

ANDREAS WACKE  
*Universität zu Köln*

**POTIOR EST QUI CERTAT DE DAMNO EVITANDO QUAM QUI DE LUCRO CAPTANDO.  
DEN VORZUG VERDIENST IM RECHTSSTREIT, WER SCHADEN VERMEIDEN,  
GEGENÜBER DEM, DER GEWINN ERZIELEN WILL –INSBESONDERE: IM  
ZWEIFEL KEINE SCHENKUNG UND DURCH SCHENKUNG VOM  
NICHTBERECHTIGTEN KEIN GUTGLÄUBIGER ERWERB**

ÜBERSICHT: I. Der Prioritätsgrundsatz als gegenteilige Regel. II. Allgemeiner Beklagtenvorzug *versus* unentgeltlichem Besitz. III. Lukrativer Erwerb als *causa minor*. IV. *Donatio non praesumitur*. V. Durch Schenkung vom Nichtberechtigten kein gutgläubiger Erwerb. VI. Eigener Bedarf des Verleihers. VII. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen.

Die Kollision subjektiver Rechte ist ein nahezu vergessenes Kapitel der allgemeinen Rechtslehre, seit die neueren Kodifikationen (abweichend vom preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, in dessen Einleitung §§ 95-98) darauf verzichteten, hierüber allgemeine Regeln aufzustellen.<sup>1</sup> In den früheren Pandektenlehrbüchern finden sich hierzu prinzipiellere Ausführungen.<sup>2</sup> Zur Entscheidung von Kollisionsfällen bedient sich das Lateinische oft der Worte: „*potior est*“ (mächtiger sein, im Rang vorgehen),<sup>3</sup> vor allem im Digestentitel 20,4:

---

<sup>1</sup> Motive zum BGB I 275f., bei Benno MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum BGB I*, Berlin 1899, 505 f. Behandelt werden fast nur noch Teilprobleme an ihrem jeweiligen Ort, vgl. etwa ENNECERUS/ NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des BGB*, 15. Aufl. 1960, Stichwort „Kollision“ im Register, besonders die Kollision von Forderungsrechten in den gleichbetitelten Schriften von Hans Otto DE BOOR, Berlin 1928, und Nico ZACHMANN, Basel 1976.

<sup>2</sup> Z. B. WINDSCHEID/ KIPP, *Pandekten*, 9. Aufl. 1906, I § 121; DERNBURG, *Pandekten I* § 42 mit weiteren Nachweisen, in der 8. Aufl. (bearbeitet von SOKOLOWSKI) § 35. Beachtlich Andreas VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts II*, 1918, Neudruck 1957, § 94. Dogmengeschichtlich behandelt das Thema die schwer zugängliche Schrift von Arnaldo BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*, Città del Castello 1935, (S. 24 Fn. 2 zu kurz und ablehnend zu unserer Regel; s. u. Fn. 82); rezensiert von K. HELDRICH, ZSS 58, 1938, 418 ff.

<sup>3</sup> In den Rechtsquellen begegnet der Nominativ *potior* 84mal, in den Digesten 42mal; unter Hinzunahme der deklinierten *casus* findet sich *potior*\* insgesamt 177, in den Digesten 63mal. Der Aussage *potior est* bedienen sich die Quellen insgesamt 53, die Digesten 27mal. Im Digestentitel 50,17 *De regulis iuris antiqui* findet sich *potior est* 4mal. – Ein Sonderfall ist die *potiorem nominatio*, die Benennung eines zur Übernahme der Vormundschaft näher Verpflichteten: HEUMANN/ SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s. v. *potior* i. f.

*Qui potiores in pignore vel hypotheca habentur*, „Wer bei Pfandrecht oder Hypothek den Vorrang hat“.<sup>4</sup>

### *I. Der Prioritätsgrundsatz als gegenteilige Regel*

Am bekanntesten ist die Regel *prior tempore potior iure*, „Der zeitlich Frühere ist der Stärkere im Recht“, oder anschaulich: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“.<sup>5</sup> Der Altersvorrang, das Präventionsprinzip, ist die grundlegende Kollisionsregel beim Zusammentreffen dinglicher Rechte: Der Zeitpunkt ihrer Begründung bestimmt ihren Rang (§§ 879, 1209 BGB).<sup>6</sup> Miteinander kollidierende Verpflichtungen eines Schuldners haben hingegen keinen Rang,<sup>7</sup> Obligationen sind nicht rangfähig.<sup>8</sup> Derjenige Gläubiger ist bei ihnen im Vorteil, der zuerst auf das Schuldnervermögen zugreift.<sup>9</sup> Konsequenterweise müsste sich danach der Rang eines Pfändungspfandrechts nach dem Datum der Klageerhebung richten.<sup>10</sup> Der zuerst erhobenen Klage müsste zuerst stattgegeben,<sup>11</sup> das zuerst gefällte Urteil müsste zuerst vollstreckt werden. Diese Regel führt unsere Praxis aber nicht strikt

<sup>4</sup> Beweisen muss sein erstrangiges Pfandrecht der Kläger, nicht etwa der Beklagte. In der *exceptio sibi ante pignoratæ* des Beklagten ist dies bei Marcian D. 20,4,12pr. ungeschickt ausgedrückt: WACKE, *Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit*, TR 37, 1969, 369-414. Anders als in den durch ihre sprachliche Fassung zugleich die Beweislast regelnden BGB-Vorschriften gibt die klassische Prozessformel über die Beweislast nur begrenzt Auskunft; siehe WACKE, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozess*, ZSS 109, 1992, 411-449.

<sup>5</sup> Ant. Caracalla C. 8,17,2 und 8,17,3 (anno 212/213 AD). WACKE, *Quien llega primero, muele primero: prior tempore, potior iure*, in: WACKE, *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid 1996, 123 ff. Siehe auch schon Wacke, in: *Juristische Arbeitsblätter [JA]* 1981, 94 ff. Zum preußischen ALR FÖRSTER/ ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts*, 5. Aufl. 1887, 87 f. (§ 18). Zum anglo-amerikanischen Recht Lawrence BERGER, *First in time is first in right*, in: *Nebraska Law Review* 64, 1985, 349-388.

<sup>6</sup> Bei der Begründung von Rechten an einem Grundstück ist der maßgebliche Zeitpunkt in der Regel der Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt, §§ 878, 892 Abs. 2 BGB. Auf die Dauer des Eintragungsverfahrens hat der Antragsteller nämlich keinen Einfluss. Vgl. unten Fn. 10.

<sup>7</sup> Deutlich die Motive zum BGB, bei MUGDAN (wie Fn. 1); s. WACKE (unten Fn. 9) 1350.

<sup>8</sup> Siehe oben Fn. 1. Ausnahmsweise soll nach Ulpian D. 12,2,26 unter zwei kollidierenden Dienstverträgen der zuerst eingegangene den Vorrang haben; dazu WACKE, *Niemand kann zwei Herren dienen*, in: *Worte des Rechts etc.*, Festschrift für Dieter Werkmüller, Berlin 2007, 399 ff.; DERS., D. 19,2,26 und die Kunst des Übersetzens, in: *Orbis Iuris Romani [OIR]* 12, 2008, 191 ff.

<sup>9</sup> So § 804 Abs. 3 ZPO. – Nach den römischen Quellen heißt der Vorteil des Eherkommenden die *melior condicio occupantis*; dazu WACKE, *Zum Schulden-Abzug bei der Verurteilung in das Erschwingliche (in id quod facere potest) und vom Vorteil des Eherkommenden im Zivilprozess (melior est condicio occupantis)*, in: Festschrift für Rolf Knütel, Heidelberg 2009, 1325 ff., 1349 ff. *Occupans* ist hier nicht, wer den Besitz einer Sache ergreift, sondern wer einem Konkurrenten im Rechtsstreit, bei der Erlangung des Richterspruchs zuvorkommt, siehe Alfons BÜRGE, *Occupantis melior est condicio*, in: ZSS 106, 1989, 248 ff., 289. Treffender lässt sich der allgemeine Vorrang des Wachsameren bezeichnen als *melior condicio vigilantis*.

<sup>10</sup> Genauer: Mit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht, wodurch zugleich eine Frist gewährt oder die Verjährung unterbrochen wird, § 270 Abs. 3 ZPO. Auf die Schnelligkeit der gerichtlichen Erledigung hat nämlich der Kläger ebensowenig Einfluss wie ein Antragsteller beim Grundbuchamt: oben Fn. 6. Aber schon bei der *actio de peculio* galt als Eherkommender „nicht, wer früher die Klage erhob, sondern wer früher den Richterspruch erlangte“, Gaius D. 15,1,10 i. f. Begründet wird diese Ansicht nicht. Dazu kritisch WACKE (Fn. 9) 1352 f.

<sup>11</sup> So vorgeschrieben vom Sachsenspiegel, Landrecht I 62 § 8.

durch.<sup>12</sup> Die vorläufige Vollstreckbarkeit (§§ 708 ff. ZPO) kann zwar verhindern, dass der Beklagte durch Einlegung von Rechtsmitteln (Berufung) den Zugriff auf sein Vermögen hinauszögert. Gleichwohl kann der Beklagte (etwa je nach der Gunst oder Misslieblichkeit eines Klägers) das eine Verfahren durch Kooperation (z. B. Anerkenntnis) beschleunigen und das andere durch Obstruktion in die Länge ziehen. Vor allem aber sammelt der Gerichtsvollzieher mehrere nacheinander eingehende Vollstreckungsaufträge und pfändet dann gemeinsam für alle Gläubiger.<sup>13</sup> Das durch diese bedenkliche Praxis verwässerte Prioritätsprinzip nähert sich dem Prinzip der anteilmäßigen Befriedigung aller Gläubiger an, wie es beispielsweise in Griechenland gilt.<sup>14</sup>

Die Prioritätsregel sieht von einer inhaltlichen Bewertung der zusammentreffenden Rechte nach ihrer jeweiligen Würdigkeit ab<sup>15</sup> und lässt schlicht ihr Zeitverhältnis entscheiden. Der leichten Handhabbarkeit wegen tat das BGB gut daran, dem Prioritätsprinzip zu folgen und das unübersichtliche System der Privilegien (Vorzugsrechte) und Generalhypotheken am Schuldnervermögen abzuschaffen,<sup>16</sup> welches die romanischen Rechtsordnungen großenteils aus dem römischen Recht übernahmen.<sup>17</sup> Nach unserer Abwägungsregel soll hingegen (anders als beim Prioritätsprinzip) doch eine qualitätsmäßige Bewertung zusammentreffender Rechte erfolgen und das Gewinnstreben gegenüber der bloßen Schadensvermeidung das Nachsehen haben; das ist also ein *privilegium odiosum* für den *lucrum captans*.

Wird der Schadensvermeidung das Gewinnstreben gegenübergestellt, dann müssen *damnum* und *lucrum* folglich als Gegensätze aufgefasst werden. Unter *lucrum* ist also nicht *lucrum cessans* zu verstehen; denn entgangener Gewinn gehört mit zum zu ersetzenden Schaden, ist also eine Unterart des *damnum* und bildet keinen Gegensatz dazu (§ 252 BGB: *quantum mihi abest quantumque lucrari*

---

<sup>12</sup> Dagegen kritisch WACKE, *Zur Pfändung bei nichtehelichen Partnerschaften und zum Prioritätsprinzip*, in: Zeitschrift für Zivilprozess 105, 1992, 438-441.

<sup>13</sup> Gemäß § 168 Nr. 1 der Gerichtsvollziehergeschäftsanweisung.

<sup>14</sup> Pelayia YESSIOU FALTSI, *Das Ausgleichsprinzip im griechischen Zwangsvollstreckungsrecht im Unterschied zum deutschen Prioritätsprinzip*, in: Zeitschrift für Zivilprozess 106, 1993, 215 ff. Auch FALTSI, *Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung in der griechischen im Vergleich zur deutschen Zivilprozessordnung*, in: Festschrift für Hans Friedhelm Gaul, 1997, 815 ff. – Die Bezeichnung „Ausgleichsprinzip“ ist jedoch wenig treffend. Gemeint ist der Grundsatz der gleichmäßigen (oder anteilmäßigen) Befriedigung (abweichend von der vollen Befriedigung des zuerst pfändenden Gläubigers, während der letzte leer ausgeht). Auszugleichen sind hingegen etwa unter Miterben Vorwegempfangen einzelner Erben in Gestalt lebzeitiger Zuwendungen (§§ 2050 ff. BGB), im römischen Recht durch die *collatio bonorum (emancipati)* oder *collatio dotis*, D. 37,6 und D. 37,7. Auszugleichen ist auch der während der Ehe erzielte Zugewinn eines Ehegatten nach der Scheidung (gemäß §§ 1378 ff. BGB) unter ähnlicher Anrechnung von Vorwegempfangen (§ 1380 BGB).

<sup>15</sup> Das Präventionsprinzip wurde darum teilweise kritisiert von ELSTER, *Art. Prioritätsrechte*, in ELSTER/ BONDI, *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft IV*, 1927, 581 ff.

<sup>16</sup> Übergangsvorschriften bei MUGDAN I 89 f.

<sup>17</sup> Zum römischen *privilegium exigendi* übersichtlich Hans WIELING, TR 56, 1988, 279 ff.

potui).<sup>18</sup> *Id quod interest non solum ex damno dato constat, sed etiam ex lucro cessante.*<sup>19</sup> Mit *lucrum* kann hier vielmehr nur der unentgeltliche Vermögensvorteil gemeint sein, wie beim lukrativen Geschäft im Gegensatz zum onerosen. Die Wendung *lucrum captare* (Gewinn erheischen) begegnet in den Rechtsquellen fünf Mal;<sup>20</sup> *damnum evitare* (Schaden vermeiden) findet sich hingegen nicht. Unsere Regel wurde daher vermutlich erst im Mittelalter unter teilweiser Verwendung von klassischem Wortmaterial gebildet. Ihr zweiter Satzteil ist eine Brachylogie oder Ellipse; vollständig müsste der Satz lauten: *Potior est qui certat de damno evitando quam <is> qui <certat> de lucro captando.*

Schaden von sich abwenden will auch ein Gebäudebesitzer, der wegen einer vom Nachbargrundstück ausgehenden Gefährdung von dessen Eigentümer die Bestellung einer Sicherheit begehrt. Da aber der zur Sicherheitsleistung Verpflichtete kein *lucrum* auf Kosten des Klägers erstrebt, hat unsere *regula* mit der *cautio damni infecti* (D. 39,2) nichts zu tun.<sup>21</sup>

## II. Allgemeiner Beklagtenvorzug versus unentgeltlichem Besitz

Detlef Liebs übersetzt unsere Regel frei: „Im Rechtsstreit hat es einfacher,<sup>22</sup> wer einen Nachteil vermeiden, als wer einen Vorteil erzielen will.“ Als Parallelen verweist Liebs auf den generellen Beklagtenvorzug im Prozess: *Potior* (oder *melior*) *est conditio defendentis*, die Lage des Verteidigenden ist die bessere; verteidigen ist leichter als (an)klagen.<sup>23</sup> *Reo favendum est potius quam actori (cum sunt partium jura obscura)* sagt das kanonische Prozessrecht<sup>24</sup> im Anschluss an Gaius D. 50,17,125 (*Favorabiliores rei potius quam actores habentur*).

Mit dem allgemeineren Beklagtenvorzug, der Erhaltung des *status quo* bei unklarer Rechts- oder Beweislage (*in dubio pro reo* im Falle eines *non liquet*) hat unser engeres Abwägungsprinzip zwischen Schadensvermeidungs- und Gewinnerzielungsabsicht allerdings wenig zu tun. Keineswegs sucht jeder Beklagte

<sup>18</sup> Paulus D. 46,8,13pr.; dazu etwa Heinrich HONSELL, *Quod interest in bonae fidei iudicium*, München 1969, 128 f. Französisch „Gain manqué vaut perte éprouvé“: ROLAND/BOYER, *Adages du droit français*, 4. éd. Paris 1999, Nr. 333.

<sup>19</sup> LIEBS (unten Fn. 23) Nr. J 9 mit Lit.; auch Nr. L 76: *Lucrum radicatum (radiatum = zerstörter, vernichteter Gewinn) est quasi damnum.*

<sup>20</sup> Paulus D. 27,9,13,1 i. f.: *si lucrum captet pupillus ex damno alieno*; ähnlich Sev./Ant. C. 5,54,1: *neque ex damno pupilli lucrum captatum* (anno 197 AD). Ferner Zeno C. 8,12,1pr. i. f. (anno 485?); Gaius 3,151 = Inst. 3,25,4.

<sup>21</sup> Unzutreffend daher der Hinweis auf die entsprechende Vorschrift des Art. 439 des polnischen Kodexes *cywilny* in der stark von der Regelsammlung von Liebs (unten Fn. 23) abhängigen Ausgabe von BURCZAK/DEBIŃSKI/JOŃCA, *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Warszawa 2007, Nr. P 132.

<sup>22</sup> „Einfacher“ hieße jedoch auf lateinisch *facilior/facilius* und weicht zu sehr von *potior* ab. *Potior* ist Adjektiv zu *potestas*: Kraft, Macht, Gewalt, Wirkung.

<sup>23</sup> LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7. Aufl. 2007, Nr. P 80, unter Hinweis auf Nr. P 78 und M 34. Vgl. auch *Potior* (oder *melior*) *est conditio possidentis (ubi neuter jus habet)*. – Dieser Hinweis auf den generellen Beklagtenvorzug ist jedoch zu allgemein. Der Vorzug desjenigen, der Schaden von sich abwenden, gegenüber der Gegenpartei, welche Gewinn erzielen will, ist eine spezielle Gegenregel, die sich zumeist zum Nachteil des Beklagten auswirkt.

<sup>24</sup> Liber Sextus V 12, *De regulis juris, regula 11*; bei FRIEDBERG, *Corpus juris canonici II*, 1879, Neudruck 1959, 1122.

mit dem Bestreiten seiner Leistungspflicht nur Schaden von sich abzuwenden, andererseits jeder Kläger mit seiner Klage Gewinn zu erzielen. Oftmals soll das Klagebegehren nur bereits eingetretenen Schaden wiedergutmachen. Nur *in pari causa* ist die Beweislage für den Beklagten die günstigere, lehrte zutreffend Paulus D. 50,17,128pr.: *In pari causa possessor potior haberi debet*.<sup>25</sup> Eine unentgeltliche *causa* muss jedoch gegenüber einer onerosen zurücktreten. Bei lukrativem Titel entfällt daher der Besitzervorzug: Der Beklagte ist zu verurteilen, wenn er entgeltlichen Besitzerwerb nicht nachweisen kann (es sei denn, dass der Kläger ebenfalls nur unentgeltlich erwarb).<sup>26</sup> Denn „Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben“; dies erkannte scharfsinnig Ulpian D. 50,17,41,1: *In re obscura melius est favere repetitioni quam adventicio lucro*.<sup>27</sup> Klar formuliert rezipierte diese Regeln das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 373-374: Bei gleich(wertigem) Titel gebührt dem Beklagten der Vorzug. Erhielt aber der Beklagte die Sache ohne Entgelt, der Kläger andererseits gegen Entgelt, so muss der Beklagte dem Kläger weichen. Die einschränkende Voraussetzung *in pari causa* zwischen Kläger und Beklagtem wird im romanistischen Schrifttum selten definiert; von deutschen Zivilprozessualisten wurde sie sogar ignoriert. Unter Vorwegnahme unseres Ergebnisses können wir festhalten, dass zwischen der *causa onerosa* und der *causa lucrativa* grundlegend zu unterscheiden ist.<sup>28</sup>

### III. Lukrativer Erwerb als *causa minor*

Der Absicht der Schadensvermeidung gebührt also der Vorrang vor der Absicht der Gewinnerzielung. Das ist ein *a priori* evident einleuchtendes Abwägungsprinzip. Diese Interessenabwägung findet sich wörtlich in der Einleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht im Abschnitt „Collision von Rechten“, § 96: „In Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften muss der, welcher durch Ausübung seines Rechts einen Vorteil sucht, dem nachstehen, der nur einen Schaden abzuwenden bedacht ist.“ Die zeitgenössischen Kommentatoren merken allerdings an, dass es schwer sei, zu diesem „nach dem Vorbilde älterer Schriftsteller aufgestellten weittragenden allgemeinen Satz“<sup>29</sup> praktische Anwendungsbeispiele zu finden.<sup>30</sup> Einen wichtigen Anwendungsfall erwähnte ich

<sup>25</sup> Eine oft bezeugte Regel; etwa D. 12,5,3 und 8; D. 45,1,91,3. Kommentiert von ROLAND/BOYER (o. Fn. 18) Nr. 221 in der Form: *Melior est causa possidentis quam petentis*.

<sup>26</sup> Klar erkannt von CUIACIUS im Kommentar zu den *regulae iuris*, in seinen Opera VI, Prati 1838, Sp. 1886: *Cum uterque de lucro, vel uterque de damno certat, fateor favere reo potius quam actori... quia in pari causa favorabilior est reus: at dispar est causa, si actor de damno, reus de lucro sollicitus sit*.

<sup>27</sup> Eingehend erläutert von WACKE, *Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben*, ZSS 118, 2001, 264-285.

<sup>28</sup> Die technische Redewendung (*ex*) *causa lucrativa* begegnet in den Rechtsquellen 24mal. Als Gegenbegriff findet sich *causa onerosa* auffallenderweise nicht. *Oneros\** bedeutet nur allgemein ‚lästig‘. Zum Gegensatz siehe Hans ANKUM, *Le concours des causes lucratives et onéreuses*, in: *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris 1998, 9-38.

<sup>29</sup> So DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I*, 4. Aufl. 1884, § 36. An welche (ungenannte) ältere Autoren Dernburg dachte, wäre freilich noch zu ermitteln.

<sup>30</sup> Über ältere (aber letztlich kaum überzeugende) Deutungen siehe den Bericht von WACKE, *Europäische Spruchweisheiten über das Schenken*, in: R. Zimmermann u. a. (Hrsg.),

aber schon: den Klägervorzug bei unentgeltlichem Besitzerwerb des Beklagten. Ein zweiter Hauptanwendungsfall war offenbar noch nicht entdeckt, nämlich die Frage des redlichen Erwerbs durch Schenkung von einem Nichtberechtigten (dazu unten V).

Heinrich Dernburg erkannte als einer der wenigen diesen Sinn unserer Regel. Zutreffend erklärte er es zu „einem leitenden Motiv für die Gesetzgebung und die Ausbildung des Rechts, dass wer Gewinn erstrebt, dem zu weichen hat, welcher Schaden zu vermeiden sucht“.<sup>31</sup> Hierin liegt nach Dernburg z. B. der tiefere Grund dafür, weshalb Forderungen aus Freigebigkeiten des Gemeinschuldners (ebenso wie Geldstrafen) in dessen Konkurs bisher nicht geltend gemacht werden durften,<sup>32</sup> heute werden sie erst an letzter Stelle berücksichtigt. Schenken soll eben nur, wer schuldenfrei ist: *Nemo liberalis nisi liberatus* (ein elegantes Wortspiel, das sich nur auf lateinisch so einprägsam bilden lässt). Auch bereits vollzogene Schenkungen sind leichter anfechtbar als entgeltlicher Erwerb.<sup>33</sup> Das neue Recht erstreckt die Anfechtungsfrist sogar auf 4 Jahre (§ 134 InsO, § 4 AnfG n. F.). Insbesondere im Todesfälle sollen zuerst die Schulden aus dem Nachlass beglichen werden (§ 2046 BGB): „Der Gelter (Gläubiger) ist der erste Erbe“,<sup>34</sup> ja er rangiert noch vor den Erben; spanisch: *Primero pagar y después heredar*. Den Vorzug genießen vor allem die Begräbniskosten, weil Verstorbene nicht unbestattet bleiben dürfen (Papinian D. 11,4,43). Daher müssen Vermächtnisse zurücktreten, falls der Nachlass für ein standesgemäßes Begräbnis des Erblassers nicht hinlangt.<sup>35</sup>

Eine Schwäche des lukrativen Erwerbs zeigt sich weiter bei der Delegation: Mängel des Deckungsverhältnisses, die dem Delegatar normalerweise (bei entgeltlichem Valutaverhältnis) nicht schaden,<sup>36</sup> muss sich ein Delegatar, dem geschenkt werden soll, entgegenhalten lassen.<sup>37</sup> Auch die *exceptio doli* schadet dementsprechend einem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers bei

---

Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, H. H. Seiler gewidmet, Heidelberg 1999, 325-369, 359 f. Fn. 159.

<sup>31</sup> DERNBURG, *Pandekten*, loc. cit. (o. Fn. 2).

<sup>32</sup> § 63 Nr. 3 und 4 der Konkursordnung [KO]; nach neuem Recht werden sie, ebenso wie im Nachlasskonkurs bisher schon Vermächtnisse und Auflagen, erst nach Berichtigung aller übrigen Schulden berücksichtigt: § 39 Nr. 3 und 4 der Insolvenzordnung [InsO] und § 327 Abs. 1 InsO = § 226 Abs. 2 KO.

<sup>33</sup> § 32 KO, § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 Anfechtungsgesetz [AnfG] a F.: sogenannte inkongruente im Gegensatz zur kongruenten Deckung.

<sup>34</sup> Auch: „Schulden sind die ersten Erben“. – „Allererst die Schulden, dann die Almosen“ (Stadtrecht von Lübeck): GRAF/ DIETHERR, *Deutsche Rechtssprichwörter*, 2. Aufl. 1869, Neudruck 1975, S. 221 Nr. 263, 267.

<sup>35</sup> Ulpian D. 11,7,14,1: *satius est enim de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi*. Bei fehlenden Geldmitteln ist darum ein vermachter Gegenstand zu veräußern nach D. 11,7,12,6: *melius est legatarium non lucrari* (dass er nichts hinzugewinnt), *quam emptorem damnum adfici*. Dazu WACKE (wie Fn. 27) 267 f.

<sup>36</sup> D. 46,2,12: *quia ille suum recepit*.

<sup>37</sup> D. 39,5,2,3 = D. 44,4,7pr.; THIELMANN, *Schenkung durch Delegation*, Sodalitas Guarino V, 1984, 2309 ff. Das Verbot der Geltendmachung von *exceptiones ex iure tertii* gilt für eine Delegation *donationis causa* nicht. Im geltenden deutschen Recht folgt dasselbe Ergebnis bei der angenommenen Anweisung aus einer analogen Anwendung des § 822 BGB als Ausnahme zu § 784 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB: WACKE, ZSS 118, 2001, 274 ff.

lukrativer Erwerbscausa (D. 44,4,4 §§ 29, 31); einem entgeltlichen Zessionar schadet sie nicht, kraft der mehrfach bezeugten Regel *De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur* (D. 44,4,4,27). Bei der Verurteilung in das Erschwingliche oder Bezahlbare (*in id quod debitor facere potest*, bei dem fälschlich sogenannten *beneficium competentiae* oder der Einrede des Notbedarfs)<sup>38</sup> werden anderweitige Schulden des zu Verurteilenden nur bei Klagen aus Schenkungsversprechen vorweg abgezogen;<sup>39</sup> bei Klagen aus entgeltlichem Rechtsgrund richtet sich das *facere posse* des Beklagten hingegen nach dessen Bruttovermögen.<sup>40</sup> Und nur gegenüber Ansprüchen aus Schenkungsversprechen gestand das klassische römische Recht dem Schuldner einen Selbstbehalt zum eigenen Unterhalt (*ne egeat*) zu (s. Fn. 38).

Die genannten Beispielfälle mögen genügen, um zu zeigen, dass unentgeltliche Erwerbsgründe durchgängig als *causae minores* anzusehen sind.<sup>41</sup> Es sind gewissermaßen nur Ansprüche „zweiter Klasse“; sie fallen nicht in die Primärkategorie der *vera debita* (im Sinne von D. 42,1,49 i. f.). Diese Einstufung hat – wie alsbald gezeigt wird – Auswirkungen auf die richtige Verteilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagtem im Prozess. Fordert nämlich der Geber seine Sache zurück, dann muss der beklagte Besitzer beweisen, dass sie ihm wirksam geschenkt wurde. Verlangt hingegen ein Dritter die Sache heraus, dann muss der Beklagte beweisen, dass er sie vom Veräußerer (umgekehrt) nicht aufgrund Schenkung, sondern entgeltlich erwarb. Beide Ausnahmen vom generellen Beklagtenvorzug im Beweisverfahren sind Konsequenzen unseres Rechtssprichworts. Nach den Worten „*qui certat*“ ist unsere Regel nämlich vor allem prozessual ausgerichtet. In beiden Fallkonstellationen zwingt die jeweils vom Beklagten eingewandte schuldrechtliche *causa* seines Besitzes ihn dafür zum Beweis. Die als schwierig, ja geradezu als „diabolisch“ angesehene Beweisführung des Klägers für sein Eigentum im Vindikationsrechtsstreit<sup>42</sup> wird ihm insoweit erleichtert.

#### IV. *Donatio non praesumitur*

Begehrt der Kläger eine überlassene Sache oder einen zur Verfügung gestellten Geldbetrag zurück, dann verteidigt sich der Beklagte dagegen oft mit dem Einwand

---

<sup>38</sup> Zutreffend ist diese Bezeichnung nur für das justinianische Recht, weil vermutlich erst die Kompilatoren in D. 50,17,173pr. die Abzugsfähigkeit des eigenen Lebensbedarfs auf alle Fälle der beschränkten Verurteilung erstreckten, siehe WACKE, *Zur Einrede des Notbedarfs (ne egeat) bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht*, Studi in onore di Antonino Metro VI, 2010, 447-479, 474 ff.

<sup>39</sup> D. 42,1,19,1: ...*Qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno...*

<sup>40</sup> WACKE, Festschrift Knütel (o. Fn. 9).

<sup>41</sup> Werner FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft*, 2. Aufl. 1975, 172; Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 21. Aufl. 2007, § 16: Unentgeltliche Geschäfte; Jens KOCH, in: Münchener Kommentar [MünchKomm.] zum BGB III, 2012, § 516 RandNr. 4. Für die Beweislast (nämlich des angeblich Beschenkten) zieht die bei uns bislang herrschende Lehre aber leider nicht die gebotene Konsequenz, siehe u. Fn. 51.

<sup>42</sup> H. KIEFNER, *Zur Klassizität der probatio diabolica*, ZSS 81, 1964, 212-232; F. BENEDEK, *Zur Frage des diabolischen Beweises*, Studi Biscardi IV, 1983, 445-468.

der Schenkung. Zwei von unserem Bundesgerichtshof entschiedene Fälle greife ich heraus:

1. Der Kläger hatte seiner in der oberen Etage seines Hauses wohnenden Tochter zum Musizieren einen Konzertflügel überlassen. Später, nach langwierigen Streitigkeiten untereinander, zog die Tochter mit ihrem Ehemann aus der oberen Wohnung aus. Trotz des väterlichen Protests nahmen sie den Flügel mit. Im Herausgabeprozess behauptete der Vater, den Flügel habe er seiner Tochter nur geliehen, wo hingegen sich die Tochter auf Schenkung berief. Trotz eingehender Beweisaufnahmen ließ sich weder die eine noch die andere Sachdarstellung erweisen. Wegen des vom Kläger nicht erbrachten Beweises wiesen deshalb alle drei Gerichtsstufen seine Klage ab.

Nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs<sup>43</sup> habe die Tochter mit der Übergabe im Zweifel Eigenbesitz und damit gemäß § 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB als unmittelbare Besitzerin vermutungsweise Eigentum erworben. Diese für das Vorliegen einer Schenkung aufgestellte Vermutung widerspricht jedoch diametral dem naturrechtlichen Prinzip *Donatio non praesumitur*.<sup>44</sup> Richtig hieß es vielmehr schon in der Einleitung zum preußischen ALR im Kapitel „Über den Verlust der Rechte“, §§ 105, 106: „Daß jemand sich seines Rechts habe begeben wollen, wird nicht vermutet. Die Willensäußerung zur Entsagung oder Übertragung eines Rechts muß also deutlich und zuverlässig sein.“ Die in § 1006 BGB kodifizierte, lange Zeit umstritten gewesene Regel „*Qui possidet, dominus esse praesumitur*“<sup>45</sup> wurde geschaffen für Prozesse zwischen Eigenbesitzer und externen Eigentumsprätendenten. Gegen den Geber einer Sache darf der Empfänger die Präsumpcion nicht richten, zumal wenn der Empfänger mit gleicher Wahrscheinlichkeit wie hier als Entleiher bloßer Fremdbesitzer ist. Eine farblose Sachübergabe kann zu den unterschiedlichsten Zwecken dienen; die vom BGH aufgestellte Vermutung, mit ihr werde Eigenbesitz begründet, entbehrt jeder Grundlage. Leihe und Schenkung sind keine gleichwertigen *causae*; bei gleicher Wahrscheinlichkeit beider muss die Schenkung als die schwächere *causa* zurücktreten. Bestand Dissens zwischen Geber und Nehmer über die beiderseits vorgestellten *causae*, dann besaß die Tochter den Flügel von vornherein ohne Rechtsgrund und ist schon deshalb rückgabepflichtig (*condictio possessionis*).<sup>46</sup> Die (im BGB leider unkodifizierte gebliebene) Spezialregel *Donatio non praesumitur*

<sup>43</sup> BGH, in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht [FamRZ] 1970, 586 f. mit Anmerkung BOSCH; dem BGB zustimmend HADDING, Juristische Schulung [JuS] 1972, 187 ff.; dagegen ausführlich WACKE, AcP 191 (1991; u. Fn. 44) 15 ff.

<sup>44</sup> WACKE, *Donatio non praesumitur: Ein sprichwörtliches Naturrechtsprinzip gegen ein versteinertes Beweislast-Dogma*, in: Archiv für die civilistische Praxis [AcP] 191, 1991, 1-32; DERS., Europäische Spruchweisheiten (o. Fn. 30) 353 ff. Aus den Quellen etwa Johannes VOET (1647-1713), unter Hinweis auf Tiraquellus (Tiraqueau, 1480-1558): *In dubio donatio non praesumitur... adeoque qui eam allegat, licet in exceptione, probare debet*; angeführt in: AcP 191, S. 3 Fn. 9. Preußisches ALR I 11 § 1040: „Daß eine Sache als Geschenk gegeben worden, wird nicht vermutet.“

<sup>45</sup> Dazu H. KIEFNER, ZSS 79, 1962, 258 ff. Weitere Hinweise bei WACKE, AcP 191, 1991, 18 Fn. 57.

<sup>46</sup> WACKE, AcP 191, 16 f.



verdrängt somit (soweit anwendbar) die generelle Eigentumspräsumption des Besitzers aus § 1006 BGB.

Die herrschende Lehre geht aus von der (zutreffenden) Prämisse, dass der gegenüber der Leihklage erhobene Schenkungseinwand Klageleugnung ist („nein, sondern“), kein motiviertes Geständnis („ja, aber“). Als Klageleugnung qualifiziert (so wird gefolgert), zwingt der Schenkungseinwand unweigerlich den Kläger zum Beweis. Eine Ausnahme von dieser rigiden Schlussfolgerung dürfe es nicht geben. Der Schenkungseinwand wird jeder anderen Art des Klageleugnens gleichgestellt. Aber keine Regel gilt ohne Ausnahme.<sup>47</sup> Dass die Schenkung wegen ihrer Unentgeltlichkeit als *causa minor* einzustufen ist, wird nicht erkannt.

Hermann Beckh sah hingegen in seiner schon 1899 verfassten Münchener Preisschrift über die Beweislast richtig, dass wer Vermögensverlust abwenden will, auch beweismäßig zu bevorzugen ist gegenüber einem Empfänger, der nur Gewinn erstrebt. Sonst könnte nämlich „seitens doloser Beklagter mit dem Schenkungseinwand der ärgste Mißbrauch getrieben werden.“<sup>48</sup> Mit Zitaten belegte Beckh diese damals unstrittige Ausnahme von der Regelbeweislust des Klägers allerdings nicht. Bald darauf tat demzufolge Leo Rosenberg die von Beckh befürwortete engere Beweisregel als „angeblich“ ab.<sup>49</sup> Geblendet durch Rosenbergs Autorität, dessen maßgebliche Standard-Monographie über die Beweislast bis 1965 fünf Auflagen erlebte,<sup>50</sup> wurde die Existenz einer gegen die Schenkung gerichteten Vermutung von der herrschenden Ansicht anfangs ignoriert; neuerdings wird sie explizit geleugnet.<sup>51</sup> Als ihr Exponent lehrte Gottfried Baumgärtel in seinem heute führenden mehrbändigen Beweislast-Handbuch,<sup>52</sup> wer einen Vermögenswert aus der Hand gibt, der müsse dafür das Beweisrisiko tragen, dass er nicht habe schenken wollen. Gegen die Deutung seiner Hingabe als Schenkung müsse er sich durch hinreichende Indizien verwahren. Diese Ansicht widerstreitet jedoch den in allen Rechtsordnungen zum Schutze des Schenkers aufgestellten Formvorschriften und führt sich dadurch selbst *ad absurdum*. Baumgärtels Forderung, Schenkung einzuwenden dürfe man einem Beklagten nicht erschweren, ist unzutreffend. Das Gegenteil ist richtig. Sich auf Schenkung zu berufen, ist für den Beklagten riskant. Mit dem Schenkungseinwand zwingt der Beklagte ausnahmsweise sich selber, nicht den Kläger zum Beweis.

---

<sup>47</sup> In allen europäischen Sprachen bekanntes Sprichwort: Augusto ARTHABER, *Dizionario comparato di proverbi in sette lingue*, Milano, Hoepli, Nr. 1157.

<sup>48</sup> Hermann BECKH, *Die Beweislast*, München 1899, 200 f.

<sup>49</sup> ROSENBERG, AcP 94, 1903, 78. Rosenberg hätte genauer recherchieren sollen.

<sup>50</sup> Dazu Ulrike GRÄFE, Leo Rosenberg (1879 – 1963): Leben und Wirken, Berlin 2011, 126 ff.; V. F. GUILLÉN, in: Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales III*, Madrid/ Barcelona 2004, 984 ff.

<sup>51</sup> Etwa Jens KOCH (o. Fn. 41) § 516 BGB RandNr. 51 Fn. 210. Er nennt die gegen Schenkung gerichtete Vermutung „ein vermeintlich fortgeltendes“ Prinzip, ohne auch nur eines der erdrückend gegen die herrschende Auffassung sprechenden Argumente zu erwähnen. Bei derart stiefmütterlicher Behandlung einer beachtlichen Mindermeinung in einem für die Praxis bestimmten großen wissenschaftlichen Kommentar wird die Judikatur sie umso weniger beachten. Praktiker neigen heute überdies zuweilen zu dem Vorurteil, beim Zitat eines lateinischen Satzes sei nicht mehr von geltendem Recht die Rede.

<sup>52</sup> BAUMGÄRTEL, *Handbuch der Beweislast I*, 1981, § 516 BGB RandNr. 3; 2. Aufl. 1991, S. 601.

2. Baumgärtels These versagt überdies, wenn sich ein Besitzer den umstrittenen Gegenstand eigenmächtig verschafft haben kann (etwa die Haushälterin des Verstorbenen oder eine andere Person seines Vertrauens) und behauptet, er sei ihm vom Erblasser geschenkt worden. Die Eigentumsvermutung (§ 1006 BGB) spricht nicht zugunsten eines potentiellen Delinquenten. In einem vom Bundesgerichtshof 1999 entschiedenen Fall<sup>53</sup> hatte der enterbte Sohn eines (kränklich bettlägerigen und offenbar willensschwachen) Vaters aufgrund seiner Konto-Vollmacht mehrfach hohe Geldbeträge (zusammen weit über 50.000 DM) von dessen Bankkonto abgehoben und für sich verwendet. Vom Testamentsvollstrecker auf Rückzahlung verklagt, verteidigte sich der Sohn mit angeblich geäußertem Schenkungswillen seines Vaters. Nach zutreffender Würdigung des Oberlandesgerichts Düsseldorf als Vorinstanz hatte der Sohn damit einen Schenkungsvollzug durch seinen Vater jedoch nicht schlüssig dargelegt. An ausreichender Substantiierung fehlte es schon, weil nach der eigenen Darstellung des Sohnes ihm der Vater keine ziffernmäßig fixierten Beträge bewilligt hatte. Diese Anforderungen des Berufungsgerichts hielt der BGH jedoch für „überspannt“ und hob die Entscheidung auf. Dieses Revisionsurteil ist eine Verschlimmbesserung.

Die Unterscheidung zwischen Klageleugnung und qualifiziertem Geständnis (§ 289 ZPO) ist ein *a priori* gesetztes Theorem, aus dem begrifflich deduziert wird. Deduktionen aus vorgefassten Begriffen gelten in der Methodenlehre seit längerem *per se* als suspekt. Die zusätzlich erforderliche Ergebniskontrolle kann geführt werden mittels empirischer Bestandsaufnahmen, die wie die überkommenen *Brocardica*<sup>54</sup> geronnene Erfahrungssätze aufgrund lebendiger Sachverhaltskenntnis enthalten.

3. Veranschaulichen lässt sich das Verhältnis einer Kodifikation zu früherem Recht mit der von Rolf Knütel entwickelte Gitter-Metapher:<sup>55</sup> Ein Gesetzbuch ist keine Sperrmauer oder Spundwand, welche das Durchsickern von früherem Recht hermetisch unterbinden würde. Eher vergleichbar ist die Kodifikation einem Gitter, dessen Stäbe der Entscheidungsfindung Halt geben, deren Zwischenräume aber das Einströmen von ergänzenden vorkodifikatorischen Regeln gestatten.

Viele Fälle ließ der BGB-Gesetzgeber ohne ausdrückliche Regelung, weil man sie als zu selten vorkommend ansah,<sup>56</sup> weil sie in der Lehre noch nicht hinreichend

---

<sup>53</sup> BGH vom 18. 5. 1999 – X ZR 158/97, in: Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1999, 2887 ff. = Juristenzeitung 2000, 568 ff. mit kritischer Anmerkung von Gottfried SCHIEMANN. Gegen den BGH ausführlich WACKE, *Zur Behauptungs- und Beweislast des Beklagten für den Einwand der Schenkung*, in: Zeitschrift für Zivilprozeß [ZZP] 2001, 77-96.

<sup>54</sup> Peter WEIMAR, *Art. Brocardica*, in: Lexikon des Mittelalters [LexMA] II, 1983, 707; auch in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [HRG], 2. Aufl. 2005, 685.

<sup>55</sup> z. B. KNÜTEL, *Spaziergänge im römischen Recht*, Seoul 2006, 360; rezensiert von WACKE, OIR 12, 2008, 163 ff. Inhaltlich zur Nachrezeption römischer Rechtsüberzeugungen KASER/KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl. 2008, § 1 VI. Zur Nachrezeption nichtkodifizierter Rechtsregeln WACKE (unten Fn. 86) 210 ff.; zu Slowenien Janez KRANJC, *Zum Fortleben lateinischer Rechtsausdrücke und Rechtsregeln in der heutigen slowenischen Rechtssprache*, OIR 11, 2006, 93 ff.

<sup>56</sup> WACKE, *Quod raro fit, non observant legislatores*, in: Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law, and Legal History, dedicated to Alan Watson, Oxford 2000, 393-398

geklärt waren oder weil man schlicht darauf vertraute, der studierte Berufsrichter werde aufgrund Intuition und Judiz die richtige Entscheidung treffen. Aus dem Schweigen des BGB über eine vorher ausdrücklich geregelte Spezialfrage ist demnach nicht zu folgern, dass nach seinem Inkrafttreten gegenteilig zu entscheiden sei als nach vorher einhellig gebilligter Rechtsansicht.

Die Fortgeltung des Prinzips *Donatio non praesumitur* ergibt sich erstens (wie erwähnt) aus der zum Schutze vor übereilt abgegebenen Schenkungsversprechen vorgeschriebenen notariellen Beurkundung (§ 518 BGB). Die prinzipielle Formgebundenheit des Schenkungsvertrages unterscheidet den Schenkungseinwand von anderem Klageleugnen. Zweitens kommt es einer Schenkung gleich, wenn jemand wissentlich auf eine nicht bestehende Schuld zahlt.<sup>57</sup> Der Bereicherungskläger muss dann nicht beweisen, dass er irrtümlich zahlte. Umgekehrt ist die etwaige Kenntnis des Leistenden als rechtshindernde Einwendung nach einhelliger Ansicht vom Beklagten zu beweisen. Diese Beweislastverteilung für einen Spezialfall erfordert (*a minore ad maius*) ihre generelle Entsprechung bei anderen Gestaltungen des Schenkungseinwandes. Drittens ist die gegenüber einer *rei vindicatio* erhobene Einrede oder Einwendung der Schenkung (*exceptio rei donatae*, § 986 BGB) als Verteidigungsvorbringen vom Beklagten zu beweisen. Viertens wird schließlich bei überobligationsmäßig erbrachten Unterhaltsleistungen an nahestehende Personen nach diversen Einzelvorschriften vermutet, dass dem Zahlenden die Absicht fehlt, vom Empfänger Ersatz zu verlangen (§§ 685 Abs. 2, 1360b, 1620 BGB). Aus diesen Sondervorschriften für Situationen, in denen ein Verzichtswille ausnahmsweise anzunehmen ist,<sup>58</sup> ergibt sich für den Normalfall der Umkehrschluss, dass Schenkung ansonsten nicht zu vermuten ist.

4. Unbeeinflusst von der Rechtsprechung des westdeutschen Bundesgerichtshofs und der damaligen verfestigten Meinung nahm der Oberste Gerichtshof der (untergegangenen) DDR zutreffend (wenngleich ohne nähere Begründung) die Beweislast des Beklagten für seinen gegen eine Darlehensrückzahlungsklage vorgebrachten Schenkungseinwand an.<sup>59</sup>

#### V. Durch Schenkung vom Nichtberechtigten kein gutgläubiger Erwerb

Übereignet ein Nichtberechtigter eine Sache an einen Gutgläubigen, dann muss er gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB dem bisherigen Eigentümer das durch die Verfügung Erlangte erstatten. Das aufgrund der Verfügung Erlangte (in der Regel der empfangene Kaufpreis) entschädigt den bisherigen Berechtigten für den Verlust seines Eigentums. Die Kondiktion des Erlangten tritt an die Stelle der

---

<sup>57</sup> § 814 BGB. Vgl. (für die Delegation) D. 46,2,12: *similis videtur ei qui donat*. D. 50,17,53: *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est*. „Was bei irrtümlicher Hingabe zurückverlangt werden kann, ist bei absichtlicher Hingabe Schenkung.“

<sup>58</sup> Unübertroffen und mustergültig klar zusammengefasst im preußischen ALR I 11 §§ 1040 ff., siehe AcP 191 S. 5.

<sup>59</sup> Urteil vom 13. April 1988 – OZK 7/88 – in: Neue Justiz 1989, 43: „...nur im Falle bewiesener wirksamer Schenkung wären die Verklagten nicht rückerstattungspflichtig.“ Nach Ansicht der Klägerin habe sie den Scheck über 20.000 M als Finanzierungsbeitrag zur Anschaffung eines PKW seinerzeit nur darlehenshalber übergeben.

untergegangenen Vindikation.<sup>60</sup> Verschenkt aber der Nichtberechtigte die Sache, dann erlangt er keinen Gegenwert, den er dem Eigentümer erstatten könnte. Bei unentgeltlicher Übereignung an einen Gutgläubigen gewährt darum § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Alteigentümer eine Kondiktion gegen den Erwerber. Wer gutgläubig eine Sache von einem Nichteigentümer geschenkt erhielt, muss sie dem alten Eigentümer zurückübereignen. Wertungsmäßig entspricht diese Vorschrift genau unserem Abwägungsprinzip. Der Eigentümer will nämlich nur den Verlust seiner Sache rückgängig machen, der Beschenkte hingegen sucht seinen ihm unentgeltlich zugefallenen Gewinn zu erhalten. Da der Beschenkte kein Opfer erbrachte, ist sein Erwerb weniger schutzwürdig und darum schwächer als das Recht des alten Eigentümers, dem er weichen muss. Gutgläubigkeit rein lukrativer Erwerber bleibt darum im Ergebnis ohne Schutz.<sup>61</sup> Aus fremdem Vermögen vollzogene Schenkungen haben daher ebensowenig Bestand wie Schenkungs- oder Vermächtnisansprüche in den vorerwähnten Fällen beim konkursmäßigen Zusammentreffen mit anderen Forderungen. Den Berechtigten vor einem Verlust durch lukrativen Erwerb eines Dritten zu schützen, ist letztlich ein Postulat des *ius suum cuique tribuere*.

Im Rechtstechnischen erscheint die Regelung unseres § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB hingegen widerspruchsvoll, dass gutgläubig Beschenkte einerseits zwar zunächst Eigentum erwerben, andererseits es aber doch auf die Eingriffskondiktion des alten Eigentümers hin diesem zurückübertragen müssen. Dabei scheint es schlimmer zuzugehen als bei der Echternacher Springprozession:<sup>62</sup> einen Schritt vor, einen wieder zurück (oder: „Wie gewonnen, so zerronnen“). Andere Rechtsordnungen wie die englische schützen konsequenter von vornherein nur diejenigen Redlichen, die gegen ein Entgelt (engl. *for value*) erwerben (wollen). Ebenso Preußens ALR,

---

<sup>60</sup> Anders formuliert: Die Eingriffskondiktion bildet den Rechtsfortwirkungsanspruch für die Vindikation. Die römischen Quellen enthalten nur wenige Vorbilder; dazu Max KASER, Zur Frage einer *condictio* aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht, Festschrift W. Felgentraeger, 1969, 277-294 = KASER, *Ausgewählte Schriften II*, Napoli 1976, 493 ff.; Sonja HEINE, *Condictio sine datione: Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im röm. Recht*, Berlin 2006. Ein Beispiel ist Papinian D. 12,6,55; dazu WACKE, *Unbefugte Vermietung und ungerechtfertigte Bereicherung. Die Eingriffskondiktion als Vindikationsfortwirkungsanspruch*, Studi Nicosia VIII, 2007, 393-433, 426 ff. (zu Heine S. 432 f. Fn. 108).

<sup>61</sup> Frank PETERS, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, 1991, 116f.

<sup>62</sup> Echternach, eine Kleinstadt mit knapp fünftausend Einwohner in Luxemburg an der Sauer (dem Grenzfluss zu Deutschland) bei Trier gelegen. Schon von den Römern gegründet, stiftete der Heilige Willibrod Ende des 7. Jh. dort eine Benediktinerabtei; deren viertürmige Basilika wurde Anfang des 11. Jh. errichtet. Bei der alljährlichen Wallfahrt am Pfingstdienstag umtanzen die Pilger das Grab des Heiligen in schwerfälligen, sprungartigen Schritten: erst nach links, dann nach rechts, dann nach vorn. Die von Geistlichen unter rhythmischer Begleitmusik angeführte Zeremonie ist ein Rest alter Tanz- oder Devotionsprozessionen. Siehe Brockhaus Enzyklopädie Band 7, 2006, 440 f. Seit 2010 zum immateriellen Kulturerbe der Menschheit gehörig. Sprichwörtlich wegen der Annahme, die Teilnehmer seien jeweils zwei Schritte vorwärts und einen wieder zurückgesprungen. Dieser historisch nicht nachweisbare Brauch wurde jedoch wegen des zu befürchtenden Chaos 1947 definitiv untersagt. Zahlreiche Nachweise im Internet.

Österreich, Spanien und neuerdings Georgien.<sup>63</sup> Das entspricht der unverbildeten natürlichen Rechtsauffassung. Weshalb wird einem nicht schutzwürdigen zu Beschenkenden der Redlichkeitsschutz bei uns nicht ebenfalls von vornherein versagt? Weshalb gingen die BGB-Verfasser den komplizierten Umweg über das Bereicherungsrecht?<sup>64</sup>

Dass das BGB in den §§ 892, 932 ff. BGB den unentgeltlichen Erwerb nicht vom Redlichkeitsschutz ausnimmt, hängt mit seinem Abstraktionsprinzip zusammen: Da für den Eigentumserwerb gemäß §§ 873 ff., 929 ff. BGB generell weder die Art noch die Gültigkeit des Erwerbstitels von Belang ist, sollte die unentgeltliche *causa* auch beim Redlichkeitsschutz keine Sonderstellung einnehmen; das wäre inkonsequent erschienen. Anstelle der Vindikation bleibt dem Eigentümer gegen den redlichen Besenkten daher (als Ersatzanspruch) nur die (im Konkurs schwächere) Kondiktion.

Diese Verschiebung der Anspruchsgrundlage gegen den Besenkten von der Vindikation (§ 985 BGB) auf die bloß schuldrechtliche Kondiktion (§ 816 I 2 BGB) benachteiligt allerdings den Berechtigten. Denn einstweilen ist der Besenkte Eigentümer geworden; als solcher kann er in der Zwischenzeit über die Sache (sogar zugunsten eines Unredlichen) verfügen. Und solange der Besenkte dabei unverklagt und redlich bleibt (also vom Rechtsmangel des Schenkens und seiner eigenen Rückgabepflicht nichts erfährt), schuldet er als bloßer Bereicherungsschuldner dem Alteigentümer keinen Ersatz (§§ 818 Abs. 3-4 und 819 Abs. 1 BGB). Überdies erfassen hoheitliche Pfändungen und Konkursbeschlagnahmen auch die aufgrund der Schenkung erworbenen Sachen. Um diese Nachteile zu verhindern, müsste der Alteigentümer gegen den Besenkten alsbald ein gerichtliches Veräußerungsverbot erwirken.

Durch Schenkung kann aber niemand mehr vergeben oder empfangen als aufgrund Testaments. Die Parallele leuchtet ein. Spaniens *Código civil* sagt dies ausdrücklich (Art. 636). Italiens *Codice civile* regelt die *donazioni* im 2. Buch Titel V (Artt. 769 ff.) als Unterfall der *successioni*. Bei der Schenkung von Todes wegen

---

<sup>63</sup> Preußens ALR I 15 § 24: „Wer die entfremdete Sache zwar redlicher Weise, aber unentgeltlich, an sich gebracht hat, muß sie gleichergestalt unentgeltlich dem rechtmäßigen Eigentümer oder Besitzer verabfolgen.“ Österreichs ABGB § 367 Satz 1: „Die Eigentumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweist, daß er diese Sache... gegen Entgelt von jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst... anvertraut hatte“ (ab 2007 gilt eine redaktionell, aber kaum inhaltlich veränderte Fassung). Ebenso kann man nach Art. 187 Abs. 2 des modernen (im allgemeinen stark aus dem deutschen BGB rezipierten) Zivilgesetzbuch Georgiens aufgrund guten Glaubens eine bewegliche Sache nicht unentgeltlich erwerben, Zivilgesetzbuch Georgiens, deutsche Übersetzung, Tblissi 2006. Spaniens Art. 34 der *Ley hipotecaria* gewährt nur einem Erwerber aufgrund *título oneroso* den Schutz durch die *fe pública* des Grundbuchs. Erwerber *a título gratuito* genießen keinen stärkeren Schutz als ihr Rechtsvorgänger.

<sup>64</sup> Man befürchtete Schwierigkeiten bei der Abgrenzung rein lukrativer Zuwendungen von gemischten Schenkungen (der *negotia mixta cum donationibus*). Aber dieses Einordnungsproblem ergibt sich bei allen hier behandelten Fällen der Qualifikation von Schenkungen als *causae minores* (auch bei remuneratorischen Schenkungen oder solchen unter Auflagen). Mit der Verschiebung der Anspruchsgrundlage von der Vindikation auf die Kondiktion wird diese Schwierigkeit nicht geringer. Entschärft wird damit nur die sachenrechtliche Zuordnungsproblematik.

wird der Zusammenhang besonders deutlich. Bei der Schenkung einer fremden Sache an einen Gutgläubigen wird dieser Grundsatz vom deutschen Recht durchbrochen. Denn bei Sukzessionen von Todes wegen gibt es keinen gutgläubigen Erwerb. Vorausgesetzt wird vielmehr ein Rechtsgeschäft (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB), genauer im engeren Sinne ein „Verkehrsgeschäft“.<sup>65</sup> Ob eine Schenkung ein solches Verkehrsgeschäft darstellt, ließe sich füglich bezweifeln. Infolge der Nichtherausnahme unentgeltlicher Erwerbsgründe aus dem Redlichkeitsschutz wird aber die Schenkung bei uns vom Gesetz als Verkehrsgeschäft fingiert. Die Kritik am deutschen Abstraktionsprinzip könnte hier ansetzen.<sup>66</sup>

Rechtshistorisch ist die verwickelte deutsche Regelung ohne Vorbild<sup>67</sup> und rechtsvergleichend ohne Parallele.<sup>68</sup> Den einheitlichen Lebenssachverhalt des Verschenkens einer fremden Sache an einen Gutgläubigen regelt das BGB überdies systematisch an zwei verschiedenen Stellen, im Sachenrecht (§§ 892, 932) und im Obligationenrecht (§ 816 Abs. 1 Satz 2), ohne dass dieser Zusammenhang durch Verweisungen im Gesetz kenntlich gemacht wird.<sup>69</sup> Organisch Zusammengehöriges wird dadurch auseinander gerissen. Deshalb ist die Regelung alles andere als

---

<sup>65</sup> Jürgen KOHLER in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2013, § 892 Randnummern 33 ff.

<sup>66</sup> Die Abstraktheit von Verfügungsgeschäften war (als behelfsmäßiger Schutz für den Rechtsverkehr) vertretbar, solange gutgläubiger Erwerb noch nicht gesetzlich anerkannt war. Mit der Schaffung der den Interessenkonflikt auf viel feinere Weise regelnde Gutglaubensvorschriften wurde das Abstraktionsprinzip zum Erwerbsschutz von Sachenrechten funktionslos und entbehrlich. Seine verbliebenen Auswirkungen in Zwangsvollstreckung und Konkurs sind sogar schädlich. Siehe weiterführend etwa WACKE, *Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe?*, ZEuP 2000, 254-262; italienische Fassung in: *Europa e diritto privato* 1, Milano 1998, 1033-1045. Immer noch findet das Abstraktionsprinzip bei uns leidenschaftliche Verfechter. Das Postulat von Hans WIELING: „*Das Abstraktionsprinzip für Europa!*“, ZEuP 2001, 301 ff. wird sich aber nicht verwirklichen lassen, weil das Prinzip außerhalb Deutschlands (abgesehen von Griechenland für bewegliche Sachen) völlig isoliert ist; siehe zuletzt Christoph KRAMPE, *In corpus consentimus, in causis dissentimus*, in: F. Sturm *et alii* (Hrsgg.), *Liber Amicorum Guido Tsuno*, Frankfurt/M. 2013, 185 ff.

<sup>67</sup> Aus dem Fehlen einer Entsprechung in den römischen Quellen folgerte Max KASER (o. Fn. 60) 347, dass die Klassiker, obwohl sie der Schenkung ansonsten wenig Wohlwollen entgegenbrachten, die unentgeltliche Zuwendung vom Nichtberechtigten günstiger behandelten als das heutige Recht. Aber diese (nur vermutete) Schlussfolgerung ist bedenklich, denn die Rechtslage ist kaum vergleichbar. Das Fehlen einer Ausgleichspflicht bei einer *usucapio* aufgrund lukrativer *causa pro donato* oder *pro legato* (D. 41,6 und 41,8) und deren Gleichstellung mit entgeltlichen Ersitzungstiteln war deshalb vertretbar, weil der Berechtigte während der Ersitzungszeit gegen den Besitzer gerichtlich vorgehen konnte (Gaius D. 41,3,1). Mit der Anerkennung sofortigen gutgläubigen Erwerbs (als *prescription instantanée*) haben sich die Beurteilungsgrundlagen verschoben.

<sup>68</sup> Nach griechischem Zivilgesetzbuch, Artt. 1033-1034, ist die Übereignung (umgekehrt wie in Spanien: o. Fn. 66 a. E.) von Grundstücken kausal, von beweglichen Sachen hingegen abstrakt. Doch fand ich keine dem deutschen § 816 BGB entsprechende Ausgleichsvorschrift in der französischen Übersetzung: *Code civil hellénique, traduit par Pierre Mamopoulos*, 3. éd. 2000.

<sup>69</sup> Im ersten BGB-Entwurf folgte die Ausgleichsvorschrift des heutigen § 816 wie in Österreich (§ 367 Abs. 1 a. E.) noch unmittelbar auf die Gutglaubensvorschrift. Später änderte man dies aus Gründen der Systematik und um im Bereicherungsrecht eine generelle Ausgleichsvorschrift zu schaffen.

volkstümlich und einem Laien schwer zu vermitteln. Jeder Studienanfänger muss sich bei § 932 BGB die bereicherungsrechtliche Ausgleichsvorschrift des § 816 BGB am Rande seiner Textausgabe vermerken. Aufgabe des Gesetzgebers wäre es gewesen, jedem Lernenden das Verständnis durch einen kurzen Hinweis (etwa: „Der Ausgleich erfolgt gemäß § 816“) zu erleichtern.

Besser geschützt ist der Berechtigte in den genannten ausländischen Rechtsordnungen mit kausaler Tradition (o. Fn. 63), in denen ein zu Beschenkender trotz guten Glaubens von vornherein nichts erwirbt. Der Beschenkte bleibt dort Nichtberechtigter. Als solcher kann er nur an Gutgläubige weiter verfügen; und gegen Zwangsvollstreckungen kann sich der Berechtigte mit der Interventionsklage wehren (§ 771 ZPO). Die Sicherheit des Rechtsverkehrs wird dadurch nicht beeinträchtigt.

Im Ergebnis stimmen alle Rechtsordnungen überein: Ein Eigentumsverlust aufgrund unentgeltlicher Verfügung ist zu Gunsten eines Gutgläubigen ethisch nicht zu rechtfertigen. Mit dem gutgläubigen Zwischenerwerb eines zu Beschenkenden hat das BGB allerdings sein Abstraktionsprinzip auf die Spitze getrieben.

Gutgläubiger Erwerb rechtfertigt also für sich allein (entgegen einer verbreiteten, schon in den Gesetzesmotiven angedeuteten Ansicht) nicht eine Enteignung des Berechtigten. Guter Glaube ist eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung. Kondiktionsfest ist jeder Erwerb nur aufgrund einer rechtfertigenden *iusta causa*. Von diesen *causae* genügt Schenkung zum Behaltendürfen nur beim Erwerb durch Leistung durch den Berechtigten (oben IV). Im Verhältnis zum Dritten, dem wahren Berechtigten, muss gutgläubiger Erwerb zudem muniert sein durch einen entgeltlichen Titel. Nur dann ist er ihm gegenüber bestandsfest.

Die Beweislast für die beiden Elemente ist unterschiedlich verteilt: Guter Glaube wird vermutet; bösen Glauben des Beklagten muss der Kläger beweisen (§ 929 Abs. 2 BGB). Seinen Erwerb aufgrund entgeltlicher *causa* muss hingegen der Beklagte beweisen. Gemäß unserer Maxime ist nämlich im Zweifel gegen einen Eigentumsverlust zu entscheiden. Denn von niemandem ist anzunehmen, dass er sein Gut unbedacht wegwirft.<sup>70</sup> Und mehr Rechte als der Eigentümer aufgeben will, kann ein Beschenkter nicht erwerben. Unsere herrschende Meinung entscheidet entgegengesetzt,<sup>71</sup> weil sie unser sprichwörtliches Rechtsprinzip nicht kennt. Auch die ihm zugrunde liegende Wertentscheidung war uns deutschen Juristen bislang leider nicht vertraut.

#### VI. Eigener Bedarf des Verleihers

Ein letztes (einfaches) Beispiel für unsere Regel findet sich in § 605 Nr. 1 BGB: Ein Verleiher kann den Leihvertrag kündigen, wenn er infolge eines

---

<sup>70</sup> WACKE, AcP 191, 1991, 3 f.

<sup>71</sup> BAUMGÄRTEL/ STRIEDER, *Handbuch der Beweislast I*, 2. Aufl. 1991, § 816 RandNr. 2.

unvorhergesehenen Umstandes der Sache bedarf.<sup>72</sup> Die Interessen des aus Gefälligkeit handelnden Verleihers verdienen im Falle eigenen Bedarfs stärkeren Schutz als diejenigen des Entleihers, der den Sachgebrauch unentgeltlich erhält. Den eigenen Vorteil dem fremden vorzuziehen, ist hier unbedenklich statthaft:<sup>73</sup> *propria commoda alienis antepone licet*.<sup>74</sup> Objektiv unvorhersehbar muss der später eintretende Bedarf nicht sein; es genügt, dass ihn der Verleiher (subjektiv) nicht vorhersah. Neben eigenem Gebrauchsbedarf genügt auch eigener finanzieller Bedarf: Eine Dauerleihgabe von Kunstgegenständen zu Ausstellungszwecken an ein Museum kann der Erbe kündigen, um durch deren Verkauf Erbschaftssteuer tilgen zu können.<sup>75</sup> Auch bei unentgeltlich eingeräumten Wohnrechten sollte unvorhergesehener finanzieller Bedarf den Verleiher zur Kündigung berechtigen.<sup>76</sup> Eigenbedarf eines Verleihers kann damit weiter ausgelegt werden als bei der Vermietung, wo prinzipiell nur eigener Wohnbedarf (und solcher von Angehörigen) anerkannt wird.<sup>77</sup> Der die Sache opferlos benutzende Entleiher muss weichen (sie zurückgeben), wenn auf den Verleiher unzumutbare finanzielle Einbußen zukommen.

### VII. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen

Drei beachtliche Anwendungsfälle für unsere Regel haben wir herausgearbeitet: 1. Bei einer vom Beklagten gegenüber einer Herausgabeklage eingewandten Schenkung vom Berechtigten muss der Beklagte beweisen, dass ihm wirksam geschenkt wurde. – 2. Schenkung durch einen Nichtberechtigten rechtfertigt nicht den Eigentumsverlust des Berechtigten, sondern nur ein vom Beklagten nachzuweisender entgeltlicher Erwerbgrund. – 3. Einen Leihvertrag kann der Verleiher bei unvorhergesehenem eigenem Bedarf kündigen.

Zugrunde liegt die Wertentscheidung: „Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben“, wie wir unsere Regel knapp und vereinfacht verdeutschten. Ihre umständlichere lateinische Fassung ist keine volkstümliche Spruchregel von der Art wie „Wer sät der mäht“,<sup>78</sup> – „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ (oben Fn. 5), – „Augen auf oder Beutel auf“, – „Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins

<sup>72</sup> Die Motive für diese Gesetzesvorschrift berufen sich u. a. auf C. 4,65,3 (obgleich die entgeltliche Miete betreffend): *invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit...*

<sup>73</sup> Bei der entgeltlichen Miete kritisierten hingegen vor der Einführung gesetzlicher Kündigungsbeschränkungen einflussreiche Autoren den Kündigungsgrund des Eigenbedarfs, viele Gesetze (insbesondere das ALR I 21 § 386) suspendierten ihn, s. CALONGE/ WACKE, *Die Kündigungsgründe für die Wohnmiete im europäischen Recht seit Caracallas Reskript von 214 n. Chr.*, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 5, 1997, 1010-1029, 1015-1022.

<sup>74</sup> So die Glosse zu Caracalla C. 4,65,3.

<sup>75</sup> LOSCHELDER, *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, 705, 708; HAUBLEIN in: Münchener Kommentar zum BGB III, 6. Aufl. 2011, § 605 Randnr. 4.

<sup>76</sup> So Karin NEHLEN-VON STRYK, *Unentgeltliches schuldrechtliches Wohnrecht*, AcP 187, 1987, 582 ff., 583.

<sup>77</sup> § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Finanzielle Gründe besserer Verwertung sind nur erheblich in den Grenzen von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

<sup>78</sup> WACKE, *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, 286-288.



Maul“.<sup>79</sup> Solche Anschaulichkeit<sup>80</sup> fehlt unserer Regel, sie bewegt sich auf hohem Abstraktionsniveau und entstammt darum vermutlich altem gelehrtem Recht.

Obwohl in der Einleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht (§ 96) kodifiziert, wurde ihr Aussagegehalt über lange Zeit hinweg nicht in voller Tragweite erkannt. Autoren des 19. Jh. suchten etwas hilflos nach (mehr oder weniger passenden) Anwendungsfällen (o. Fn. 30). Allgemein anerkannt war die untergeordnete Regel *Donatio non praesumitur*; deren Beachtlichkeit für die Beweislastverteilung ignorierten jedoch namhafte deutsche Zivilprozessrechtslehrer des 20. Jh. von Rosenberg bis Baumgärtel (o. Fn. 49/52), weil sie nicht beachteten, dass nur *in pari causa* zugunsten des Beklagten zu entscheiden ist. Eine lukrative ist aber im Unterschied zur onerosen keine vollwertige *causa* (oben II-III). Im Zweifel muss das Urteil zu Ungunsten unentgeltlicher Erwerber ausfallen (von mir *disfavor lucri faciendi* genannt).<sup>81</sup>

Die historische (humanistische) Romanistik hat die Bedeutung unserer Regel zuweilen heruntergespielt.<sup>82</sup> Zu einem ihrer Anwendungsfälle, nämlich zur Frage des redlichen Erwerbs durch Schenkung vom Nichtberechtigten (oben V), enthalten die römischen Quellen gewiss noch kein Vorbild. Die Wertentscheidung zu Ungunsten lukrativen Erwerbs im Zweifelsfalle lässt sich aber verallgemeinern und auf ähnliche Fälle von Interessenkollisionen übertragen. Diese die historische Quellenerforschung legitimierende Methode bezeichnet man neuerdings auch als Dekontextualisierung und Resubstantialisierung.<sup>83</sup> Für den Frühklassiker Massurius Sabinus war die *regula* eine *causae coniectio* (D. 50,17,1). Als geronnene juristische Erfahrung erlaubt sie es, eine Mehrzahl problematischer Rechtsfragen „auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen“.<sup>84</sup> Die Beschäftigung mit sprichwörtlichen Rechtsprinzipien setzt uns instand, etwaige Wertungswidersprüche innerhalb unseres nationalen Rechts und im Vergleich zu benachbarten Rechtsordnungen aufzudecken. Sie kann dafür sorgen, dass nicht ein einziges Land

---

<sup>79</sup> WACKE, *Europäische Spruchweisheiten* (o. Fn. 30) 362-366; DERS., *A cavalo dado não se olham os dentes*, in: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 96, 2001, 17-24.

<sup>80</sup> Allegorische (metaphorische) Form, metonymische Bedeutung gelten gemeinhin als Kennzeichen volksläufiger (Rechts)sprichwörter, siehe Ruth SCHMIDT-WIEGAND, *Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 1996, Einleitung S. 9 ff.; vgl. WACKE (u. Fn. 86) 183.

<sup>81</sup> Entsprechend italienisch „*sfavore*“, mangels einer passenderen lateinischen Bezeichnung: WACKE (o. Fn. 26) 270 f.

<sup>82</sup> BISCARDI eliminierte die Regel in seiner Jugendschrift (o. Fn. 2) mit anderen „massime tradizionali“ krass als „errori comuni della vecchia scuola... che... non hanno tuttavia nessun valore come principii di diritto positivo“. Um ihr tieferes Verständnis bemühte sich Biscardi damals nicht. Seine bedauernd negative Stellungnahme erklärt sich aus dem seinerzeitigen methodischen Bestreben nach einem Neuanfang: Alles Pandektistische wollte man abstreifen. Diese allzu selbstgewisse philologisch-antiquarische Richtung war verbunden mit einem Abbruch der Brückenpfeiler, auf denen die zivilisierten Rechtsordnungen beruhen und die sie miteinander verbinden.

<sup>83</sup> So Knut Wolfgang NÖRR, *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz etc.*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht [ZEuP]* 2, 1994, 67 ff.; zustimmend Christian BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen I*, Frankfurt/M. 1998, 44 ff.

<sup>84</sup> KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, 1986, 148.

aus der gemeinsamen gemeinrechtlichen Tradition ausschert.<sup>85</sup> Zur internationalen Rechtsangleichung kann die Rechtsparömiologie deshalb einiges beitragen.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> So hat sich in der Beweislastfrage die deutsche Doktrin wegen Ignoranz der Regel *Donatio non praesumitur* innerhalb der europäischen Rechtsgemeinschaft isoliert.

<sup>86</sup> WACKE, *Sprichwörtliche Rechtsprinzipien und europäische Rechtsangleichung*, OIR (o. Fn. 8) 5, 1999, 174-213.

