

Zur gemischten Schenkung, insbesondere unter Ehegatten*

Arzu Oğuz**

In den klassischen Quellen trifft man keinen einheitlichen Schenkungsbegriff. *Donatio* im römischen Recht bedeutet eine unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden im heutigen Sinn.

Das Interesse der römischen Jurisprudenz an der Schenkung beruhte vor allem auf der Notwendigkeit, den Anwendungsbereich der Schenkungsverbote abzugrenzen. Das älteste von ihnen war die *lex Cincia de donis et muneribus*, ein Plebiszit aus dem Jahre 204 v. Chr. Dieses Gesetz verbot allen Personen, die nicht mit dem Schenker nahe verwandt oder verschwägert waren (*personae exceptae*), die Annahme von Schenkungen über einen bestimmten, uns unbekanntem Geldbetrag hinaus.

Ein weiteres Schenkungsverbot bestand zwischen Ehegatten. Eine verbotswidrig vorgenommene Schenkung zwischen Ehegatten war nichtig, sei es, dass sie in einem Versprechen, sei es dass sie in einer Übereignung, in einem Schulderlass etc. bestand¹. Herkunft

* Der vorliegende Text wurde auf SIHDA (Société Internationale "fernand de Visscher" pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité vom 24-29 September 2000 in Antalya vorgetragen.

** Dozentin an der juristischen Fakultät der Universität Ankara.

¹ Misera, K.: Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten, (Forschungen zum römischen Recht, hrsg. V. Max Kaser, Wolfgang Kunkel und Franz Wieacker, 33. Abhandlung), Köln-Wien 1974; Kaser, M.: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen (Handbuch der Altertumswissenschaft), 2. Auflage, München 1971, 331 ff.; Honsell, H./Mayer-Maly, Th./Selb, W.: Römisches Recht. Aufgrund des Werks von Paul Jörs, Wolfgang Kunkel und Leopold Wenger, 4. Auflage, Berlin 1987, 347 f.; Kunkel, W.

und ursprünglicher Zweck des Verbots sind unklar. Selbst die römischen Juristen geben verschiedene Begründungen. Pomponius zitiert eine durch Proculus überlieferte Begründung, wonach das Schenkungsverbot verhindern sollte, dass eine Ehegatte durch die Liebe zum anderen seines Vermögens beraubt wurde². Ulpian führt es auf das Gewohnheitsrecht zurück³, wobei er auf die Gefahr hinweist, dass Eheleute bei Schenkungen aus gegenseitiger Zuneigung zu verschwenderischem Leichtsinn veranlasst werden können. Diese Begründungen findet man auch in nachklassischen und justinianischen Quellen⁴. African führt an⁵, dass die Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses durch Schenkungen erkaufte werden könnte, so bei drohender Scheidung⁶.

Eine Reihe von Stellen befasst sich mit dem Sonderfall der gemischten Schenkung, d.h., dem eine Zuwendung zwar mit einer Gegenleistung vorgenommen wurde, diese aber den Wert der Zuwendung nicht erreicht.

Zuerst sei eine Stelle vorgestellt, die sich allgemein mit der Schenkung befasst:

1. D. 39.5.1 pr. (Iulianus im 17. Buch zu Digesta)

Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est.

(Aufgrund des Werkes von Paul Jörs): Römisches Privatrecht, 3. Auflage, Berlin 1949, 247; Rabel, E.: Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel 1955, 197 f.

² D. 24.1.31.7 (Pomp. 14 Sab.): *...ne amore alterius alter despoliaretur...*

³ D. 24.1.1 (Ulp. 32 Sab.); Kaser, M.: Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Wien 1977, 114-115.

⁴ Misera, K.: Die Drittwirkung des Schenkungsverbots unter Ehegatten (Erstreckung auf Hausverbände und Sklaven), in: SZ 93 (1976), 411 ff.

⁵ D. 24.1.2 (Paul 7 Sab.)

⁶ D. 24.1.64 (Iav. 6 post. Lab.); Kaser, M.: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (Handbuch der Altertumswissenschaft), 2. Auflage, München 1971, 331

In diesem allgemein für genuin gehaltenen Text⁷ wird ausgeführt, dass es mehrere Arten der Schenkung gibt. Es wird in der Absicht geschenkt, dass der Empfänger sofort Eigentümer wird und die geschenkte Sache auf keinen Fall auf ihn zurückfallen soll. Der Schenker schenkt eine Sache aus keinem anderen Grund als um Freigebigkeit und Mildtätigkeit auszuüben. Schenkt jemand in der Absicht, dass der Empfänger erst dann Eigentümer wird, wenn etwas erfolgt sein wird. Das ist keine Schenkung im eigentlichen Sinne, sondern eine bedingte Schenkung.

Bevor auf die gemischte Schenkung unter Ehegatten eingegangen sei, sei aber noch kurz eine Stelle vorgestellt, die sich allgemein mit dem Problem der gemischten Schenkung befasst.

2. D. 39.5.18 pr. (Ulpian im 71. Buch seines Kommentars zum Edikt)

Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert.

Ulpian beruft sich auf die Meinung von Aristo, dass wenn ein Rechtsgeschäft mit einer Schenkung vermischt sei, entstehe von einer solchen Schenkung keine Verbindlichkeiten für den Schenker.

Dann ein Fall einer gemischten Schenkung unter Ehegatten behandelt D. 24.1.5.5:

3. D. 24.1.5.5 (Ulp. 32 Sab.) (Ulpian in 32. Buch seines Kommentars zu Sabinus)

Circa venditionem quoque Iulianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait. Neratius autem (cuius opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modo, cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret: enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior: itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta.

⁷ Honsell/Mayer-Maly/Selb (1996) 345.

Ulpian zitiert in diesem Paragraphen Julian, Neratius und Pomponius zur Frage der Gültigkeit von Verkäufen mit zu geringem Preis. Der Beginn der Stelle bezieht sich noch auf den Kauf allgemein, im folgenden wird die spezielle Problematik der Ehegattenschenkung erörtert. Julian hielt einen Kauf, bei dem der Kaufpreis bewusst zu niedrig angesetzt war, allgemein unwirksam. Neratius hingegen differenziert zwischen dem Kauf unter Dritten und dem unter Ehegatten. Nur unter Ehegatten könne ein solcher Kauf unwirksam sein. Allerdings unterscheidet Neratius weiter nach der Willensrichtung des Ehemannes. Habe der Ehemann keine Verkaufs-, sondern Schenkungsabsicht gehabt, so sei der nur vorge-spiegelte Kauf unwirksam. Habe er jedoch verkaufen wollen und nur einen Teil des Kaufpreises erlassen (*remissio*), so würde der Erlass insoweit nicht gültig sein, als die Ehefrau bereichert worden sei. Dies wird durch ein Beispiel erläutert. Da hierbei das Prädikat nicht mehr wie im Vorigen Infinitiv steht, dürfte es sich nicht weiter um ein Referat der Meinung des Neratius, sondern um eine Ergänzung Ulpians handeln. Nach dem Beispiel wären bei einer Kaufsache, die für Fünf verkauft wurde, zum Zeitpunkt der Rückforderung Zehn wert sei, Fünf von der Frau zu zahlen, da dies die aktuelle Bereicherung darstelle.

Der Paragraph gehört zu einem Fragment aus dem 32. Buch Ulpians ad Sabinum, aus dem die Kompilatoren einen Grossteil der Fragmente 1 bis 21 in D. 24.1 entnahmen.

Nach Lenel beginnt Ulpian mit dem 32. Buch seines Sabinuskommentar die Erörterung der Ehegattenschenkung, der auch noch das 33. Buch gewidmet ist⁸. Den grösseren Rahmen dieser Thematik bildet das Dotalrecht (Buch 31 bis 36)⁹.

Der Fragment besteht aus vier Teilen. Zunächst wird eine Entscheidung von Julian zur *venditio* unter Ehegatten berichtet, sodann eine differenzierende Meinung dazu von Neratius und Pomponius, die nach dem *animus donandi* und *vendendi* unterscheidet. Daran schliesst sich die Erörterung eines Verkaufs mit *animus vendendi* und teilweisem Erlass an. Den Abschluss bildet ein praktischer Fall. Neratius stellte bei der Ehegattenschenkung auf den *ani-*

⁸ Lenel, O.: Palingenesie II 1137 und 1144. Unsere Fragment findet sich p. 1138 Nr. 2764.

⁹ Lenel, O.: Palingenesie I 1131 ff.

mus des Ehemannes ab. Diese Betonung des subjektiven Elements kommt auch in der Bezeichnung des ohne Verkaufsabsicht geschlossenen Kaufes als *commentus*, d.h. vorgetäuscht, zum Ausdruck. Hier zeigt sich eine deutliche Trennung zwischen dem wahren Willen und dem nach aussen kundgemachten Rechtsgeschäft. Der Lösungsansatz des Neratius scheint nicht unumstritten gewesen zu sein. Hierauf deutet die vorsichtige, negativ formulierte Zustimmung des Pomponius (*quod Pomponius non improbat*). Ulpian dürfte dem Neratius beipflichten, wie das von ihm zu Neratius gebildete Beispiel nahelegt. Es geht im Fragment um einen Kaufvertrag, bei dem der Kaufgegenstand von Anfang an zu billig verkauft wurde, nicht um einen Vertrag zu einem *istum pretium* mit gleichzeitiger oder nachträglicher Vereinbarung eines Preisnachlasses. D. 24.1.32.26 (Ulp. 32 Sab.)¹⁰ belegt, dass *minoris vendere* vom späteren Preisnachlass zu unterscheiden ist¹¹.

Nunmehr sei ein Fragment des Pomponius näher erörtert:

4. D. 24.1.31.3 (Pomponius in 14. Buch seines Kommentars zu Sabinus)

Si duo mancipia fuerint singula quinque digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint, melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum: sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi.

Zwei Sklaven, die jeweils für Fünf wert waren, wurden von einem Ehegatten dem anderen zusammen für Fünf verkauft. Pomponius meint, dass es richtiger sei, dass die Sklaven für einen Preisanteil beiden Ehegatten gemeinsam gehören sollten, wobei der Miteigentumsanteil sich nicht nach dem wahren Wert der Sklaven, sondern nach dem Umfange des Preisnachlasses bemessen sollte. Zweifellos sei es auch unter Ehegatten erlaubt, Verkäufe zu gerin-

¹⁰ D. 24.32.26 (Ulp. 33 Sab.): *Plane si minoris res venierit donationis causa vel postea pretium sit remissum, admitteremus donationem valere ad senatus consultum.*

¹¹ Misera (1974) 121 f; idem., Der Freundeskauf unter Ehegatten im römischen Recht, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Wahl, Heidelberg 1973, 34-35; Partsch, J.: Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte, in: SZ 42 (1921) 276.

gerem Preis vorzunehmen, jedoch nur, wenn keine Schenkungsabsicht vorliege.

Das Fragment stammt wieder aus dem Titel über die Ehegattenschenkungen (D. 24.1). Der Auszug aus dem 14. Buch des Pomponius ad Sabinum¹² beginnt bei D. 24.1.29 und setzt sich nach einem kurzem Einschub aus Gaius' Kommentar zum Provinzialedikt (D. 24.1.30) in D. 24.1.31 fort.

Pomponius behandelt im 14. Buch zu Sabinus innerhalb der übergeordneten Thematik *De iure dotium* die Ehegattenschenkungen als eigenen Punkt¹³. Nach Lenel bezieht sich der Verweis auf Pomponius' in der soeben erörterten Stelle D. 24.1.5.5 auf eine Passage des Pomponiuskommentars¹⁴, die dem jetzt besprochenen unmittelbar vorangeht.

Im Ausgangsfall¹⁵ waren zwei Sklaven im Werte von jeweils Fünf zusammen für nur Fünf unter Ehegatten verkauft worden. Die Lösung des Falles war anscheinend kontrovers, wie die Formulierung *melius dicetur* bei Pomponius zeigt. Pomponius behandelt die beiden Sklaven als einheitlichen Kaufgegenstand. Dies führt ihn zur Annahme von Miteigentum der Ehegatten. Zunächst ist nach seiner Lösung der Kauf, bei dem schenkungshalber ein Teil des Kaufpreises erlassen worden war, nicht vollständig, sondern nur teilweise unwirksam. Da Pomponius die beiden Sklaven als einheitlichen Kaufgegenstand betrachtet, kommt er dazu, dass der veräußernde Ehegatte anteilig zur Höhe des schenkweise erteilten Nachlasses vom Kaufpreis Eigentümer der Sklaven bleibt. Das würde im Ausgangsfall auf einen häftigen Miteigentumsanteil hinauslaufen. Fraglich ist, welches die Gegenmeinungen gewesen sein können, auf die *melius dicetur* noch hindeutet. Dabei dürfte daran zu denken sein, dass die Gegenmeinungen den gesamten Kauf für unwirksam hielt. In unserem Falle käme statt der Annahme von Miteigentum der Ehegatten an beiden Sklaven auch die von Volleigentum jedes Ehegatten an einem Sklaven in Betracht, da der Kaufpreis genau um

¹² Zu Pomponius s. Kunkel, W.: Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl., Graz-Wien-Köln 1967, 171-172- zu seinen libri ad Sabinum Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, 262-264.

¹³ Lenel, Palingenesie II 117; unsere stele findet sich ebenda 118 Nr. 600.

¹⁴ Lenel, Palingenesie II 118 Nr. 600.

¹⁵ Dumont-Kisliakof, N.: La Simulation en Droit Romain, Paris 1970, 157 mit Fn. 2.

den Wert eines Sklaven herabgesetzt wurde. Doch durfte dies nicht die Gegenmeinung gewesen sein, denn die Lösung versagt bereits, wenn der Preisnachlass den Wert eines Sklaven übersteigt oder unterschreitet.

In diesem Text, wo es bei der Lösung des Abgrenzungsproblems beim *negotium mixtum cum donatione* auf die *causa donationis* ankommt, ist D. 18.1.38 (Ulp. 7 disp.):

5. D. 18.1.38 (Ulpian in siebten Buch seiner Erörterungen Disputationes)

Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliores pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. Hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliores nullius momenti est.

Ulpian spricht hier zunächst aus, dass, wenn jemand den Kaufpreis schenkungshalber niedriger ansetzt, der Kauf gültig sei. Sodann folgt eine Regel, wonach immer dann der Kauf insgesamt ungültig wäre, wenn er schenkungshalber zu niedrig festgelegt worden sei, habe der Kauf zweifellos Gültigkeit. Das gelte aber nur unter Dritten, zwischen Eheleuten sei ein entsprechender Kauf unwirksam.

Ulpian behandelte im siebten Buch seiner Disputationen die *exceptiones* und *stipulationes*. Lenel ordnet das Fragment dem Abschnitt über die Exzeptionen zu¹⁶. Als mögliche Rubrik denkt er an *Si quid contra legem Cinciae factum esse dicetur*¹⁷.

Der Jurist unterscheidet hier zwischen dem Kauf, der insgesamt nur schenkungshalber erfolgt und dem Kauf zu geringeren Preis (Freundeskauf¹⁸)¹⁹. Unter dem schenkungshalber vorgenommenen Kauf dürfte ein Kauf zu verstehen sein, bei dem der Verkäufer nicht die Absicht hat, den festgesetzten Kaufpreis einzufordern. Ulpian

¹⁶ Bkz. Lenel, Palingenesie II 412 Nr. 127.

¹⁷ Zur lex Cincia de donis et muneribus s. Kaser, RP I 602 f.

¹⁸ Zum Begriff Misera (1973) 25 ff.

¹⁹ Vg. Zum Fragment auch Dumont-Kisliakof (1970) 111 mit Fn. 6; 158 mit Fn. 8.

hält einen solchen Freundeskauf im allgemeinen für gültig, aber unter Ehegatten für nichtig. Dabei gebraucht er die die Formulierung *venditio donationis* in unmittelbaren Zusammenhang nicht mit dem Fehlen eines Kaufpreises, sondern mit einem geringeren Entgelt als der tatsächliche Wert des Kaufgegenstandes. Er betrachtet hier *minoris vendere* unter dem Blickpunkt der *exceptio legis Cinciae*²⁰ und beantwortet die Frage, ob dem Verkäufer eine solche Einrede zustehe, wenn der Käufer von ihm die Erfüllung fordert. *Venditio valet* bedeutet, dass hier nur Kaufregeln anzuwenden sind, daher ist die *actio empti* anzuwenden und die *lex Cincia* erfasst diesen Fall nicht. Dagegen ergreift die *lex Cincia* die Veräußerung dann, *quotiens universa venditio donationis causa facta est*.

Aus den Gesagten ergibt sich, dass die römische Juristen *negotium mixtum cum donatione* nach *animus donandi* abgegrenzt haben. Vermutlich haben römische Juristen den Schenkungswille des Schenkers als *animus donandi* betrachtet und "Bereicherungsabsicht" nicht gefordert, da die Schenkung ohne Bereicherungsabsicht auch Schenkung ist.

²⁰ Misera (1973) 27.