfänger keine Gegenleistung vorgenommen hatte, die Gabe der beliebigen Rückforderung des Gebers unterlag. Sie erschien demzufolge als bloße Hingabe zur treuen Hand.<sup>53</sup> Sollte die Gabe unwiderruflich sein, so bedurfte sie eines Entgeltes, welches durch Hingabe einer im Werte geringfügigen Summe geschah.<sup>54</sup>

Das Launegild stellt sich dar als eine wertlose Gegenleistung, weil es die causa der Schenkung zum Ausdruck bringen soll.<sup>55</sup> Das Launegild verkörpert die eigentümliche Natur der Schenkung als einer unentgeltlichen und dennoch auf einer rechtlich anerkannter causa beruhenden Vergabung.<sup>56</sup> Das Launegild darf insofern als Symbol der Schenkung bezeichnet werden.<sup>57</sup> Obwohl das Launegild wegen seiner Geringwertigkeit den Schenkungscharakter sachlich nicht in Frage gestellt hat, prägte es ihr formell das Merkmal der Entgeltlichkeit auf.<sup>58</sup> Die Entgeltlichkeit kam in der rechtlichen Form der Schenkung nicht zum Ausdruck, daher wurde die Schenkung frühzeitig auch begrifflich von ihrem Entgelt gelöst und als unentgeltliche Gabe aufgefasst.<sup>59</sup> Auch damals bedurfte die Schenkung der Annahme durch den Beschenkten.<sup>60</sup> Der Empfänger der Gabe wurde durch ihre Annahme zur Vergeltung verpflichtet.<sup>61</sup> Durch die Zahlung des

---

<sup>50</sup> Pappenheim, in: Launegild und Garethinx, S. 18

<sup>51</sup> Bartholdy, S. 1

<sup>52</sup> Gierke, S. 421

<sup>53</sup> Planitz, S. 152

<sup>54</sup> Schwerin, S. 202

<sup>55</sup> Pappenheim, in: Launegild und Garethinx, S. 25

<sup>56</sup> Pappenheim, in: Launegild und Garethinx, S. 25

<sup>57</sup> Pappenheim, in: Launegild und Garethinx, S. 25

<sup>58</sup> Gierke, S. 421

<sup>59</sup> Gierke, S. 419

<sup>60</sup> Mitteis/ Lieberich, S. 130

<sup>61</sup> Pappenheim, in: ZRG GA S. 67

Lohngeldes drang das vermögensrechtliche Kaufrecht, die Haftung, in die Schenkung ein.<sup>62</sup> Welche Form oder welches Ausmaß diese Haftung genau annahm, ist schwierig zu beurteilen. Zu dieser Thematik gibt es wenig Informationen. Festzuhalten bleibt, dass die Gegenseitigkeit von Haus aus den Widerruf behinderte.<sup>63</sup> Diesen konnte allerdings nur der Schenker geltend machen, demnach ist dieser Umstand für die Untersuchung des Rechtsspruchwortes von keiner Bedeutung.

#### **IV. Bezug**

Nachdem geklärt ist, wie die Schenkung im langobardischen Recht abgehandelt wurde, steht weiterhin offen, ob es eine Haftungsprivilegierung für den Schenker während der damaligen Zeit gegeben hat und welchen Ausdruck diese fand. Gierke schrieb dazu: „Auch wenn die Schenkung verhältnismäßig spät als Rechtsakt anerkannt worden sein mag, so kann doch, nachdem dies einmal geschehen war, die freiwillige, vom Geber in Liberalitätsabsicht bewirkte Vermögensverschiebung nicht als deliktische Schadenszufügung des Empfängers behandelt worden sein.“<sup>64</sup> Die Schenkung wurde verstanden als Ausdruck persönlicher Liebe, mit der Wirkung eines besonderen persönlichen Freundschaftsbandes, insbesondere eines Treueverhältnisses: Geschenke verbinden.<sup>65</sup> Vor diesem Hintergrund ist verständlich, dass der Schenker hinsichtlich eventuell auftretender Gewährleistungsansprüche gewisse Privilegien genießt. Die exakte Ausgestaltung dieser konnte wegen unzureichender Literatur nur rudimentär wiedergegeben werden.

Allerdings ist erkennbar, dass schon damals in Mitteleuropa begonnen wurde, zwischen Kauf und Schenkung zu unterscheiden. Die Schenkung erschien im Laufe der Zeit als eine unentgeltliche

---

<sup>62</sup> Schreuer, S. 310

<sup>63</sup> Schreuer, S. 310

<sup>64</sup> Pappenheim, S. 69

<sup>65</sup> Schreuer, S. 309

Vermögenszuwendung, die den Geber schwächer band als die entgeltliche Veräußerung und den Beschenkten zu besonderem Verhalten verpflichtete.<sup>66</sup> In Gestalt des Widerrufs erfolgt die Realisierung der Haftung, der der Beschenkte für die Rückgabe des Empfangenen bei Nichterfüllung unterliegt.<sup>67</sup> Dies sei nur der Vollständigkeit wegen erwähnt. Außerdem ist zu bemerken, dass das Schenkungsversprechen wegen mangelnder Quellen keine Berücksichtigung in der Darstellung für die germanische Zeit fand. Im Gegensatz zu den Römern erlangt man den Eindruck, dass die Langobarden diese Rechtsfigur überhaupt nicht kannten, da sie innerhalb der Schenkung keine Differenzierungen vorgenommen haben. Hingegen haben die Preußen und die Verfasser des BGB diese Unterscheidung übernommen. Dies könnte jedoch auch mit der starken Prägung durch das Römische Recht in Verbindung stehen.

## **V. Sachsen-/ Schwabenspiegel**

Darauf folgend ist es angebracht, die Situation im späten Mittelalter näher zu beleuchten. Bezug wird auf den Schwaben- und den Sachsenspiegel genommen. Als „Spiegel des Rechts“ oder „Rechtbücher“ bezeichnen sich Darstellungen deutscher Rechtssätze von etwa 1200 bis 1500, die nicht der rechtssetzenden Tätigkeit von Reich, Ländern oder Gemeinden, sondern schriftstellerischer Arbeit rechtskundiger Männer ihr Dasein verdanken.<sup>68</sup> Der Schwabenspiegel, erst seit Goldasts Ausgabe aus dem Jahre 1609 so bezeichnet, wurde zur Zeit seiner Wirksamkeit im 13. – 15. Jh., zumeist Kaiserrecht oder auch nur Landrecht- und Lehnrechtbuch genannt. Er ist in zahlreichen Handschriften in leider häufig nur fragmentarischer Natur überliefert.<sup>69</sup> Der Sachsenspiegel wurde von dem anhaltischen Schöffen Eike von Repgow vermutlich schon vor 1220 zunächst lateinisch niedergeschrieben, jedoch mag diese angefertigte Fassung nicht über

---

<sup>66</sup> Planitz, S. 153

<sup>67</sup> Pappenheim, S. 78

<sup>68</sup> Homeyer, S. 1

<sup>69</sup> Grosse, S. 5

das Stadium des Entwurfs hinausgekommen sein und ist handschriftlich nicht überliefert.<sup>70</sup> Aufgrund der mangelhaften Überlieferungen und dem schlechten Bestand von Literatur im ZRS, ist es nicht möglich Ergebnisse zu präsentieren, die einen Bezug zu dem Sprichwort während dieser Zeit aufweisen. Auf Grund dieser Tatsache soll chronologisch mit der darauffolgenden Epoche Anschluss an die Thematik gefunden werden.

## **VI. Allgemein Landrecht**

Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten bestand aus ca. 19000 Paragraphen. Maxime der Verfasser war, jeden erdenklich auftretenden Fall zu regulieren. Ratifiziert wurde diese Kodifizierung im Jahr 1794 und beanspruchte Gültigkeit bis 1.1.1900. Inwiefern die Preußen dem hier behandelten Rechtssprichwort Beachtung beigemessen haben, soll anschließend eruiert werden. Zunächst lässt sich festhalten, dass der komplette neunte Abschnitt des elften Titels des ersten Teils, also die §§ 1037 – 1177 ALR, Normen für die Schenkung beinhalten.<sup>71</sup> Die Überschrift des betreffenden Titels heißt: „Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums unter Lebendigen“. Laut § 1037 ALR sind Schenkungen Verträge, wodurch einer dem andern Eigentum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet.

Tatbestandsvoraussetzungen für eine wirksame Schenkung sind die Zuwendung, durch die das Vermögen des Schenkers vermindert und das des Beschenkten vermehrt wird.<sup>72</sup> Die Schenkung setzt auch voraus, dass dem Beschenkten etwas verschafft wird, was einen bestimmten messbaren Vermögenswert hat.<sup>73</sup> Weiterhin muss der animus donandi vorhanden sein, welcher schon aus dem römischen Recht bekannt ist.<sup>74</sup> Das Eigentum des Geschenks erlangt der

---

<sup>70</sup> Homeyer, S. 4

<sup>71</sup> Die §§ wurden der Textausgabe von Hans Hattenhauer und Günther Bernert entnommen.

<sup>72</sup> Dernburg, S. 422

<sup>73</sup> Dernburg, S. 424

<sup>74</sup> Dernburg, S. 425

Geschenknehmer erst durch die Übergabe gem. § 1039 ALR. Die Annahme durch den Beschenkten bedeutet Vollzug der Schenkung. Hinsichtlich der Haftung des Schenkers sind die §§ 1083, 1084 ALR von Bedeutung. Nach § 1083 ALR verpflichtet sich der Schenker nur durch ausdrückliches Versprechen zur Gewährleistung. Einschränkend wirkt § 1084 ALR. Bei Eviktion und heimlichen Mängeln haftet der Schenker nur aus dolus oder culpa lata auf das volle Interesse.<sup>75</sup>

## **VII. Bezug**

Aus den dargestellten Informationen lässt sich folgern, dass die Pflicht des Schenkers milde ausgelegt wurde.<sup>76</sup> Eigentlich kann man von einer nahen Umsetzung des Sprichwortes reden, wenn man sich die Gewährleistungspflichten des Schenkers vor Augen führt. Dieser haftete nur durch ausdrückliches Versprechen oder bei willentlicher Verschwendung einer schädlichen oder fremden Sache. Bei diesem Maßstab kann man von einer Haftungsprivilegierung sprechen, welche der Schenker genießt. Der altruistischen Gesinnung des Schenkers wurde im preußischen Recht uneingeschränkte Bestätigung entgegengebracht.

## **VIII. Pandekten**

Im europäischen Privatrecht des 19. Jahrhunderts sind die Regeln des römischen Privatrechts im Wesentlichen erhalten geblieben; nur Einzelheiten sind verändert worden.<sup>77</sup> Fragt man nach dem Geltungsbereich der Redewendung für die Zeit der Pandektenwissenschaft, ist zu berücksichtigen, dass die Pandekten eine Wiederauflebung der Digesten sind. Hinsichtlich des Rechtsspruchwortes ist es angebracht aufzuzeigen, ob eine veränderte Betrachtung bezüglich der Haftungsprivilegierung des Schenkers stattgefunden hat.

---

<sup>75</sup> Prager, S. 247

<sup>76</sup> Prager, S. 247

<sup>77</sup> Coing, S. 495

Die Schenkung wird hier als jedes Rechtsgeschäft unter Lebenden betrachtet, wodurch der Eine den Anderen absichtlich durch eigenen Verlust bereichert.<sup>78</sup> Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen sind sie dieselben wie im Römischen Recht, nämlich die Veräußerung, die Minderung des eigenen Vermögens und die Bereicherung eines Anderen, wobei diese ist von dem Veräußerer beabsichtigt ist (animus donandi).<sup>79</sup> Die Vermögenszuwendung (Veräußerung), durch welche die Schenkung vollzogen wird, kann in den verschiedensten Weisen erfolgen: durch Verschaffung des Eigentumsrechts, Verschaffung eines Rechts an fremder Sache, Verschaffung des Besitzes, Verschaffung eines Forderungsrechts, Befreiung von einer Eigentumsbeschränkung oder Befreiung von einer Schuld.<sup>80</sup> Es fällt auf, dass bei den Gegenständen der Schenkung manche Vollzugsarten aus den Digesten übernommen (Verschaffung von Eigentum, dem häufigsten und wichtigsten Fall) und andere hingegen ausgelassen wurden, da sie nicht mit zeitgemäßen Werten vereinbar waren (Aberkennung des Sklavenstatus).

Neben der Realschenkung kannte man hingegen auch das Schenkungsversprechen. Dieses forderte nach vorjustinianischem Recht die Stipulationsform, Justinian erklärte aber den bloßen Vertrag für hinreichend, unvorgreiflich der besonderen Vorschriften über größere Schenkungen.<sup>81</sup> Eine Schenkung aber, deren Summe oder Wertbetrag zur Zeit der Schenkung, also ohne Zurechnung der davon später gewonnenen Früchte/Vorteile, die Summe von 500 Solidi überstiegen, bedurfte zudem gerichtlicher Verlautbarung, Insuation, andernfalls war sie, soweit sie jenen Betrag überschritten hatte, nichtig.<sup>82</sup> Diese Vorschrift der Beschränkung der Schenkung ist ebenfalls ein Relikt aus dem Römischen Recht. Schenkungen unter Ehegatten waren ungültig.<sup>83</sup> Setzt man sich mit der Haftung

---

<sup>78</sup> Keller, S. 123

<sup>79</sup> Puchta, S. 106

<sup>80</sup> Windscheid, S. 548

<sup>81</sup> Dernburg/Pandekten, S.287

<sup>82</sup> Arndt, S. 87

<sup>83</sup> Puchta, S 109

hinsichtlich einer Schenkung auseinander, so fällt auf, dass Differenzen zwischen den Lehrbuchverfassern bestehen.

Nach Dernburg ist die Erfüllung des Schenkungsversprechens Zahlung der aus ihm erwachsenen Schuld keineswegs selbst Schenkung und die Verpflichtungen aus dem Schenkungsversprechen werden besonders milde behandelt.<sup>84</sup>

Bei einer vollzogenen Realschenkung haftet der Schenker nur wegen Arglist und wegen der der Arglist gleichstehenden Nachlässigkeit.<sup>85</sup>

Der Schenker haftet nicht, wenn die geschenkte Sache sich als fremde ausweist, und nicht einmal im Fall der Entwehrung (Eviktion), denn der Schenker schenkt das Geschenk/ zu Schenkende, wie er es hat.<sup>86</sup>

Weiterhin braucht er nicht den von der Sache gezogenen Gewinn für denjenigen, den der Beschenkte hätte ziehen können, herauszugeben; er haftet nicht einmal im Falle des Verzuges.<sup>87</sup>

Nach Savigny haftet der Schenker nur im Falle eines Schenkungsversprechens, wenn das Geschenk untergeht oder verdorben wird, lediglich bezogen auf den Dolus und die grobe Fahrlässigkeit, desgleichen besteht Haftung nur wegen der Eviktion und der ädilischen Klage bezogen auf den Fall des Dolus.<sup>88</sup> Denn gemäß Savigny ist das Versprechen die wahre und einzige Schenkung, wodurch die Bereicherung schon vollständig bewirkt wird, das nachfolgende Geben ist die bloße Bezahlung einer Schuld, folglich durchaus keine Schenkung.<sup>89</sup> Eigentlich hat Savigny die Schenkung nicht als Vertrag aufgefasst; er fordert nicht die Annahme der Schenkung als solche durch den Beschenkten, sondern lässt insofern dessen Mitwirkung bei dem Durchführungsgeschäft, etwa aus Traditio, genügen.<sup>90</sup> Bei einem Schenkungsversprechen hält er hingegen die Annahme für erforderlich, allerdings hat sich diese Ansicht nicht durchgesetzt.<sup>91</sup> Die Entwicklung dieses Streites kann

---

<sup>84</sup> Dernburg/ Pandekten, S. 287

<sup>85</sup> Windscheid, S. 553

<sup>86</sup> Windscheid, S. 553

<sup>87</sup> Windscheid, S. 553

<sup>88</sup> Savigny, S. 121

<sup>89</sup> Savigny, S. 119 ; Keller, S. 125

<sup>90</sup> Coing, S.497

<sup>91</sup> Coing, S.497

dahinstehen, denn das ALR beanspruchte zu dieser Zeit Gültigkeit, so dass man sich daran zu orientieren hatte.

## **IX. Bezug**

In der Pandektenwissenschaft ist ein klarer Bezug zu der Haftungsgestaltung im römischen Recht erkennbar. Demnach gilt das dort Gesagte auch für das Rechtssprichwort in der Pandektenwissenschaft. Dem Schenker wurde eine Haftungsprivilegierung eingeräumt, jedoch gab es Streit über das Ausmaß der Haftung hinsichtlich Realschenkung und Schenkungsversprechen. Von Gierke wählte einen Weg, der beide Parteien zufrieden stellen sollte, indem er zwischen Verpflichtungen des Schenkers aus einer Schenkung und aus einem Schenkungsversprechen unterscheidet.<sup>92</sup> Aus Schenkung schuldet der Schenkgeber keine Gewährleistung wegen Rechts- oder Sachmängeln.<sup>93</sup> Aus Schenkungsversprechen verpflichtet sich der Schenker zur Erfüllung durch Bewirkung der versprochenen Leistung, allein seine Verpflichtung ist gegenüber der regelmäßigen Verpflichtungskraft von Schuldversprechen erheblich abgeschwächt.<sup>94</sup>

## **D. Relevanz für Heute**

Wie man an den beiden kurz angefügten Beispielen aus dem Ausland erkennt, besitzt das Sprichwort auch dort Bedeutung. Betrachtet man das französische Rechtssystem, gibt es eine gewisse Ähnlichkeit zum deutschen Recht: Unentgeltliche Rechtsgeschäfte in Form von Schenkungsversprechen bedürfen zur Wirksamkeit auch dort der notariellen Beurkundung (Art. 931 – 933 Code Civil), auch dort sind eine verminderte Haftung im Falle von unentgeltlichen Zuwendungen und gleichfalls weiterreichende Kündigungs- und Rücknahmerechte

---

<sup>92</sup> Gierke, S. 424

<sup>93</sup> Gierke, S. 424

<sup>94</sup> Gierke, S. 425

zu finden (Art. 953, 955, 960 Code Civil).<sup>95</sup> Eine Ausnahme gilt für die Handschenkung.<sup>96</sup>

Unter einem anderem Aspekt mit der USA als Beispiel wurde errechnet, dass etwa 2-3% des dortigen Einkommens allein von Schenkungen stammt. Das Vermögen aus Schenkungen nimmt somit die Größenordnung eines bedeutenden Industriezweiges ein und besitzt demzufolge hohe Relevanz.<sup>97</sup>

Nimmt man nun wieder Bezug auf die gesetzlichen Regelungen zur Schenkung und der damit verbundenen Haftungsprivilegierung während der Zeit der Preußen, stellt sich die Frage, ob eine ähnliche oder vielleicht sogar gleiche Kodifizierung im heute geltenden BGB zu finden ist. Augenmerk ist dementsprechend auf die aktuelle gesetzliche Ausgestaltung zu richten, insbesondere auf Gedanken und Einflüsse zur Zeit der Entstehung des BGB. Weiterhin gilt es zu berücksichtigen, welche Stellung höchstrichterliche Urteile, veröffentlichte Aufsätze und andere Quellen beziehen.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich der Tatbestand der Schenkung im Schuldrecht, als einzelnes Schuldverhältnis im Buch 2, Abschnitt 8, Titel 4 in den §§ 516 - 534 BGB<sup>98</sup>. Vor der Modernisierung des Schuldrechts fand man das Schenkungsrecht im 2. Titel des 8. Abschnitts des 2. Buches geregelt<sup>99</sup>. Ebenfalls heutzutage ist die Hingabe einer Leistung ohne Gegenleistung keine Selbstverständlichkeit, auch wenn der Schenkung nicht immer selbstlose Motive zugrunde liegen mögen.<sup>100</sup> Aufgrund der Uneigennützigkeit des Schenkers<sup>101</sup> und des Utilitätsprinzips ist die Haftung des Schenkers in mehrfacher Hinsicht gemildert.<sup>102</sup> Das Gesetz differenziert zwischen zwei Typen von Schenkungen, der der Handschenkung (§ 516 I) und der des Schenkungsversprechens (§ 518 I). Bei der Handschenkung (formlos möglich) fallen Kausalgeschäft

---

<sup>95</sup> Grundmann/ AcP, S. 457

<sup>96</sup> Coing, S. 496

<sup>97</sup> Grundmann/ AcP, S. 457

<sup>98</sup> Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

<sup>99</sup> Staudinger/ Wimmer-Leonhardt, § 516 Rn. 4

<sup>100</sup> Staudinger/Wimer-Leonhardt: § 516, Rn. 1

<sup>101</sup> Palandt/Weidenkaff: § 521, Rd. 1

<sup>102</sup> Medicus, § 86, Rn 176

und dingliches Vollzugsgeschäft zusammen, daher wird auch keine Pflicht zur Übereignung begründet, sondern mit der dinglichen Zuwendung erfolgt die schuldrechtliche Vereinbarung des Rechtsgrundes („donandi causa“).<sup>103</sup> Eine Handschenkung gem. § 516 I ist gültig, wenn objektiv eine Bereicherung des Empfängers durch eine Zuwendung aus dem Vermögen eines Anderen gegeben ist und subjektiv eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung getroffen wurde.<sup>104</sup> Daneben handelt es sich bei dem formbedürftigen Schenkungsversprechen um einen einseitig verpflichtenden Schuldvertrag, bei dem die Schenkung bereits in der Begründung der Forderung liegt.<sup>105</sup> Wird die in § 518 I vorgeschriebene notarielle Beurkundung nicht eingehalten, ist das Schenkungsversprechen bei Bewirkung der Leistung trotzdem wirksam, § 518 II. Die Haftung des Schenkers bezieht sich auf Mängel an dem Recht (§523) und an der Sache (§ 524). Darüber hinaus findet sich noch eine allgemeine Haftungsmilderung in § 521, wonach der Schenker nur grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz zu vertreten haben soll. Gegenüber anderen Formen der unentgeltlichen Verträge, nämlich der Leihe, dem zinslosen Geld- und Sachdarlehen, dem Auftrag und der unentgeltlichen Verwahrung zeichnet sich die Schenkung dadurch aus, dass der Schenker dem Beschenkten nicht nur eine zeitlich begrenzte Nutzungsmöglichkeit einräumt, sondern der Schenkungsgegenstand dauerhaft in das Vermögen des Zuwendungsempfängers übergehen soll.<sup>106</sup> Nach diesem kurzen Überblick soll nun geklärt werden, worin die Entstehung der Schenkung und deren Stellung BGB begründet liegt.

## **I. Stellung im BGB**

Dass die Schenkung überhaupt im besonderen Schuldrecht normiert ist, hat seine Ursache in einem Streit über die Natur der Schenkung.

---

<sup>103</sup> Jauernig/ Mansel: § 516 Rn.1

<sup>104</sup> Palandt/ Weidenkaff: § 516 Rn. Rn.1

<sup>105</sup> Jauernig/ Mansel: § 516 Rn.1

<sup>106</sup> MüKo/ Koch: § 516, Rn. 1

Im Römischen Recht fehlte ein einheitlicher Standpunkt, in einzelnen Fällen erkannte man zwar Vertragsnatur an, in anderen wiederum bestritt man sie.<sup>107</sup> Zu einer klaren Regelung gelangte das BGB: Denn dadurch, dass es zur Vollendung der Schenkung die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, die wichtigste Essentiale der Schenkung, erfordert, steht ihre Vertragsnatur außer Zweifel.<sup>108</sup> Ein weiterer Grund liegt in dem Wesen der Schenkung, denn dieses erfordert zwei Bestandteile: Der erste Aspekt ist objektiver Bestandteil, nämlich das dingliche Übertragungsgeschäft, dessen Inhalt sich nach dem Gegenstand der Übertragung richtet.

Der zweite Aspekt ist subjektiver Natur und beinhaltet das Einverständnis der Parteien, das die durch den dinglichen Übertragungsakt erzeugte Vermögensverschiebung unentgeltlich zum Zwecke der Bereicherung, also schenkungsweise erfolgen sollte.<sup>109</sup> Dies ist der Stand, der auch noch gegenwärtig gültig ist.

Vorher existieren zur „Problematik Vertragsnatur“ hauptsächlich zwei verschiedene Ansichten. Eine Ansicht sah in der Handschekung keinen schuldrechtlichen Vertrag, da diese ohne vorgängiges Versprechen sofort vollzogen wurde und keine Verpflichtung zur Leistung zur Leistung enthielt.<sup>110</sup> Demnach ist das Schenkungsgeschäft als einseitiger Vertrag anzusehen, da nur für den Schenker Rechte und Pflichten, für den Beschenkten jedoch nur Rechte entstehen.<sup>111</sup> In der Einigung über die Unentgeltlichkeit schafft die Handschekung keine Verpflichtung, sondern lediglich den Rechtsgrund für den Vermögensübergang, ohne den das Zugewendete zurückverlangt werden kann.<sup>112</sup> Folglich die Handschekung ein Rechtsgrundgeschäft und kein schuldrechtlicher Vertrag.

Das die Schenkung nur einen besonderen Rechtsgrund oder Zweck für die Zuwendung des Schenkers an den zu Beschenkenden darstellt, lässt ihren Platz systematisch in der Lehre vom Rechtsgeschäft sein.

---

<sup>107</sup> Hübner, S. 25

<sup>108</sup> Zimmerle, S. 68

<sup>109</sup> Protokolle, Band II, S. 6

<sup>110</sup> Hübner, S. 26

<sup>111</sup> Bartholdy, S. 31

<sup>112</sup> Hübner, S. 26

Bei der Darstellung des Geschäftszwecks findet sie ihren Platz im Allgemeinen Teil des geltenden bürgerlichen Rechts.<sup>113</sup> Hierbei handelt es sich allerdings nicht um die aktuelle Auffassung des geltenden bürgerlichen Rechts.<sup>114</sup> Schon bei der Beratung des bürgerlichen Gesetzbuches ist der Ordnung des Dresdener Entwurfs gefolgt worden, welcher die vollständige Behandlung der Schenkung in den speziellen Teile des Obligationenrechts stellte.<sup>115</sup> Die Konsequenz daraus ist, dass es für den Schenker eigenständige Gewährleistungsrechte gibt, die sich aus seiner Stellung im Schuldrecht ergeben. Was die Haftungsmodalitäten der Schenkung betrifft, so war man zur Zeit der Beratungen des BGB daran interessiert, es bei der Schenkung aufgrund ihrer Vertragsnatur und der damit verbundenen Haftung des Schenkers mit einer einfachen Bestimmung genügen zu lassen: „...der Schenker hafte dem Beschenkten nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit.“<sup>116</sup>

Dieser Gedanke unterscheidet sich nur unwesentlich von der Formulierung im Gesetzestext. Daher lässt sich festhalten, dass auch im BGB der Grundsatz des hier behandelten Rechtsspruchwortes Aufnahme gefunden hat. Der Schenker haftet nicht für einen Mangel im Recht und nicht wegen eines Fehlers der verschenkten Sache, also auch nicht im Falle der Entwehrung.<sup>117</sup> Ausnahmen greifen, wenn der Schenker arglistig einen Mangel im Recht oder an der Sache verschweigt. Er haftet für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, falls der Schenkungsgegenstand noch zu erwerben ist, ebenso für die Erfüllung des Schenkungsvertrages (Gewährleistungspflicht wie beim Verkäufer). Ferner besteht Haftung, wenn es sich um eine Gattungsschuld handelt, die erst noch erworben werden soll.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> Oertmann, S. 177

<sup>114</sup> Oertmann, S. 177

<sup>115</sup> Jakobs/ Schubert, S. 337

<sup>116</sup> Jakobs/ Schubert, S. 373

<sup>117</sup> Coing, S. 495

<sup>118</sup> Liebe, S. 384

## II. Urteile und Aufsätze

Betrachtet man die Haftungsprivilegierung anhand höchstrichterlicher Rechtssprechung, so ist der „Kartoffelpülpefall“ zu erwähnen.<sup>119</sup> Ein Landwirt erhält von einem Kartoffelchippproduzenten die angefallenen Kartoffelreste, welche vorher erhitzt und mit Enzymen versetzt worden sind. Eigentlich wurde diese Kartoffelpülpe einem Schweinemastunternehmen überlassen, die die Mengen aber nicht mehr aufnehmen konnte. Auf Vorschlag des Geschäftsführers der Schweinemästerei wurde die Kartoffelpülpe den Landwirten der Umgebung angeboten, anstatt diese auf den Äckern zu verteilen und unterzupflügen. Ein Landwirt verwendete die Pülpe als Bullenfutter worauf Teile der Bullen erkrankten und verendeten.

Aus den Leitsätzen geht hervor, dass die Haftungsmilderung des § 521 nicht greift, wenn es um die Verletzung von Schutzpflichten geht, die nicht im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Schenkung stehen. Besteht ein derartiger Zusammenhang, dann ist die Haftung gem. § 521 gemildert. Aus dem zweiten Leitsatz geht hervor, weshalb dieser Fall von derart großer Bedeutung ist: Denn die Haftungsmilderung des § 521 müsste, soweit sie dem Schenker bei Verletzung seiner vertraglichen oder vorvertraglichen Schutzpflichten zugute kommt, auch auf Ansprüche des Beschenkten aus unerlaubter Handlung durchschlagen.

Im Zusammenhang mit diesem Urteil entwickelte sich eine Diskussion, welche die Haftungsmilderung für einzelne Schuldverhältnisse zum Gegenstand hatte.<sup>120</sup> Auch für die Gegenwart gilt, dass der Schenker sich im Zweifel nur verpflichtet will, dem Beschenkten den Gegenstand so zu verschaffen, wie er ihn hat, denn der Schenker will mit der Schenkung typischerweise nur eine Verpflichtung im Hinblick auf den verschenkten Gegenstand, nicht im Hinblick auf sein Vermögen im Ganzen übernehmen.<sup>121</sup> Der Schutzzweck der Haftungsmilderung könne den Begünstigten nur in

---

<sup>119</sup> BGHZ 93, 23

<sup>120</sup> BGHZ 93, 23, 27

<sup>121</sup> Huber/ ZIP, S. 1373

seiner Rolle als Schenker erfassen, denn er könne sinnvoll nur solche Verhaltensweisen einschließen, die an dem eigentlichen Vertragsziel, dem Leistungs- oder Erfüllungsinteresse, ausgerichtet sein.<sup>122</sup> Ob der Schenker für anfängliches Unvermögen wegen eines Rechtsmangels einzustehen hat, ist nicht von Bedeutung, da der Schenker dem Beschenkten vor der Schenkung zu nichts verpflichtet war, also gibt es auch keine Pflicht, die er schuldhaft verletzen könnte.<sup>123</sup>

## **E. Perspektiven**

Wie man an der vorangegangenen Bearbeitung entnehmen kann, hat sich die Haftungsprivilegierung des Schenkers im Laufe der Zeit zu einem festen Bestandteil der Rechtsordnung in Deutschland entwickelt. Zur Zeit ist keine Entwicklung ersichtlich, die dieser Tatsache entgegensteuern würde, so dass die Redewendung auch in Zukunft gelten wird.

Legt man die Entwicklung der Schenkung in den vergangenen 1500 Jahren zu Grunde, so hat sich diese durch den Einzug karitativer Tendenzen durch den im Zuge der Christianisierung und hinsichtlich der Berücksichtigung der Uneigennützigkeit des Schenkers gesellschaftlich etabliert und Fixierung in bedeutenden Kodifizierungen gefunden (BGB). Zwar wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierungsreform eine Änderung im Hinblick auf den Standort der Schenkung vorgenommen, jedoch gilt es anzumerken, dass der Gesetzgeber die Regelungen zur Schenkung nicht konsequent den weitreichenden Veränderungen des Schuldrechts angepasst hat.<sup>124</sup> Demnach ist es mehr als angebracht, der Gesinnung des Schenkers Rechnung zu tragen, indem man ihn mit einer Haftungsprivilegierung begünstigt.

Eine hinreichende Rechtssprechung durch höhere ordentliche Gerichte gibt es zu dieser Thematik nicht. Eventuell hängt der Sachverhalt mit dem Umstand zusammen, dass man bei Schenkungen heutzutage

---

<sup>122</sup> Gerhardt/ JS, S. 600

<sup>123</sup> Huber/ZIP, S. 1374

<sup>124</sup> Staudinger/ Wimmer-Leonhardt, S. 2

vorsichtshalber Quittungen aufbewahrt, um bei bestehender Mangelhaftigkeit der Sache einen Umtausch vorzunehmen (beispielsweise der Umtausch von Geschenken an den Werktagen nach Weihnachten). Meiner Meinung nach gebieten es Höflichkeit, Moral, Respekt und Anstand bei einem mangelbehafteten Schenkungsgegenstand sich mit dem Schenker zu beraten, welche Form die weitere Vorgehensweise annehmen könnte.

Eine Schenkung hat hohen Stellenwert in der Gesellschaft, denn es handelt sich dabei nicht um etwas Alltägliches. Sie ist Ausdruck für Wertschätzung und Zuneigung. Betrachtet aus der Makroperspektive und vor dem Zustand, dass wir uns im Zeitalter der Globalisierung befinden, so hat die selbstlose Schenkung einen altruistischen Charakter, denn in allen bedeutenden Kulturkreisen man erhält Schenkungen im Normalfall zu besonderen Anlässen. Der Vorwurf des Eigennutzens könnte dem Schenker jedoch auch anhaften, denn es ist unangenehm, selbst keine Schenkungen zu erhalten. Generell gebührt es sich entsprechenden Respekt zu zeigen, indem man sich bedankt und nicht beschwert und nur unter besonderen Umständen die einem gesetzlich zustehenden Gewährleistungsrechten in Anspruch nimmt.

Im negativen Fall ergibt sich das Problem, dem Schenker Arglist zu unterstellen, seine zweifelhaften Absichten oder grobe Fahrlässigkeit zu beweisen, welche man geltend machen muss, um einen Anspruch zu erhalten. Rational betrachtet, erfordere dies einen Aufwand, der in keinem Kosten-Nutzen-Relation steht, sofern die Schenkung nicht außerordentlich persönlich wichtig oder wirtschaftlich wertvoll ist.

Speziell im beruflich-wirtschaftlichen und politischen Bereich werden Schenkungen nicht aus altruistischen Motiven gemacht. Eine lange und große Tradition hat in vielen Staaten der Welt die Korruption eingeführt. Sie beginnt in den untersten Behörden in kleinem Rahmen und steigert sich in gefährlichem Ausmaß in die politischen Eliten. Aktuelle Statistiken zeigen auf, dass die Bundesrepublik ein kaum von Korruption belasteter Staat ist, einige skandinavische Staaten als korruptionsfrei klassifiziert worden sind. Auch Privatpersonen ohne

politische Ämter versprechen sich von Schenkungen berufliche Vorteile (Aktuelles Beispiel: Franjo Pooth). In solchen Fällen handelt es sich nicht um Schenkungen i.S.d. BGB, da man einen Zweck mit der getätigten Schenkung verfolgt, der vielleicht unentgeltlich erscheinen mag, jedoch einem deliktischen Zweck dient (Attestierung der Kreditwürdigkeit).

## **F. Thematisierung in der Literatur**

Zum Abschluss dieser Seminararbeit soll anhand dieses Gliederungspunktes noch einmal verdeutlicht werden, welchen Einfluss das Rechtssprichwort auf mehr oder weniger aktuelle Schriften hat. Viele Autoren bedienten sich der Redewendung, wenn es darum ging, den Haftungsmaßstab der Schenkung in Deutschland zu beschreiben. Nach Otto von Gierke lässt sich die Haftung des Schenkers im Deutschen und Römischen Recht grundsätzlich mit dem Sprichwort beschreiben.<sup>125</sup> Auch aus Literaturbeiträgen wird die Haftung des Schenkers nach dem Motto: “Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“ beschrieben, denn der Schenker haftet milder als der Verkäufer.<sup>126</sup> Darüber hinaus fällt dieses Zitat auch in einem Aufsatz von Muscheler zur Schenkung und Stiftung im AcP.<sup>127</sup> Auch für den juristischen Laien wird in Lexika diese Redewendung angegeben, um ihm diesem leicht verständlich aufzuzeigen, in welchem Maßstab der Schenker haftet.

---

<sup>125</sup> Gierke, S.424

<sup>126</sup> Schellhammer, § 812 II, Rn. 158

<sup>127</sup> Muscheler/ AcP, S. 508