

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a.M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Artikel/Rezension vom 31. Mai 2010

© 2010 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/1005meincke.htm>

ISSN 1860-5605

Jens Peter Meincke:

Perspektiven des Schenkungsrechts in den Institutionen Iustinians

Inhalt:

I. Die Schenkung als *aliud genus acquisitionis*

II. Die Schenkung *mortis causa*

III. Die Schenkung *non mortis causa*

IV. Die Schenkung *propter nuptias*

V. Die Freilassung eines Sklaven

VI. Schluss

Versucht man das Schenkungsrecht losgelöst vom Gesetzestext des BGB zu durchdenken, dann kann man noch heute fragen, wo die Schenkung im System des Zivilrechts ihren Platz finden sollte, welche Besonderheiten die Schenkung auf den Todesfall im Vergleich zum allgemeinen Schenkungsrecht aufweist und ob die Schenkung unter Lebenden notwendig als Vertrag aufgefasst werden muss. Unverändert aktuell ist auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Schenkung unter Ehegatten gesprochen werden kann und ob sich der Verzicht eines Miteigentümers auf seine Rechtsstellung als Mittel einer schenkweisen Zuwendung einsetzen lässt. Diese und andere Fragen haben die Juristen schon in der Antike beschäftigt. In den Institutionen Iustinians spiegeln sich ihre Überlegungen wider. Es ist daher aus der Sicht des Zivilrechts nicht ohne Interesse, einmal einen Blick auf die Darstellung des Schenkungsrechts in diesem berühmten Buch zu werfen. 1

I. Die Schenkung als *aliud genus acquisitionis*

Zur Schenkung äußern sich die Institutionen im Rahmen ihrer Ausführungen zum Vermögensrecht in einem gesonderten Kapitel (Inst. 2,7). Einen vergleichbaren Textabschnitt hatte es in den dreihundertfünfzig Jahre älteren Gaius-Institutionen, die Iustinian als Vorlage für sein Lehrbuch dienten, noch nicht gegeben. Daher mussten seine wesentlichen Aussagen und sein Platz im System von den Autoren neu überdacht werden. Sie beschlossen, die Schenkung als eine Transaktion eigener Art anzusehen¹ und sie im Anschluss an 2

1 Im Unterschied dazu hatte später *F.C. v. Savigny* (System des Römischen Rechts IV, 1841, 3), die

die Schilderung unterschiedlicher Modalitäten des Eigentumserwerbs zu behandeln, dort wo erörtert wird, unter welchen Voraussetzungen Gegenstände nach dem für alle Menschen verbindlichen *ius gentium* oder aber nach dem spezifisch römischen *ius civile* erworben werden. An diese Übersicht schließt unmittelbar die Darstellung des Schenkungsrechts an. Sie beginnt mit den Worten: *Est etiam aliud genus acquisitionis donatio*. Es gibt noch eine andere Art von Erwerb, und das ist die Schenkung (Inst. 2,7 pr.).

Bemerkenswert ist an diesen Worten zunächst, dass sie den Akzent auf den Erwerb legen, die Schenkung also von der Seite des Beschenkten her betrachten, während *donatio* von *donum datio*, d.h. vom Geschenk-Geben, abgeleitet wird und daher dem Wortsinn nach die Handlung des Schenkers betont. Der Blickrichtung vom Beschenkten her ist später auch noch das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 gefolgt, das die Schenkung in das Kapitel „Von den Titeln zur Erwerbung des Eigentums ...“ eingestellt hat². Die Digesten Iustinians (D. 39,5,1 pr.) gehen dagegen vom Schenker aus, der sich mit seiner Gabe freigebig zeigt. Und auch das BGB stellt in den §§ 516 ff. die vom Schenker initiierte Zuwendung einschließlich der Verpflichtungen, die sich für den Schenker im Zusammenhang mit ihr ergeben können, in den Vordergrund.

Auffallend ist sodann, dass die Institutionen auf die Schenkung im Anschluss an eine Übersicht über Eigentumserwerbstatbestände zu sprechen kommen und sie damit in den Kontext von sachenrechtlichen Fragen einfügen. Das BGB regelt die Schenkung dagegen im Schuldrecht. Doch zeigt schon ein Blick ins Schenkungsrecht des BGB, dass es dem Gesetzgeber bis heute nicht gelungen ist, den Vermögenstransfer und seinen Rechtsgrund, die Zuwendung und die der Zuwendung zugrunde liegende Abrede, klar von einander zu trennen. Vielmehr heißt es in § 516 Abs. 1 BGB: „Eine Zuwendung ... ist Schenkung, wenn...“. So als wenn im Kaufrecht stünde: „Die Leistung einer Sache gegen Zahlung ihres Preises ist Kauf, wenn“. Für das Kaufrecht zweifelt niemand daran, dass die Leistung der Kaufsache auf dem Kaufvertrag beruht, einen gegenüber dem Kaufabschluss selbständigen Akt darstellt und daher kein Element des Kaufvertrages sein kann. Im Schenkungsrecht werden dagegen die in die sachenrechtliche Zuordnung eingreifende Zuwendung und die ihr zugrunde liegende schuldrechtliche Absprache zusammengefasst zu den Begriffsmerkmalen der Schenkung gezählt.

Schenkungen in einer viel zitierten Wendung als einen allgemeinen Charakter bezeichnet, welchen die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können. Seiner Auffassung, die zunächst viel Zustimmung fand, ist dann aber mit Erfolg B. Windscheid entgegengetreten (B. Windscheid/Th. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 9. Aufl. 1906, § 365 Fn. 18). Er hat damit die Zivilrechtssystematik in diesem Punkt zur Auffassung der Institutionen zurückgeführt.

2 ALR I, 11 §§ 1014 ff.

Unter diesen Umständen überrascht es nicht, dass auch die Institutionen die schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Aspekte der Schenkung nicht immer deutlich auseinander halten. Zwar gehen die Institutionen einerseits davon aus, dass die Schenkung wie ein Kauf oder wie ein Vermächtnis nur die „causa“ (Inst. 2,1,41) oder den „titulus“ (Inst. 2,6,14) für die Übertragung des in Frage stehenden Gegenstandes bildet, also nicht die Übertragung selbst bewirkt. Andererseits ist in ihnen jedoch wiederholt ganz unbedenklich davon die Rede, dass „durch“ Kauf (Inst. 2,6,14) oder „durch“ Vermächtnis (Inst. 2,9,6) Gegenstände erworben werden. Und in derselben Weise wird auch von einem Erwerb „durch“ Schenkung (Inst. 2,1,35; 2,6,14; 2,20,6) oder „aus“ Schenkung (Inst. 2,16,4) gesprochen, so als wenn die Schenkung selbst es wäre, die zum Eigentumserwerb führt. 5

Trotz dieser missverständlichen Formulierungen wollen die Institutionen die Schenkung jedoch nicht als einen sachenrechtlichen Übertragungstatbestand charakterisieren. Wenn sie von einem *aliud genus acquisitionis* sprechen, ist damit nicht ein weiterer³, zu den bisher genannten Erwerbswegen hinzutretender, sachenrechtlich wirkender Erwerbsvorgang gemeint. Die dem Empfänger zugedachte Sache wird nicht durch Schenkung, sondern durch *traditio* übertragen. Daran wollen die Institutionen nicht rütteln. Die unterschiedlichen sachenrechtlichen Erwerbstatbestände bilden für sie verschiedene *modi* des Erwerbs (vgl. Inst 2,1,11; 2,1,40; 2,5,6; 2,7,4). Mit Blick auf die Schenkung sprechen die Institutionen dagegen von einem anderen *genus*, einem anderen Typ von Erwerb, so wie sie später auch innerhalb des Schenkungsrechts verschiedene Typen von Erwerb unterscheiden (Inst. 2,7,3). Es geht ihnen dabei um einen anderen Typ nicht des Akquirierens, sondern der Akquisition. 6

Den schenkweisen Erwerb als einen anderen Typ von Akquisition hervorzuheben, erscheint sinnvoll, weil die Institutionen die spezifischen Voraussetzungen und Wirkungen dieses Erwerbs vor Augen führen wollen. Für den schenkweisen Erwerb gelten spezielle Formvorschriften. Unter Ehegatten sind besondere Wirksamkeitserfordernisse zu beachten. Der schenkweise Erwerb kann erbrechtliche Folgewirkungen nach sich ziehen, und er verschafft dem Erwerber eine Position, die nicht so zuverlässig gesichert ist wie bei an- 7

3 Die eindrucksvolle Übersetzung der Institutionen ins Deutsche von O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H.H. Seiler, 3. Aufl. 2007, die auch im Folgenden durchweg zugrunde gelegt wird, gibt daher den Eingangssatz zu Unrecht mit den Worten wieder: „Eine weitere Erwerbsart ist die Schenkung“. Sie kann sich dabei allerdings auf ähnlich lautende Übertragungen ins Deutsche (C.F. Sintenis, 1803; von „einem praktischen Juristen“ 1903), ins Englische (J.B. Moyle, 5. Aufl. Oxford 1913; T.C. Sandars, London 1952; J.A.C. Thomas, Kapstadt 1975) und ins Niederländische (A.C. Oltmans, 1941; J.E. Spruit/K.E.M. Bongenaar, Hilversum 1993) berufen. Dagegen kann die Übersetzung von P. Birks (Ithaca/USA 1987) für die hier vorgeschlagene Interpretation in Anspruch genommen werden, wenn er schreibt: „Another type of acquisition is gift“.

deren Erwerben, weil der Beschenkte wegen der für die Schenkung charakteristischen Widerrufsrechte und wegen einzelner aus dem Erbrecht stammender Kürzungsbefugnisse damit rechnen muss, dass ihm sein Erwerb nicht ungeschmälert verbleibt. Den schenkweisen Erwerb zu begünstigen, sieht Iustinian als Ziel seiner Gesetzgebung an. Über solche Besonderheiten wollen die Institutionen berichten. Daher liegt es für die Institutionen nahe, diesem Erwerb einen eigenen Abschnitt zu widmen.

II. Die Schenkung *mortis causa*

Wer die besondere Art des Schenkungserwerbs näher beschreiben will, muss aus der Sicht der Institutionen zunächst zwei Arten der Schenkung unterscheiden, die Schenkung *mortis causa* und die Schenkung *non mortis causa* (Inst. 2,7,1). Betrachtet man diese Gegenüberstellung, so überrascht, dass die Institutionen die Schenkung *mortis causa* an erster Stelle nennen und sie ganz offenbar als selbständiges Rechtsinstitut und gleichgeordnet mit dem allgemeinen Schenkungsrecht betrachten, während die Digesten Iustinians (D. 39, 5 und 6) und seine Konstitutionen (C. 8, 53 und 56) die Zusammenstellung der in ihnen gesammelten Fragmente und Erlasse mit dem allgemeinen Schenkungsrecht beginnen und erst anschließend auf die Schenkung *mortis causa* wie auf einen speziellen Fall des allgemeinen Schenkungsrechts zu sprechen kommen. Dies ist auch noch der Standpunkt des geltenden Rechts.

Um deutlich zu machen, was die beiden Schenkungsarten von einander trennt, stellen die Institutionen im Übrigen – einer Linie folgend, die sich auch sonst in ihrer Systematik beobachten lässt – nicht die Unterschiede in den Rechtsfolgen oder in den mit ihnen verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten in den Vordergrund. Sie gehen vielmehr von Unterschieden im Tatbestand der beiden Schenkungsarten aus und betonen, dass die Schenkung *mortis causa*, anders als die Schenkung *non mortis causa*, „in Erwartung (*suspicio*) des Todes“ oder – wie es später heißt – „in Gedanken (*cogitatio*) an den Tod“ erfolgt.

Diese Ausdrucksweise bedarf allerdings der Erläuterung. Denn nicht der Umstand, dass die Schenkung *mortis causa*, also des Todes wegen, erfolgt oder dass ihr die Erwartung des Todes oder der Gedanke an den Tod zugrunde liegt, hebt sie von den Schenkungen *non mortis causa* ab. Auch Zuwendungen zur Vorwegnahme der Erbfolge werden des Todes wegen, in Erwartung des Todes oder in Gedanken an den Tod erbracht. Sie stellen dennoch regelmäßig keine Schenkungen *mortis causa* dar. Für die Schenkung *mortis causa* ist vielmehr charakteristisch, dass der Gedanke an den Tod des Schenkers nicht auf der Ebene einer Motivation des Schenkers verbleibt, sondern sich auf den Inhalt seiner Erklärungen auswirkt und so Einfluss auf die Ausgestaltung der Schenkung erhält. Kenn-

8

9

10

zeichnend für die Schenkung mortis causa ist ferner, dass die Schenkung im Regelfall nicht an einen entfernten Todesgedanken anknüpft, sondern auf eine aktuell bevorstehende Todesgefahr reagiert und dass mit dem Gedanken an den Tod zugleich auch der Gedanke an ein Überleben des Schenkers in der Gefahrensituation in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit rückt.

Weil der Schenker den Tod vor Augen hat, zugleich aber auch ein Überleben trotz der Todesgefahr für möglich hält, bekommt die Schenkung mortis causa ein Doppelgesicht. Sie trifft eine Regelung zugleich für den Todes- und für den Überlebensfall. Mit ihr will der Schenker im Hinblick auf seinen Tod schon jetzt etwas bewirken, die endgültige Regelung aber doch noch in der Schwebe halten. Mit ihr will er die geringen Formanforderungen eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden nutzen und doch Wirkungen wie mit einer Verfügung von Todes wegen erzielen. 11

Als geeignetes Instrument, um dieses mehrfache Regelungsziel zu realisieren, bietet sich die Schenkung mortis causa an. Die Annäherung an die Verfügungen von Todes wegen wird im Rahmen dieses Rechtsgeschäfts vornehmlich durch das Einfügen einer Bedingung erreicht, nach der die Schenkung erst im Todesfall endgültig Wirksamkeit erlangen soll, im Überlebensfall dagegen ihre Wirksamkeit verliert. Zugleich wird der Fall bedacht, dass die Entscheidung über den Eintritt der Bedingung sich hinzieht oder dass der Beschenkte vor dem Schenker stirbt. Bleibt das Ereignis aus, das über Tod oder Leben entscheidet, dann soll der Schenker an die Schenkung wie ein Erblasser an ein von ihm angeordnetes Vermächtnis zu seinen Lebzeiten nicht gebunden sein. Verstirbt der Beschenkte vor dem Schenker soll die Schenkung wie ein Vermächtnis jede Wirksamkeit verlieren. 12

Die Nähe zu den Vermächtnissen ist daher ein weiteres wichtiges Kennzeichen der Schenkung mortis causa, das die Institutionen betonen. Aus der Nähe zu den Vermächtnissen folgt in der Praxis, dass Einschränkungen des Vermächtniserwerbs auch für die Schenkung mortis causa herangezogen werden können, was nicht zuletzt für das Kürzungsrecht des Erben nach der *lex Falcidia* (Inst. 2.22) bedeutsam ist, das seit einer Entscheidung des Kaisers Antoninus Pius (C. 6,50,5) auch auf die Schenkung mortis causa zur Anwendung gebracht werden kann. 13

Zusammengefasst führen diese Besonderheiten dazu, dass die Institutionen die Schenkung mortis causa als eine besondere Art von Erwerb charakterisieren, einen Erwerb auf der Grenzlinie zwischen Erbrecht und sonstigem Vermögensrecht. Es ist ein Kennzeichen dieses Erwerbs, dass der Schenker selbst noch gibt, sich selbst noch über das Gelingen der Transaktion vergewissern und auch die Dankbarkeit des Beschenkten selbst noch spüren 14

kann, dass er aber doch das Vermögensopfer, das in der Schenkung liegt, im Ergebnis noch nicht selbst zu tragen braucht. Denn zu seinen Lebzeiten verbleibt ihm ein Einfluss, der es ihm erlaubt, den Schenkungsgegenstand jederzeit wieder an sich zu ziehen, so dass er das Geschenk erst mit seinem Tod endgültig in die Sphäre des Beschenkten hinüber gleiten lässt.

Die Institutionen beabsichtigen nicht, die Schenkung *mortis causa* umfassend zu schildern. 15 So lassen sie unerwähnt, dass Iustinian zu Beginn seiner Regierungszeit in einer seiner Konstitutionen (C. 8,56,4) die schriftliche oder mündliche Errichtung vor fünf Zeugen für erforderlich gehalten hatte. Es bleibt ferner offen, ob für die Schenkung wie für ein Vermächtnis die einseitige Erklärung des Schenkers genügt. Und es fehlt eine Stellungnahme zu der Frage, ob die Schenkung auch unter Eheleuten wirksam vorgenommen werden kann. Dafür werden die Institutionen jedoch konkreter und stellen zwei Fallgestaltungen einander gegenüber, ohne allerdings die beiden Fälle deutlich von einander zu trennen. Bei der ersten Gestaltung, so heißt es in den Institutionen, „schenkt jemand in der Weise, dass, falls er ums Leben kommen sollte, der Empfänger das Geschenke behalten kann, dass der Schenker es aber zurück bekommen soll, falls er überlebt, ihn die Schenkung gereut oder falls der Beschenkte vor ihm stirbt“.

Der zweite Fall wird gleich anschließend in Anlehnung an die Odyssee Homers ent- 16 wickelt. Telemach, Odysseus Sohn, war von einem Besuch des Menelaos in Sparta mit Geschenken nach Ithaka zurückgekehrt. Um sich vor einem Anschlag zu schützen, hatte Telemach das Schiff jedoch noch vor der Ankunft im Hafen von Ithaka verlassen. Die Geschenke hatten seine Gefährten anschließend im Hafen angelandet und von dort in das Haus des Peiraios gebracht. Bei nächster Gelegenheit trat nun Peiraios an Telemach heran und bat ihn: „Schicke rasch die Dienerinnen zu meinem Haus, damit ich Dir die Gaben überreiche, die Menelaos Dir geschenkt hat“. Telemach dagegen wehrte ab. „Wir wissen ja nicht, wie diese Dinge ausgehen werden. Wenn mich die mannhaften Freier heimlich in den Hallen töten und alles väterliche Gut verteilen, so will ich lieber, dass Du es selbst behalten⁴ und den Genuss davon haben mögest, als einer von diesen da. Wenn ich denen aber Mord und Todesschicksal pflanze, dann sollst Du es mir zur Freude freudig zu den Häusern bringen“.

Betrachtet man die beiden Fälle, so geht es im ersten wie im zweiten Fall um eine 17 Schenkung, deren Wirksamkeit vom Tod des Schenkers abhängen soll. Der Tod wird als

4 Da Peiraios die Sachen schon hat, kann Telemach ihm nicht wünschen, dass er die Sachen im Fall seines Todes „bekommt“, wie es in den einschlägigen Übersetzungen durchweg heißt. Der griechische Text verwendet denn auch das Wort „ἔχειν“, das haben, behalten bedeutet.

ein unmittelbar bevorstehendes Ereignis ins Auge gefasst. Zugleich wird aber auch die Möglichkeit des Überlebens des Schenkers bedacht und in die Ausgestaltung der Schenkung einbezogen. In beiden Fällen befindet sich der Gegenstand der Schenkung beim Beschenkten. Im ersten Fall hat ihn der Schenker als Geschenk fortgegeben, will ihn aber dann, wenn er die Gefahrensituation überlebt, zurückbekommen. Im zweiten Fall hat der Schenker den Schenkungsgegenstand nicht als Geschenk fortgegeben, will ihn aber dem Beschenkten, bei dem er sich aus anderen Gründen befindet, wenn er nicht überlebt, schenkweise belassen.

Im ersten Fall ist die Schenkung mit einer auflösenden, im zweiten Fall mit einer aufschiebenden Bedingung verbunden. Auflösende Bedingung ist im ersten Fall das Überleben des Schenkers (oder die dem Überleben gleichgestellten Fälle der Reue oder des Vorversterben des Beschenkten). Dann soll die zunächst wirksame Schenkung ihre Wirksamkeit verlieren und der Beschenkte (oder seine Erben) sollen das Geschenk dann an den Geber zurückgewähren. Aufschiebende Bedingung ist im zweiten Fall der Tod des Schenkers (wenn dieser noch zu Lebzeiten des Beschenkten eintritt, ohne dass der Schenker vorher von der Schenkung Abstand genommen hat). Dann soll die zunächst noch nicht wirksame Schenkung wirksam werden und soll der Beschenkte den Schenkungsgegenstand behalten (und ein Herausgabeverlangen der Erben des Schenkers abwehren) dürfen. 18

In beiden Fällen wird dem Schenker zu Lebzeiten die Möglichkeit eingeräumt, von der Schenkung, sei sie nun auflösend oder aufschiebend erklärt, jederzeit ohne Begründung wieder Abstand zu nehmen. In beiden Fällen geht es nicht um ein Versprechen, das eine Verpflichtung zur Übertragung des versprochenen Gegenstandes begründet. Denn der Beschenkte hat den ihm zugeordneten Gegenstand bereits in der Hand. Für die Verpflichtung zu einer erneuten Übertragung ist kein Raum. 19

Das Regelungsziel, mit dem der Gesetzgeber des BGB ausweislich der Gesetzesmotive die Schenkung auf den Todesfall in § 2301 Abs. 1 BGB aufgenommen hat, die Absicht nämlich, für das Versprechen der Schenkung – abweichend von der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB – die Form der Verfügungen von Todes wegen vorzusehen⁵, liegt außerhalb des Interessenkreises der Institutionen. Die Institutionen erörtern nicht das Versprechen einer Schenkung mortis causa. Sie schildern vielmehr die Handschenkungen, für die sie keine Formanforderungen nennen. Die Handschenkungen mortis causa, mit der sich die 20

5 *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB V, 1899, 186: Der Entwurf zum BGB begnügt sich damit, „zu bestimmen, dass auf die näher bezeichnete Schenkung, je nachdem nur ein Versprechen erteilt oder die Schenkung vollzogen ist, die Vorschriften über den Erbvertrag oder den Vermächtnisvertrag oder die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden“.

Institutionen beschäftigen, ist wiederum kein Thema, das den BGB-Gesetzgeber interessiert. Denn die Handschenkung, auch wenn sie aufschiebend oder auflösend bedingt vorgenommen wurde, wird von den Gesetzesverfassern als sogleich vollzogene Schenkung verstanden⁶ und ohne weiteres den allgemeinen Schenkungsregeln unterworfen (§ 2301 Abs. 2 BGB).

„Kurz gesagt“, schließen die Institutionen ihre Ausführungen zur Schenkung auf den Todesfall mit einem Zitat aus Marcians Institutionen (D. 39,6,1) ab, „liegt eine Schenkung von Todes wegen dann vor, wenn jemand etwas lieber bei sich als bei dem Beschenkten hätte und lieber bei dem Beschenkten als bei seinen Erben“ und – so sollte man hinzufügen – lieber bei seinen Erben als bei den Erben des Beschenkten. Das Zitat aus Marcians Lehrbuch zeigt, worum es den Institutionen bei der Schilderung der Schenkung mortis causa geht. Die Institutionen wollen nicht über besondere Formanforderungen berichten oder bestimmte Folgewirkungen der Schenkung von Todes wegen deutlich machen. Sie wollen vielmehr nur die Rechtsfigur als solche vorstellen, die Schenkung mortis causa, mit deren Hilfe man eine Zuwendung auf der Grenzlinie zwischen allgemeinem Vermögensrecht und Erbrecht verwirklichen kann. Die Unterrichtung darüber, welche Voraussetzungen und Rechtswirkungen bei der Anwendung dieser Rechtsfigur im Einzelnen zu beachten sind, bleibt dem Studium in einem späteren Abschnitt der Ausbildung vorbehalten. 21

III. Die Schenkung *non mortis causa*

Der Schenkung mortis causa stellen die Institutionen die regelmäßige Schenkung gegenüber, die *non mortis causa* erfolgt und die von Iustinian an anderer Stelle als einfache (*simplex*: C. 5,3,20) oder gemeine (*communis*: C. 5,8,53,34) Schenkung beschrieben wird. Die Institutionen bezeichnen sie mit einem heute noch im Schenkungssteuerrecht⁷ gebräuchlichen Ausdruck als Schenkung unter Lebenden (*inter vivos*). Dieser Ausdruck hat sich in der Folgezeit im Zivilrecht aus gutem Grund nicht durchgesetzt. Denn dass diese Schenkung wie jede andere Schenkung unter Lebenden abgeschlossen wird, weil ein Toter keine Schenkung machen kann, ist selbstverständlich. Und dass sie auch noch unter Lebenden – also zu Lebzeiten von Schenker und Beschenktem – ausgeführt werden soll, kann ebenfalls nicht als charakteristisches Merkmal gelten. Wie der Ausdruck *non mortis causa* zeigt, gehört zur Schenkung unter Lebenden jede Schenkung, die nicht mortis causa erfolgt, also nicht mit einer Überlebensbedingung versehen ist. Schenkung 22

6 Mugdan, aaO.

7 § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 ErbStG; J.P. Meincke, ErbStG, Kommentar, 15. Aufl. 2009, § 1 Anm. 10.

unter Lebenden ist daher auch eine auf den Tod des Schenkers befristete Zuwendung, die zu seinen Lebzeiten gerade nicht mehr umgesetzt werden wird⁸.

Um die Schenkung unter Lebenden zu charakterisieren, knüpfen die Institutionen denn auch nicht an die Bezeichnung *inter vivos* an, sondern gehen von dem Gegensatz zur Schenkung *mortis causa* aus. Sie begnügen sich damit, die Schenkung *inter vivos* von der Schenkung *mortis causa* dadurch abzugrenzen, dass diese Art der Schenkung „ohne einen Gedanken an den Tod geschieht, in keiner Weise den Vermächtnissen gleichgestellt ist und nicht nach Belieben widerrufen werden“ kann (Inst. 2,7,2). Eine positive Aussage darüber, dass die Schenkung auf eine freigebige Zuwendung abzielt, die den Beschenkten auf Kosten des Schenkers bereichert, sucht man vergebens. 23

Für die Schenkung unter Lebenden gilt nach Auskunft der Institutionen, dass sie schon gleich mit dem Zustandekommen „voll und ganz Wirksamkeit erlangt“. Das unterscheidet sie von der Schenkung *mortis causa*, deren Wirksamkeit wegen der für sie charakteristischen Überlebensbedingung auch nach dem Zustandekommen zunächst noch in der Schwebe bleibt. Das unterscheidet sie aber nicht von dem, was man im rechtsgeschäftlichen Bereich auch sonst von Erwerben erwarten wird. Daher konzentriert sich die Aufmerksamkeit unwillkürlich auf das Zustandekommen der Schenkung. Gibt es hier vielleicht ein Merkmal, das aus der Sicht der Institutionen den besonderen Charakter des Erwerbs im Fall einer einfachen Schenkung begründet? Die Institutionen bemerken dazu, die Schenkung kommt zustande, „wenn der Schenker seinen Willen schriftlich oder nicht schriftlich kundgetan hat“ (Inst. 2,7,2). Damit werden drei Fragenkreise angesprochen. 24

Die erste Frage betrifft den Vertragscharakter der Schenkung. Es kommt, nimmt man die Aussage der Institutionen beim Wort, für das Zustandekommen der Schenkung nur auf den Schenker und auf die Kundgabe seines Willens an. Die Schenkung, so scheint dieser Text aussagen zu wollen, ist nicht als Vertrag, sondern als eine einseitige Erklärung des Schenkers zu verstehen. Der schenkweise Erwerb kann dem Beschenkten ohne dessen Zutun oder sogar gegen dessen Willen zufallen. Ist dies die Meinung der Institutionen? Das ist nicht sicher. Denn man kann den Text auch so lesen, dass er sich darauf beschränkt, mit der Willenskundgabe durch den Schenker das zentrale Element der Schenkung zu bezeichnen, ohne sich zugleich für oder gegen den Vertragscharakter der Schenkung auszusprechen. 25

Eine Interpretation in diesem Sinn legen einzelne Stellungnahmen in Iustinians Digesten 26

8 Die auf den Tod des Schenkers befristete Schenkung wird auch heute nicht zu den Schenkungen auf den Todesfall gezählt: A. v. Tuhr, Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II 1, 1918, 76 Fn. 93.

nahe, die darauf hindeuten, dass die Schenkung zur Zeit der Abfassung der Institutionen überwiegend als Vertrag aufgefasst worden ist. Der wohl wichtigste Beleg für diese Ansicht findet sich in einem Zitat, das aus Ulpian's *disputationes* (Ulp. D. 12,1,18 pr.) überliefert ist. Dort heißt es: „Wenn ich dir Geld in der Absicht gebe, es dir zu schenken, du es aber als Darlehen annimmst, liegt, wie Julian schreibt, eine Schenkung nicht vor“. Julian hatte dies zwar, soweit erkennbar, nicht ausdrücklich so geschrieben, wohl aber in einem seiner Texte, der von der Wirksamkeit der Eigentumsübertragung handelt und der ebenfalls überliefert ist (D. 41,1,36), vorausgesetzt⁹.

Die Stellungnahme Ulpian's geht vom Vertragscharakter der Schenkung aus. Sie lässt es nicht genügen, dass Geld in der Absicht zu schenken hingegeben wurde. Sie verlangt vielmehr, dass das Geld auch als Geschenk angenommen worden ist. Sonst liegt, wie Ulpian formuliert, „eine Schenkung nicht vor“. Doch ist nicht sicher, dass die Verfasser der Institutionen diese Rechtsansicht geteilt haben. Denn warum soll es auf eine Annahme des Geschenks ankommen? Geht es darum, das Vertrauen des Empfängers darauf zu schützen, dass ihm kein Geschenk ohne seine Zustimmung aufgedrängt werden kann? Und ist ein solches Vertrauen wirklich schutzwürdig, wenn man sich vor Augen hält, dass in dem von Ulpian geschilderten Fall wegen des dort unterstellten Vertragscharakters der Schenkung weder eine Schenkung noch ein Darlehen angenommen werden kann, so dass das Geld im Ergebnis zurückgewährt werden muss? Liegt das wirklich im Interesse der Beteiligten? Genügt es nicht, dass der einseitig Beschenkte das Geld, das er nicht behalten will, jederzeit einseitig zurückschenken kann? Die Verfasser der Institutionen könnten durchaus Grund gehabt haben, der Meinung von Ulpian zu widersprechen. Sie haben es jedoch nicht deutlich genug getan. So bleibt ihre Linie im Ungewissen. Auf jeden Fall kann man den Institutionen eine klare Stellungnahme für oder gegen den Vertragscharakter der Schenkung nicht entnehmen. Die Frage nach dem Vertragscharakter der Schenkung muss daher, beschränkt man den Blick auf den Text der Institutionen, zumindest offen bleiben.

27

Ein zweiter Fragenkreis gilt der Form, die für die Schenkung vorgeschrieben ist. Wenn es zum Zustandekommen der Schenkung genügt, dass der Schenker seinen Willen schriftlich oder nicht schriftlich kundgetan hat, dann scheint es kein besonderes Formgebot für die

28

9 In dem Julian zugeschriebenen Text heißt es: „Wenn ich Dir Geld als Geschenk übertrage, Du es aber als Darlehen annimmst, dann geht das Eigentum bekanntlich auf Dich über und der Umstand, dass wir über den Rechtsgrund der Übereignung unterschiedlicher Meinung waren, bildet kein Hindernis“. Wegen der Selbständigkeit des Übertragungstatbestandes soll die Übereignung der Geldstücke wirksam sein, auch wenn die zugrunde liegende Schenkungsabrede mangels Konsens der Vertragspartner nicht wirksam zustande gekommen ist.

Schenkung zu geben, da die nichtschriftliche und damit formlose Erklärung für ausreichend gehalten wird. Doch wird man an dieser Stelle zwischen dem Zustandekommen der Schenkung, also der Verwirklichung des Tatbestandes, der die Schenkung ausmacht, und der Einhaltung der vorgeschriebenen Form unterscheiden müssen. Ein Formmangel hindert nicht das Zustandekommen der Schenkung, macht die Schenkung nicht zum Nichtrechtsgeschäft. Er beeinträchtigt nur die Wirksamkeit der im Übrigen vollständig abgeschlossenen Erklärung, so wie auch § 125 BGB heute als Folge eines Formmangels nicht das Rechtsgeschäft, sondern nur die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts entfallen lässt.

Daher steht das, was die Institutionen anschließend über die Schenkungsform schreiben, nicht in Widerspruch zu dem, was sie vorweg über die Anforderungen für das Zustandekommen der Schenkung berichtet haben. Die Schenkung kommt formlos zustande, muss jedoch zu ihrer Wirksamkeit die vorgeschriebenen Formanforderungen beachten. Die Form der einfachen Schenkung richtet sich, so schildern es die Institutionen, nach der wirtschaftlichen Bedeutung, die die Zuwendung für den Empfänger hat. Kleine Geschenke können formlos zugewandt werden. Für große Schenkungen ist dagegen die gerichtliche Protokollierung vorgeschrieben. Wie die Institutionen berichten, hat Iustinian die Wertgrenze, die kleinere von größeren Geschenken unterscheidet, soeben auf 500 Goldmünzen (das entspricht einer Menge von 2,275 kg in reinem Gold!)¹⁰ heraufgesetzt. Diese Bestimmung sollte im Gebiet des gemeinen Rechts in Deutschland für fast 1400 Jahre bis zum Inkrafttreten des BGB in Wirksamkeit bleiben. Erst das BGB hat jedes Formgebot für Handschenkungen abgeschafft.

Die Protokollierungspflicht, die die Institutionen erwähnen, brauchte im Übrigen nicht immer eingehalten zu werden. So gab es Schenkungen besonderer Art, die keine Protokollierung verlangten, wie Schenkungen, die zum Loskauf Gefangener dienen sollten, oder Schenkungen an den Kaiser. Den Kreis dieser formfreien Schenkungen hatte Iustinian erweitert. Den Institutionen genügt es, die Studenten auf die Möglichkeit von Ausnahmen vom Formzwang zu verweisen, ohne sie zugleich mit den Einzelheiten zu belasten.

Ein dritter Fragenkreis betrifft die Bedeutung der Zuwendung im Tatbestand der Schenkung. Aus den Institutionen ergibt sich hierzu: Nur die Willenskundgabe des Schenkers ist entscheidend. Schon die Willenskundgabe als solche macht die Schenkung perfekt. Die Umsetzung des Willens durch Übertragung des Geschenks ist dagegen kein unverzichtbares Merkmal der Schenkung. Vielmehr gilt, dass, „auch wenn (der Schenkungsgegen-

10 R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Kapstadt 1990, 495.

stand) nicht übertragen wurde, die Schenkung voll und ganz Wirksamkeit erlangt und den Schenker die Pflicht zur Übergabe trifft“.

Damit ist es nach Aussage der Institutionen nicht mehr erforderlich, zu Begründung einer Übertragungspflicht eine Stipulation als abstrakten Verpflichtungsvertrag abzuschließen. Vielmehr wird durch die Schenkung selbst die Pflicht zur Übereignung begründet. Die Institutionen liefern einen bedeutsamen Beleg für diese Neuerung des justinianischen Rechts, die der Kaiser in seinen Konstitutionen mit dem Hinweis darauf begründet, dass „jedem freisteht, zu tun was er will“. Niemand wird zum Versprechen einer Schenkung gezwungen. Wer aber verspricht, muss auch halten, was er versprochen hat (C. 8,53,35,5c). Bemerkenswert ist, dass Iustinian in diesem aus der Sicht seiner Zeit erstaunlichen Plädoyer für die Anerkennung der Vertragsfreiheit auf jedes besondere „Seriositätsindiz“¹¹ für das Versprechen – etwa durch spezifische Formanforderungen für das Schenkungsversprechen, wie sie das BGB in § 518 Abs. 1 ohne Rücksicht auf den Wert des Versprochenen kennt – verzichtet. Auch die knapp 1500 Jahre später formulierte Überlegung: „Would it not be slightly odd, if not invidious, to offer legal protection to someone, who has not sacrificed anything, and thus to see the donor caught by his own altruistic act?“¹², war Iustinian ganz offenbar bei seinen rechtspolitischen Erwägungen nicht gegenwärtig.

Wenn die Schenkung schon mit dem Versprechen zur Leistung voll und ganz Wirksamkeit erlangt, liegt die Frage nahe, welche Bedeutung dann noch der Übertragung des versprochenen Gegenstandes aus der Sicht des Schenkungsrechts zukommen soll. Für die Institutionen ist die Schenkung ein Erwerb. Liegt dieser Erwerb, schon mit dem Versprechen zur Leistung vollständig vor? Zwei mögliche Betrachtungsweisen stehen sich gegenüber. Man kann die für das Schenkungsrecht charakteristische Zuwendung schon in der Übernahme der Leistungspflicht sehen. Gegenstand des Erwerbs ist dann die Forderung, die aus dem Versprechen herrührt. Ist die Forderung verschafft, ist die Schenkung vollzogen. Die Übertragung des versprochenen Gegenstandes wird dann *solvendi causa* und nicht *donandi causa* bewirkt. Man kann aber auch den versprochenen Gegenstand in den Mittelpunkt stellen. Dann geht es nicht um eine Forderungsschenkung, sondern um eine Sachschenkung, und das Versprechen des Schenkers enthält die Schenkung noch nicht, sondern kündigt sie nur an. Welche Interpretation wollen die Institutionen bevorzugen? Auch hier vermeiden die Institutionen eine klare Stellungnahme. Doch spricht manches dafür, dass für sie der schenkweise Erwerb bereits mit dem Versprechen der Leistung ab-

11 K. Zweigert, Seriositätsindizien, JZ 1964, 349.

12 R. Zimmermann (oben Fn. 10), 477.

geschlossen ist. .

„Wir haben“, fährt Iustinian in den Institutionen fort, „darüber hinaus zahlreiche weitere Bestimmungen zur stärkeren Begünstigung der Schenkungen eingeführt, die sämtlich unseren Konstitutionen, die wir dazu erlassen haben, zu entnehmen sind“. Die Studenten sollen sich auch in diesem Punkt keine Einzelheiten merken, und dies mit Grund. Denn die Begünstigungen betrafen jeweils nur Details, die notfalls nachgeschlagen werden konnten. Wichtiger, als diese Details zu kennen, ist für die Studenten das Wissen, dass der Kaiser – in Abweichung von der älteren römisch-rechtlichen Praxis, der man eine deutliche Zurückhaltung gegenüber Schenkungen attestiert¹³ – sich um eine Begünstigung der Schenkungen bemüht, dass er – nicht zuletzt mit Rücksicht auf Zuwendungen an die Kirche – Schenkungen mit Wohlwollen gegenüber steht. 34

Ob man es auch als eine Begünstigung von Schenkungen ansehen kann, dass Iustinian in den letzten Sätzen, die er in den Institutionen der einfachen Schenkung widmet, nunmehr allen Schenkern das bisher nur Verwandten zugestandene Recht einräumt, die Schenkung wegen schweren Undanks zu widerrufen, kann man bezweifeln. Das Recht zum Widerruf stärkt die Position des Schenkers, schwächt aber die des Beschenkten. Die Schenkungen werden damit im Vergleich zum kaufrechtlichen Erwerb als weniger schutzwürdig angesehen, der schenkweise Erwerb wird unsicherer gemacht als der Erwerb auf Grund eines entgeltlichen Geschäfts. Den Schenker, der weiß, dass er notfalls widerrufen kann, mag dies in seinem Entschluss zur Schenkung bestärken. Der Beschenkte begibt sich jedoch nun mit der Entgegennahme des Geschenks in eine Abhängigkeit durch Dankesschuld. Er wird dies eher als eine Restriktion des Schenkungsrechts und als eine „Anomalie“¹⁴ im Vergleich zu sonstigen Erwerben empfinden. 35

Interessant ist auf jeden Fall, dass die Institutionen die vornehmlich präventive Wirkung des Rechts zum Widerruf betonen. Es geht ihnen nicht darum, den Schenker unter bestimmten Voraussetzungen die Rückforderung des Geschenks nahe zu legen. Vielmehr soll der Beschenkte von undankbaren Verhaltensweisen abgehalten werden. Das Widerrufsrecht soll wie eine vereinbarte Vertragsstrafe in erster Linie durch seine Androhung, nicht durch seinen Vollzug wirken. Dieses Konzept, das die Institutionen übermitteln, ist bis heute geltendes Recht. 36

13 M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* II, 2. Aufl. 1975, 602 spricht von einer „Abneigung der Römer gegen Schenkungen“; vgl. auch *Zimmermann* (oben Fn. 10), 481 f.

14 *Mugdan* (oben Fn. 5), 168.

IV. Die Schenkung *propter nuptias*

Einfache Schenkungen unter Eheleuten waren zu Lebzeiten des Schenkers unwirksam. Diese bedeutsame Einschränkung des Schenkungserwerbs, die das BGB nicht mehr kennt, erwähnen die Institutionen erstaunlicherweise nur am Rande. Sie berichten, dass es innerhalb der Gruppe der einfachen Schenkungen einen besonderen Typ von Schenkungen gibt, die früher Schenkungen *ante nuptias* (vor der Ehe) hießen, die aber nun von Iustinian Schenkungen *propter nuptias* (wegen der Ehe) genannt worden sind. Sie hießen früher Schenkungen vor der Ehe, weil sie vor der Ehe ausgeführt sein mussten, da „eine solche Schenkung“, wie die Institutionen betonen, „nach der Eheschließung in keinem Fall wirksam war“ (Inst. 2,7,3). Die Institutionen beschränken sich auf die Aussage, dass „eine solche Schenkung“ (*talis donatio*) unwirksam war. Das Schenkungsverbot galt jedoch generell für alle Schenkungen unter Ehegatten und wurde nur für Einzelfälle durchbrochen. 37

Die Schenkung *propter nuptias*, der sich die Institutionen an dieser Stelle zuwenden und die im Schrifttum¹⁵ meist nur kurz gefasst Eheschenkungen heißt, bildet das Gegenstück zur Mitgift, die in der Rechtswirklichkeit Roms eine große Rolle spielte, die in den Digesten Iustinians auch ausführlich erörtert wird, die aber schon in den Institutionen nur noch am Rande vorkommt und die im BGB heute nicht mehr auftaucht. Als Mitgift (Brautscatz) wird dem Bräutigam von der Familie der Braut ein Vermögenswert zur Verfügung gestellt, der ihm einen Beitrag zu den ehelichen Lasten bieten und die Versorgung der Frau nach beendeter Ehe sicherstellen soll. Die Mitgift ist beim Tod des Mannes und im Fall der vom Ehemann veranlassten Scheidung an die Ehefrau herauszugeben. So kann die Mitgift eine Basis für die Versorgung der Frau und den Unterhalt der Kinder nach beendeter Ehe bilden. 38

Mit derselben Zielrichtung wird der Mitgift dann in nachklassischer Zeit die Eheschenkungen zur Seite gestellt, ein Institut, das die Institutionen schon kennen und referieren, das man aber in den Digesten Iustinians noch vergeblich sucht. Während die Mitgift eine Zuwendung aus der Familie der Frau darstellt, ist die Eheschenkungen ein Gegengeschenk, eine Zuwendung „vom Bräutigam an die Braut“¹⁶. Das Gegengeschenk wird Vermögen der Frau, bleibt jedoch während bestehender Ehe in der Verwaltung des Mannes, so dass es in seiner Substanz der Frau ebenfalls erst nach beendeter Ehe zur Verfügung steht. Beide Zuwendungen wollen der Frau übereinstimmend einen Vermögenswert bieten, der sie vor den wirtschaftlichen Folgen einer Verarmung ihres Mannes schützt, auf den sie nach 39

15 Kaser (oben Fn. 13), § 224.

16 *Theophilus*, Institutionum graeca paraphrasis, übersetzt von K. Wüstemann, Band 1, 1823, 323.

beendeter Ehe zugreifen kann und der im Einzelfall auch ihren Mann von einer unbedachten Trennung zugunsten einer anderen Frau abhalten mag.

Die Mitgift, die wegen der mit ihr verbundenen Pflicht zur Rückerstattung nicht als Schenkung gilt, und die Eheschenkungen wurden, wie die Institutionen berichten, zunächst nur als Zuwendungen im Zusammenhang mit der Eheschließung anerkannt. Dann wurde es jedoch für möglich gehalten, dass eine bei der Heirat vereinbarte Mitgift noch nachträglich in ihrem Umfang verstärkt werden kann. Die Verstärkung der Mitgift sei keine Schenkung, so wurde argumentiert. Daher sei das unter Eheleuten geltende Schenkungsverbot nicht zu beachten. Wenn die Mitgift noch nach der Eheschließung erhöht werden kann, dann erschien es nahe liegend, auch die nachträgliche Erhöhung der Ehegattenschenkungen zu gestatten. Und als weiterhin entschieden wurde, dass sich eine Mitgift auch noch nach der Heirat wirksam vereinbaren lässt, da führte diese Entwicklung Iustinian schließlich dazu, auch die Vereinbarung der Eheschenkungen noch nach der Heirat zu akzeptieren. Das war aber nun mit dem Verbot der Schenkungen unter Ehegatten sicher nicht mehr vereinbar. Daher wird dieses Verbot in den Institutionen für die Eheschenkungen ausdrücklich außer Kraft gesetzt.

40

Die Darlegungen der Institutionen zur Eheschenkungen zeigen die Nähe von Schenkungen und Mitgift. Sie richten die Aufmerksamkeit im Vorübergehen auf die an dieser Stelle allerdings nicht weiter problematisierte Frage, ob die nachträgliche Ergänzung einer vor der Heirat vereinbarten Zuwendung als Teil der ursprünglichen Mitgift oder Schenkung angesehen werden kann, oder ob sie als spätere selbständige Zuwendung beurteilt werden muss, die gegen ein jetzt geltendes Schenkungsverbot verstößt. Und sie zeigen mit der Eheschenkungen schließlich ein Institut, das aus heutiger Sicht besonderes Interesse verdient. Denn die Eheschenkungen macht deutlich, dass schon in der Spätantike ein Bereich von Zuwendungen unter Ehegatten anerkannt war, der eine Sonderstellung gegenüber dem allgemeinen Schenkungsregeln einnahm und der sich aus diesem Grund in mancher Hinsicht mit den heutigen ehebedingten Zuwendungen vergleichen lässt, denen die auf die Ehe bezogene Zwecksetzung nach Auffassung der Zivilrechtsprechung ebenfalls einen aus dem Schenkungsrecht herausfallenden familienrechtlichen Charakter gibt¹⁷.

41

Wie die Eheschenkungen früher haben auch die ehebedingten Zuwendungen heute das Ziel, die Position des Bedachten wirtschaftlich zu stärken, ihn gegen Risiken aus einem Vermögensverfall des Schenkers abzusichern und ihm die Basis für eine eigenständige

42

17 BGHZ 82, 227; 84, 361; 87,145; 116, 167; 116, 178; 127,48; 142, 137; 142, 300; BGH NJW 2006, 2330.

Versorgung zu sichern. Beide Zuwendungen erfolgen ohne Blick auf ein Entgelt, rechnen aber übereinstimmend auch nicht mit einer Haltung der Dankbarkeit des Empfängers, deren Fehlen Anlass zu einem Widerruf der Zuwendung geben kann. Beide Zuwendungen sind nicht Ausdruck einer Großzügigkeit und Liberalität des Gebers. Sie verschaffen dem Empfänger kein unverdientes Glück. Ihr Ziel ist vielmehr, dem Partnerschaftsgedanken in der Ehe Rechnung zu tragen. Doch gibt es auch charakteristische Unterschiede, die zeigen, dass die beiden Institute von unterschiedlichen Ausgangspunkten aus entwickelt worden sind.

So knüpft die ehebedingte Zuwendung, die als Zuwendung nicht nur des Mannes, sondern auch der Frau gedacht werden kann, an das in der Ehe gemeinsam Erarbeitete an. Sie will das Risiko minimieren, dass einer der Partner nach der Eheschließung im Interesse von Haushalt und Kindern auf eine eigene Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise verzichtet, so dass sich der wirtschaftliche Erfolg der gemeinsamen Anstrengungen vornehmlich bei dem anderen Partner niederschlägt und dort verloren gehen kann. Ihr Ziel ist es, dem durch die Zuwendung begünstigten Partner eine angemessene Teilhabe an den Früchten des zurückliegenden ehelichen Zusammenlebens zu sichern und ihn so schon während der Ehe und vor einem etwaigen Ausgleich beim Wechsel des Güterstandes von der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung seines Partners ein Stück weit abzukoppeln. Aus diesem Grund ist sie an dem im Laufe der Ehe bereits verwirklichten Zugewinn des Zuwendenden orientiert. 43

Die Eheschenkung, die nur als Zuwendung des Mannes an die Frau vorkommt, will dagegen dem Risiko vorbeugen, das für die nicht selbst erwerbstätige Frau darin liegt, dass sie sich dem Mann als einem für die gemeinsame Lebensführung nicht zuverlässig ausgestatteten Partner anvertraut und damit ihre wirtschaftliche Zukunft ohne ausreichende Sicherung in seine Hände legt. Dieses Risiko wird unmittelbar mit der Eheschließung manifest. Es ist daher sachgerecht, dieses Risiko schon bei der Eheschließung durch ein der Frau zugewandtes Vermögen zu vermindern. Aus diesem Grund knüpft die Eheschenkung an die wirtschaftliche Lage des Mannes zur Zeit der Eheschließung an und orientiert sich damit an dem Vermögen, das der Mann unabhängig von seinem Zugewinn in der Ehe zur Verfügung hat. 44

Beiden Zuwendungen ist im Übrigen gemeinsam, dass sie Schwierigkeiten hatten und haben, in ihrer Sonderrolle gegenüber dem allgemeinen Schenkungsrecht eine feste und 45

dauerhafte Anerkennung zu finden. Die Eheschenkung ist als Rechtsinstitut schon im gemeinen Recht verloren gegangen¹⁸. Und auch das Institut der ehebedingten Zuwendung stößt in den letzten Jahren zunehmend auf Kritik¹⁹. Der ihm zugrunde liegende Partnerschaftsgedanke wird als unzeitgemäß und dem Prinzip der Selbstverantwortung widersprechend abgelehnt²⁰. Seine Rechtsfolgen wurden in der Rechtspraxis nach und nach so weit zurückgenommen, dass es im Zivilrecht inzwischen als ein überflüssiges Rechtsinstitut charakterisiert werden kann²¹. Und auch im Steuerrecht werden seine Besonderheiten geleugnet, hier mit der die Konturen des Instituts verfehlenden Begründung, dass „nahezu alle objektiv unentgeltlichen Zuwendungen unter Ehegatten“ als ehebedingte Zuwendungen eingestuft werden könnten und daher bei ihrer Herausnahme aus der Schenkungsbesteuerung schenkungssteuerfrei wären²². Es dürfte angesichts des Engagements seiner Kritiker nur noch eine Frage weniger Jahre sein, bis auch dieses Institut aus der aktuellen Zivilrechtsdiskussion verschwunden sein wird.

V. Die Freilassung eines Sklaven

Der Schlussabschnitt (Inst. 2,7,4) führt in einem großen Bogen zum Eingang des Schenkungskapitels zurück. Der Einleitungssatz hatte die Schenkung als einen Erwerb beschrieben. Und die dem Einleitungssatz vorangehenden Kapitel hatten nacheinander Erwerbe aus dem Bereich des *ius gentium* und des *ius civile* vorgestellt. Als Erwerbe nach dem *ius civile* hatten die Institutionen die *usucapio* und die *longi temporis possessio* genannt. Nun geht es den Institutionen darum, noch eine dritte Art des zivilrechtlichen Erwerbs zu erwähnen, einen Erwerb allerdings, den es in der von den Institutionen geschilderten Konstellation nur „früher gab“ (Inst. 2,7,4) und der in dieser Konstellation gegenwärtig nicht mehr anerkannt werden kann. 46

Diese dritte Art des zivilrechtlichen Erwerbs, an den die Institutionen erinnern, ist die aus dem Recht der Miterben und Mitvermächtnisnehmer bekannte Anwachsung oder Akkreszenz (Inst. 2,13 pr.; 3,4,4; 3,9,10)²³. Zur Anwachsung kommt es im Erbrecht, wenn 47

18 L.J.F. Höpfner/A.D. Weber, Theoretisch-praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen, 7. Aufl. 1803, 443.

19 Beispielhaft H.H. Seiler, Über die sog. unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten, FS für D. Henrich, 2000, 551.

20 E. Koch, Entgeltlichkeit in der Ehe?, FamRZ 1995, 321, 326.

21 J. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB III, 5. Aufl. 2008, § 516 BGB Rn 76.

22 BFH BStBl II 1994, 366, 369; dazu J.P. Meincke, Urteilsanmerkung, JZ 1995, 52.

23 Näheres zum Umfeld dieses Rechtsinstituts bei K. Misera, Akzession und Surrogation zufolge einer adiudicatio, SZ 103 (1986), 383, 403.

Mehrere einen Erbschafts- oder Vermächtniserwerb erwarten können, an dem sie dann miteinander beteiligt sind. Als Anwachsung wird die durch das *ius adcrendi* vermittelte Erweiterung der Rechtsstellung eines der Beteiligten bezeichnet, die sich ergibt, wenn die Mitberechtigung eines der anderen Beteiligten entfällt.

Die Anwachsung spielt im Erbrecht, aber nicht nur dort eine Rolle. Zur Anwachsung kann es nach dem Bericht der Institutionen auch außerhalb des Erbrechts unter Miteigentümern kommen. Die Institutionen erörtern den Fall des Miteigentums an einem Sklaven. Bedeutung hat die Anwachsung unter Miteigentümern, wenn man ihre Rechtsstellung als eine Berechtigung auffasst, die sich nicht nur auf einen Teil der Sache, sondern auf die ganze Sache bezieht, und wenn man annimmt, dass sich die Mitberechtigung des einen beim Wegfall eines anderen Miteigentümers erweitert. 48

Im Fall des Miteigentums, so muss man die Institutionen verstehen, ist weder die im Miteigentum stehende Sache noch das Eigentumsrecht an ihr geteilt. Vielmehr ist jeder der Partner Eigentümer der ganzen Sache. Er hat die Sache jedoch nicht allein. Seine Eigentümerposition findet daher eine Schranke in den Rechten der Miteigentümer. Keiner der Partner kann allein über die ganze Sache verfügen. Jeder der Partner kann aber über das Schicksal seiner Mitberechtigung, die die Institutionen (Inst. 2,7,4) mit einem noch heute gebräuchlichen Ausdruck wenig glücklich als *pars* (Anteil) bezeichnen, ohne Mitwirkung der anderen bestimmen. 49

Jeder kann auch nach Auskunft der Institutionen – in Übereinstimmung noch mit dem 1. Entwurf zum BGB (§§ 950, 872), im Unterschied jedoch zu dem, was man heute im geltenden Recht für richtig hält²⁴ – sein Miteigentum aufgeben. Diese Befugnis, die die Institutionen an dieser Stelle voraussetzen, wird durch ein in die Digesten Iustinians aufgenommenes Zitat des Juristen Modestin bestätigt (D. 41,7,3). Gibt einer der Eigentümer die ihm zustehende Berechtigung auf, wird sein Anteil nicht etwa herrenlos. Denn herrenlos werden nur Sachen (vgl. heute § 959 BGB). Der Anteil ist aber keine Sache, auch kein Sachteil. Er kann nicht herrenlos werden²⁵. Unter diesen Umständen bleibt nur, dass der Anteil im Fall einer wirksamen Eigentumsaufgabe erlischt. Erlischt er aber, so dehnt sich die Rechtsstellung der verbleibenden Partner aus, weil mit dem Erlöschen des 50

24 BGHZ 115, 7; 172, 209; *Jauernig/Stürmer*, BGB. 13. Aufl. 2009, § 748 Rn 16.

25 *M. Avenarius*, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, 2005, 192, nimmt demgegenüber an, dass nach der spezifisch klassischen Wissenschaftsrichtung des römischen Rechts die Sache im Fall der Aufgabe eines Miteigentumsanteils *zu einer auf die Quote beschränkten res nullius* werden konnte.

Anteils eines der Partner die Mitberechtigung, die bisher eine Schranke für das Eigentum der anderen Miteigentümer gebildet hat, entfällt²⁶.

Dieses Verständnis führt zu der für das Recht der Digesten jedoch nicht zweifelfrei belegten These²⁷, dass mit dem Ausscheiden eines von zwei Miteigentümern ein Vermögenstransfer verbunden ist, weil der verbleibende Partner mit dem Ausscheiden des anderen nunmehr die Stellung des Alleineigentümers erlangt. Ein Miteigentümer kann also, geht man von diesen Überlegungen aus, seinen Partner dadurch gezielt zum Alleineigentümer machen, dass er sein Eigentum durch Aufgabe zum Erlöschen bringt. Die Umwandlung des Miteigentums in Alleineigentum, die sich beim Erlöschen des Anteils für den verbleibenden Partner ergibt, verschafft ihm dann aus der Sicht der Institutionen einen Anwachsungserwerb. 51

Diese Deutung des Vermögenstransfers als Anwachsungserwerb ist allerdings nicht selbstverständlich. Denn der verbleibende Partner erhält bei näherem Betrachten nichts, was er nicht schon vorher hatte. Ihm wächst nichts an. Es fällt lediglich eine Schranke weg, die ihn bisher in der Ausübung des Eigentums auf die Position eines Miteigentümers begrenzt hatte. Das Erlöschen des Miteigentums lässt sich denn auch mit dem Erlöschen eines Nießbrauchs vergleichen, dessen Wegfall ebenfalls zur Aufhebung einer Beschränkung der Eigentümerstellung führt. Auch durch das Erlöschen des Nießbrauchs erhält „der Inhaber des bloßen Eigentums wieder die volle Herrschaft über die Sache“ (Inst. 2,4,4), wie die Institutionen berichten. Doch wird die Erweiterung der Rechtsstellung des Eigentümers, die durch das Erlöschen des Nießbrauchs eintritt, als Ausdruck der Elastizität des Eigentums verstanden und im Fall des bestimmungsmäßigen Erlöschens des Nießbrauchs überhaupt nicht als Erwerb des Eigentümers aufgefasst²⁸, im Fall des Nießbrauchsverzichts jedenfalls nicht als Anwachsungserwerb interpretiert²⁹. 52

Wie es auch nach geltendem Recht zu beurteilen sein mag, die Institutionen lassen keinen Zweifel daran, dass das Ausscheiden eines Miteigentümers aus ihrer Sicht einen Erwerb des verbleibenden Partners, und zwar einen Anwachsungserwerb, zur Folge hat. Diesen 53

26 M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht, 19. Aufl. 2009, § 23 Rz 25.

27 Die Zweifel hat I. Reichard, Der Verzicht auf einen Miteigentumsanteil, FS für Gerhard Otte, 2005, 265, 274 f., formuliert. Gegen ihn hat sich S. Lohsse, *ius adcrendi*, 2008, 144, ausgesprochen.

28 Th. Kipp, Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, 1927, § 2 Anm. 113: „Wenn ... ein Grundstück mit Nießbrauch zugunsten eines anderen belastet ist und nun durch den Tod des Berechtigten das Recht erlischt ..., so kann man nicht auf den Gedanken kommen, dass ... der Eigentümer von dem Nießbraucher etwas geerbt habe“.

29 Für Annahme eines Anwachsungserwerbs (in beiden Fällen?) spricht sich allerdings Reichard (oben Fn. 27), 277, aus.

Erwerb zu schildern, ihn dem Erwerb durch *usucapio* oder *longi temporis possessio* an die Seite zu stellen, aber zugleich auch zu erläutern, dass ein früher bedeutsamer Fall dieser Anwachsung aus dem Bereich des Sklavenrechts heute nicht mehr anerkannt werden kann, weil er in eklatanter Weise gegen den Zeitgeist verstößt, ist eines der Ziele, die der Schlussabschnitt des Schenkungsrechts verfolgt.

Ein zweites Ziel kann man darin sehen, den Anwachsungserwerb mit dem Schenkungsrecht in Verbindung zu bringen. Denn warum sollte sonst über die Anwachsung im Zusammenhang mit der Schenkung gesprochen werden? Die Institutionen verzichten darauf, den Zusammenhang deutlich hervor zu heben. Doch lässt er sich erschließen, wenn man an eine mit Hilfe der Anwachsung verwirklichte Schenkung denkt. Die Institutionen verneinen, den Anwachsungserwerb im Fall der Freilassung eines Sklaven durch einen Miteigentümer, obwohl die Freilassung eine Eigentumsaufgabe und damit ein Erlöschen des Eigentumsrechts in sich schließt³⁰. Diese ablehnende Haltung muss sich dann auch auf eine durch Freilassung beabsichtigte Schenkung auswirken. Und so kommen die Institutionen im Zusammenhang des Schenkungsrechts etwas überraschend auf die Sklavenfreilassung zu sprechen. 54

Die Freilassung eines Sklaven begünstigt zwar den Freigelassenen, hat ihm gegenüber aber nicht den Charakter einer Schenkung, auch wenn die Institutionen gelegentlich davon sprechen, dass dem Sklaven mit der Freilassung die Freiheit (Inst. 1,7) oder das Bürgerrecht (Inst. 1,5,3) geschenkt wird. Denn als Schenkung wird nur die freigebige Bereicherung des Beschenkten verstanden, ohne dass die Institutionen allerdings eine entsprechende Definition präsentieren. Und die Freilassung verschafft dem Sklaven für sich genommen keinen Vermögenswert, der ihm zu einer Bereicherung verhilft. Allerdings konnte die Freilassung durch Fideikommiss gewährt werden (Inst. 2,24,2). Die Fideikommisse aber hatte Iustinian den Vermächtnissen angeglichen (Inst. 2,20,3) und die Vermächtnisse wiederum wurden von den Institutionen (2,20,1) als eine Art Schenkung aufgefasst. Die Freilassung steht daher der Schenkung nahe. Die Nähe von Freilassung und Schenkung wird auch durch das Recht zum Widerruf einer Schenkung wegen Undanks bestätigt. Denn für die Freilassung war das Widerrufsrecht seit alters her anerkannt (Inst. 1,16,1; 1,22,1), und es ist von dort aus in das Schenkungsrecht gelangt. 55

Die Freilassung steht den unentgeltlichen Zuwendungen zwar nahe, lässt sich aber dennoch nicht als Schenkung zugunsten des Freigelassenen interpretieren. In ihr kann jedoch 56

30 J.P. Meincke, Zur Freilassung nach dem Recht der Institutionen Iustinians, FS H.-J. Becker, 2009, 165, 171.

eine Schenkung an den Miteigentümer des Sklaven liegen, wenn die Freilassung wie die Eigentumsaufgabe einen Vermögenstransfer an den Miteigentümer bewirkt. Ein Vermögenstransfer durch Anwachsungserwerb war möglich, solange anerkannt war, dass die Freilassung eines Sklaven, die ein Miteigentümer ausspricht, dem anderen das Alleineigentum am Sklaven verschafft. Dieser Weg einer Schenkung konnte, wie die Institutionen berichten, vor den Zeiten Iustinians ohne weiteres beschritten werden. Gab ein Miteigentümer ohne Mitwirkung des anderen den Sklaven in bestimmten Formen frei, „so ging in diesem Fall sein Anteil verloren und wuchs dem Miteigentümer zu“ (Inst. 2,7,4)³¹. Iustinian hatte diesen Weg jedoch im Interesse des Sklaven und seiner Freiheit schon gleich nach Beginn seiner Regierungszeit (C. 7,7,1 aus dem Jahr 530) versperrt. Es sei eine beispiellos schlechte Regelung gewesen, die den Sklaven um seine Freiheit betrogen habe, die menschlicheren Eigentümern Schaden zugefügt, härteren Eigentümern dagegen Gewinn verschafft habe, vermerken die Institutionen. Lässt einer von zwei Miteigentümern den Sklaven frei, soll dies nach der von Iustinian initiierten Rechtsänderung nicht mehr dem anderen Eigentümer, sondern dem Sklaven zugute kommen. Der Sklave soll die Freiheit erlangen, auch wenn die Freilassung nur von einem und nicht von beiden Eigentümern erklärt worden ist.

Eine Schenkung an den Miteigentümer des Sklaven durch Freilassung kann es nach dieser Neuinterpretation der Freilassungsfolgen nicht mehr geben. Für einen Anwachsungserwerb fehlt nunmehr der Raum. Dem verbleibenden Miteigentümer wird im Übrigen nicht nur die Anwachsung verwehrt. Ihm wird auch noch sein eigener Miteigentumsanteil entzogen. Er wird zwar entschädigt. Aber die Entschädigung wird durch den Wert seines Anteils begrenzt. Der Wert des Anteils des Freilassers geht mit der Freilassung verloren. Er wird nicht auf den Partner transferiert. Eine durch Freilassung bezweckte Zuwendung an den Miteigentümer scheidet damit für die Institutionen aus.

57

VI. Schluss

Heute hat zum Glück niemand mehr Grund, sich Gedanken über die Freilassung von Sklaven zu machen. Der Schlussabschnitt zum Schenkungsrecht der Institutionen hat daher inzwischen seine Pointe verloren – auch wenn man sich von der Intensität, mit der Iustinian hier für die Freiheit der Sklaven eintritt, immer wieder gern beeindruckt lassen wird³².

58

31 Belege für den älteren Rechtszustand, der von *Avenarius* (oben Fn. 25), 191, geschildert und kommentiert wird, bei *Kaser/Knütel* (oben Fn. 25), 127; *H. Nelson/U. Manthe*, *Gai Institutiones III*, 1999, 336 f.; *Reichard* (oben Fn. 25), 274 Fn. 40.

32 Näheres zu diesem Aspekt bei *Meincke* (oben Fn. 30), 166 ff.

Bedeutsam bleibt dagegen, dass die kurzen Bemerkungen der Institutionen zum Schenkungsrecht den Blick auf Grundfragen dieses Vertragstyps lenken, die jederzeit neu bedacht werden müssen. Es lohnt sich daher unverändert, die Institutionen und ihre Darstellung des Privatrechts auch in den kurzen Äußerungen zur Schenkung zur Kenntnis zu nehmen.