



Schriften der  
Deutsch-Spanischen  
Juristenvereinigung

Band 44

---

Christian Schönwandt

# Wirkungsschwächen der Schenkung in Spanien und Deutschland

# Einleitung

In der Apostelgeschichte des Paulus heisst es „Geben ist seliger als nehmen“<sup>1</sup>. Zu seinem Leidwesen muss der Beschenkte feststellen, dass diesem Sprichwort nicht gefolgt wird. Verschiedene Parteien können die geschenkten Güter vom Beschenkten herausverlangen. Warum gilt daher für den Beschenkten der Grundsatz „Wie gewonnen so zerronnen“? Der Bestandsschutz der Schenkung ist gering. Zwar ist die Schenkung nicht grundsätzlich frei widerruflich, aber Erben, Familie, Gläubiger des Schenkers, der Schenker selber oder der Staat können Ansprüche gegen den Beschenkten haben.

Die Arbeit soll deutlich machen, welchen Wirkungsschwächen die Schenkung in Spanien unterliegt. Dem wird gegenübergestellt, welche vergleichbaren Wirkungsschwächen die deutsche Rechtsordnung vorsieht. Es sollen die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen herausgearbeitet werden. Auch sollen die Gründe für die bestehenden Unterschiede deutlich gemacht werden. Dabei ist die Leithypothese der Rechtsvergleichung zu berücksichtigen, dass verschiedene Rechtsordnungen gleiche Fälle grundsätzlich gleich entscheiden<sup>2</sup>. Es muss grundsätzlich ein von funktionaler Qualifikation der einzelnen Sachfragen bestimmter Ansatz treten<sup>3</sup>. Bereits die Lex Cincia der römischen Republik stufte die Schenkung als Gefahr für Familie und Gesellschaft ein und unterwarf die Schenkung strikten Einschränkungen<sup>4</sup>.

Die Arbeit soll die bestehenden Rechte und nicht bloß die Gesetze der beiden Rechtsordnungen vergleichen. Es gilt der Grundsatz von Rabel<sup>5</sup>: „Ein Gesetz ist ohne die dazugehörige Rechtsprechung nur wie ein Skelett ohne Muskeln. Und die Nerven sind die herrschenden Lehrmeinungen.“ Die Relativität des positiven Rechts ist zu berücksichtigen<sup>6</sup>. Darum werden möglichst vergleichbare Fallkonstellationen gegenübergestellt. Hier ist für Spanien zu berücksichtigen, dass – wie Schlechtriem<sup>7</sup> zum Bereicherungsrecht ausführt – eine einheitliche Linie in der

---

1 Abschiedsworte des Apostel Paulus, die er Jesus in den Mund legt (Apostelgeschichte 20, 35) (dazu Wacke, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, S. 346).

2 Vgl. Schmidt-Kessel, Martin/Schlechtriem, Peter, S. 38.

3 Schmidt-Kessel, CISG-Verträge in der Insolvenz –eine Skizze-, S. 255 ff. (S. 274).

4 Hyland, S. 7.

5 Rabel, S. 4.

6 Rabel, S. 5; von Caemmerer, S. 2.

7 Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band I, S. 20.

Rechtsprechung nicht immer leicht zu finden ist. Schlechtriem<sup>8</sup> führt dies möglicherweise darauf zurück, dass „Entscheidungen des 1. Senats des Tribunal Supremo (des einzigen Senats für Zivilsachen) im wesentlichen von dem turnusgemäß bestimmten ponente (Berichterstatter) geprägt werden, eine Entscheidung aller Senatsmitglieder ist zwar theoretisch in Art. 96 LOPJ vorgesehen, kommt aber praktisch nicht vor.“

Dass sowohl die spanische wie die deutsche Rechtsordnung zu wesentlich gleichen Lösungen kommen, beruht grundsätzlich auf der Funktionsäquivalenz der Rechtsordnungen. Hier ist dieses Ergebnis wenig überraschend, da Spanien wie Deutschland in ihrer Wirtschaftsverfasstheit und Sozialstruktur<sup>9</sup> vergleichbar sind. Gewisse bestehende Unterschiede beruhen auf der Unentgeltlichkeit der Schenkung. Bei entgeltlichen Rechtsgeschäften führen die vergleichbaren wirtschaftlichen Rahmenbedingungen dazu, dass sich die Grundregeln der unterschiedlichen Rechtsordnungen anpassen. Schenkungen werden aber nicht durch die Vorgaben des wirtschaftlichen Güteraustausches bestimmt<sup>10</sup>. Neben der Unentgeltlichkeit beruhen die teilweise noch bestehenden Unterschiede nach Schlechtriem<sup>11</sup> in den abweichenden Gesellschaftsordnungen. Diese haben Einfluss auf die Rechtsordnung. Dies spiegelt sich besonders in dem erbrechtlichen Charakter der Schenkung wider. Häufig hat die Schenkung die Funktion, Fragen der Vermögensnachfolge zu Lebzeiten des Erblassers zu regeln.

Die Schenkung ist in verschiedenen Wissenschaften analysiert und interpretiert worden.

Der Ursprung des Wortes „schenken“ soll unmittelbar mit dem Wort Ein-, „schenken“ bzw. Aus-, „schenken“ von Getränken zusammenhängen<sup>12</sup>. Nach Marcel Mauss' Studien<sup>13</sup> über die archaischen Gesellschaften ist unter einer Schenkung zu verstehen, dass die Gaben vom Schenker geschenkt werden, der Beschenkte sie annimmt und mit einem Gegengeschenk erwidert.

---

8 Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band I, S. 21, Fußnote 110.

9 Siehe auch Sosa, Vertrag und Geschäftsbeziehung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, insbesondere die Ergebnisse einer empirischen Studie über deutsch-spanische Geschäftsbeziehungen, S. 224 ff.

10 Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band I, S. 759.

11 Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band I, S. 759.

12 Laum, S. 84; weitergehend Grimm, S. 175 ff.

13 Mauss, S. 36; Kritik an Mauss bei Schmied, S. 36.

Makroökonomisch betrachtet, sollen bei Knappheit der Mittel<sup>14</sup> die entgeltlichen Rechtsgeschäfte gegenüber den unentgeltlichen bevorzugt werden. Ökonomisch betrachtet, führt die Vertragsfreiheit zur Paretoeffizienz, auch Allokationseffizienz bezeichnet. Niemand kann besser gestellt werden, ohne dass ein anderer schlechter gestellt wird<sup>15</sup>. Angesichts der Knappheit der Güter sollen diese möglichst effizient verteilt werden. Der Beschenkte ist wenig schützenswert, da er die Güter ohne Gegenwert erhält<sup>16</sup>.

Soziologisch betrachtet, dienen Schenkungen dazu, Beziehungen zu stabilisieren. Die Schenkung soll die Beziehung bestätigen und bekräftigen<sup>17</sup>. Aus dieser Sicht beinhaltet das Schenken nicht die Pflicht zur Gegengabe. Sie kann nicht zwingend eingefordert werden<sup>18</sup>. In früheren Zeiten verfolgte die Schenkung aber zwingend das Konzept des Gebens und Nehmens, speziell bei dem rituellen Austausch von Geschenken zwischen Kollektiven wie einzelnen Stämmen und Forschungsexpeditionen. Die Schenkung sollte nicht dem Zweck entsprechen, einseitig materiellen Reichtum zu übertragen, sondern der sozialen Funktion dienen, den anderen zu binden. Die Zustimmung zu dieser Bindung signalisierte die Gegengabe<sup>19</sup>. Historisch konnte die Annahme eines Geschenkes verweigert werden, wenn man zu arm war, eine Gegengabe zu erbringen<sup>20</sup>. Zumal bei der remuneratorischen Schenkung wurde die Gegengabe als Lohn angesehen, z. B. ein Richtfest bei dem Bau eines Hauses<sup>21</sup>. Schenken ist aus soziologischer Sicht eine Art Zement für die Beziehungen<sup>22</sup>. In Abgrenzung zu üblichen Handelsgeschäften erfolgen Gabe und Gegengabe nicht Zug um Zug<sup>23</sup>. Die Schenkung beruht nicht darauf, den wirtschaftlichen Vorteil in Form eines möglichst hohen Gewinnes zu erzielen, sondern erfolgt aus Gründen der sozialen Empathie, der Identität und des Status des Schenkers.<sup>24</sup>

---

14 Schäfer/Ott, S. 57.

15 Schäfer/Ott, S. 395; Schillig, S. 853 ff.

16 Schäfer/Ott, S. 57.

17 Schmied, S. 33.

18 Schmied, S. 29.

19 Laum, S. 102.

20 Laum, S. 104.

21 Laum, S. 211.

22 Schmied, S. 34; weitergehend Cheal, *The Gift Economy*, S. 354 f.

23 Schmied, S. 36.

24 Schmied, S. 55 ff.

Die Arbeit soll sich aber auf den Vergleich der Rechtsordnungen beschränken. Nur dass der Zement gewisse Risse beinhaltet und schnell auseinanderbröseln kann, soll diese Arbeit zeigen.

Bevor die Wirkungsschwächen rechtsvergleichend gegenübergestellt werden, wird nur kurz auf die Besonderheiten des spanischen Zivilrechts eingegangen. Spanien ist ein Mehrrechtsstaat. Das gemeinspanische Recht regelt der Código civil (Cc). Daneben bestehen mehrere Teilrechtsordnungen. Die Comunidades Autónomas Aragonien, Galizien, Navarra, das Baskenland, Katalonien und die Balearen haben in ihren Foralrechten eigenständige Zivilrechtsregelungen. Sie nehmen in der Rechtsquellenhierarchie des entsprechenden Foralrechtsgebietes den gleichen Rang ein wie der Código civil. Falls unterschiedliche Regelungen in den Foralrechten gelten, werden auch die Unterschiede zum gemeinspanischen Recht deutlich gemacht.

Zunächst ist ebenso zu klären, wie die spanischen und deutschen Rechtsordnungen die Schenkung definieren und welche Rechtsnatur sie hat. Zur Rechtsnatur ist in der spanischen Rechtsordnung umstritten, ob sie als Verfügungsgeschäft oder als Vertrag zu erachten ist. Daneben wird die jeweilige gesetzliche Konzeption der Schenkung dargestellt. Außerdem werden die in Spanien für die Schenkung besonderen Regeln zu den Fragen der Geschäftsfähigkeit, der Form und der Annahme erörtert.

Die Wirkungsschwächen der Schenkung resultieren auf den ersten Blick aus dem das gesamte Zivilrecht beherrschenden Grundsatz der geringeren Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen gegenüber dem entgeltlichen Erwerb. Daher rechtfertigt die Tatsache, wonach der Beschenkte die Zuwendung unentgeltlich erhalten hat, die Konsequenz, dass bei negativen Auswirkungen auf entgeltliche Rechtsgeschäfte des Schenkers mit anderen Parteien die letztgenannten vorrangig sind. Das bedeutet im Konfliktfall etwa, dass die Dritten Herausgabeansprüche gegen den Beschenkten haben. So wird der Schutz der Gläubiger des Schenkers nach den Regeln des Insolvenzrechts in beiden Rechtsordnungen oder aufgrund der *accion pauliana* des spanischen Rechts bzw. nach dem deutschen Anfechtungsrecht gegenüber den Interessen des Beschenkten nach dem Grundsatz *nemo liberalis nisi liberatus* gerechtfertigt. Schenken soll eben nur derjenige, der schuldenfrei ist. Der Gläubiger soll vor einem unentgeltlichen Erwerb eines anderen geschützt werden. Darum können die Gläubiger des Schenkers auch durchgreifen und direkt von dem Beschenkten die Herausgabe der geschenkten Güter verlangen. Das Bevorzugen derjenigen, die entgeltliche Rechtsgeschäfte mit dem Schenker geschlossen haben, gegenüber dem Beschenkten rechtfertigt sich daraus, dass die entgeltlichen Rechtsgeschäfte durch das „do ut des“-Prinzip, durch

ein Synallagma zwischen den Leistungen der Parteien gekennzeichnet sind. Beide Parteien sind wechselseitige Verpflichtungen eingegangen.

Dieser Ansatz gilt aber nicht für alle Wirkungsschwächen der Schenkung. Andere relevante Grundprinzipien verursachen die Wirkungsschwächen der Schenkung ebenso. So wird der Schenker selber geschützt, wenn die Schenkung seine wirtschaftliche Existenz in Frage stellt. In einem solchen Fall kann der Schenker seine Gaben vom Beschenkten zurückverlangen beziehungsweise die versprochene Schenkung zurückbehalten. Deshalb bestehen auch Grenzen des Umfangs der Schenkung, um sowohl den Schenker als auch seine Unterhaltsberechtigten vor völliger Mittellosigkeit zu schützen. Ebenso werden die engen familiären Beziehungen des Schenkers gegenüber den Interessen des Beschenkten besser geschützt. So haben etwa die Noterben bzw. Pflichtteilsberechtigten Herausgabeansprüche gegen den Beschenkten. Hier spielt der Gegensatz Entgeltlichkeit-Unentgeltlichkeit keine Rolle. Vielmehr soll verhindert werden, dass der Schenker durch Schenkungen die Wertungen des Erbrechts umgeht. Das Erbrecht schützt vor allem die Interessen der engeren Familienangehörigen des Erblassers. Zwar gilt grundsätzlich Testierfreiheit, aber nur in gewissen Grenzen. Auch Schenkungen, die der Vermögensübertragung zu Lebzeiten des Erblassers dienen, müssen diesen Schutz berücksichtigen. Diese Funktion ist in beiden Rechtsordnungen ausgeprägt.

Die gleiche Schutzfunktion der familiären Bindung kommt dem Widerruf wegen Erstgeburt eines Kindes nach der spanischen Rechtsordnung zu. Danach kann der Schenker seine vor der Geburt des ersten Kindes geleisteten Schenkungen widerrufen.

Die besondere personelle Prägung des Verhältnisses zwischen Schenker und Beschenktem macht der Widerruf wegen groben Undankes deutlich. Trotz Unentgeltlichkeit der Schenkung gilt nämlich zu bedenken: „Niemand gibt umsonst“<sup>25</sup>. Der Schenker erwartet zumindest Gefälligkeiten oder eine Gegen Einladung. Es gilt das allgemeine Reziprozitätsprinzip zu bedenken<sup>26</sup>. Es gibt aber keinen Rechtszwang für diese Verpflichtung. Vielmehr gilt „Eine Hand wäscht die andere“<sup>27</sup>. Zumindest wird Dankbarkeit erwartet. Zwar kann der Schenker nicht eine Gegenleistung erwarten; zeigt sich aber der Beschenkte grob

---

25 Wacke, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, S. 329.

26 Wacke, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, S. 329.

27 Wacke, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, S. 329.

undankbar, kann der Schenker die Schenkung widerrufen. Dieser Gedanke spiegelt sich in beiden Rechtsordnungen wider.

Für die eingeschränkte Gewährleistung des Schenkers gegenüber dem Beschenkten gilt der Grundsatz: „Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“<sup>28</sup>. Es findet sich das Utilitätsprinzip wieder, dass der uneigennützig Handelnde milder haftet. Andererseits ist insoweit eine Grenze zu ziehen bei den Danaergeschenken, etwa dem trojanischen Pferd. Oder Schneewittchen erhält von der bösen Stiefmutter den vergifteten Apfel. Dementsprechend soll der Schenker nur für vorsätzliche Schäden haften. Zum Teil wird allerdings sogar die Gewährleistung auch in diesem Fall völlig ausgeschlossen.

Ob der Schutz der Familie, der Schutz des Schenkers selber, das Privilegieren entgeltlicher Rechtsgeschäfte gegenüber unentgeltlichen gerechtfertigt sind, wird in dieser Arbeit nicht behandelt. Die unterschiedlichen Grundprinzipien, die hinter diesen Wertungen stehen, werfen interessante gesellschaftspolitische Fragestellungen auf: Wieso werden bestimmte Verwandtschaftsbeziehungen privilegiert? Spiegelt das Bevorzugen entgeltlicher Rechtsgeschäfte eine Grundkomponente des Kapitalismus wider? Ist diese Privilegierung überhaupt gerechtfertigt?

Auch soll die Arbeit nicht darauf eingehen, welche Grenzen im strafrechtlichen Sinn bestehen. Des Weiteren soll die Arbeit nicht die für die Schenkung typischen Irrtumskonstellationen aufgreifen, die unter die allgemeinen Regelungen zur Anfechtung wegen eines Irrtums fallen und bei erfolgreicher Anfechtung einen Bereicherungsanspruch nach den §§ 812 ff. BGB auslösen. Außerdem wird nicht auf die Zweckschenkung eingegangen, also eine Schenkung, die nach der Rechtsprechung des BGH gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB zurückgefordert werden kann, falls der Schenkungszweck nicht erreicht wird<sup>29</sup>.

Die besonderen Hintergründe für Schenkungen führen dazu, dass in der spanischen Rechtsordnung zahlreiche besondere Arten der Schenkung bestehen. In dieser Arbeit wird auf die *donación onerosa*, die remuneratorische Schenkung, die *donación por meritos*, die Schenkung im Hinblick auf die Eheschließung, die Schenkung von Todes wegen und die Universalschenkung eingegangen. Die besonderen Foralrechte sind bei den Schenkungen im Hinblick auf die Schließung der Ehe und den Schenkungen von Todes wegen wie der Universalschenkung auf den Balearen<sup>30</sup> zu berücksichtigen.

---

28 Wacke, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, S. 362 ff.

29 Schlechtriem, Besonderes Schuldrecht, S. 81.

30 abgesehen von der Insel Menorca.

Bei der donacion onerosa bestehen von Ausnahmen abgesehen keine Wirkungsschwächen, soweit der entgeltliche Teil betroffen ist. Insoweit haben Dritte keine Ansprüche gegenüber dem Beschenkten. Das gleiche Prinzip spiegelt sich in der deutschen Rechtsordnung für die gemischte Schenkung wider. Bei der remuneratorischen Schenkung kann die Bindungswirkung höher sein. Eine Meinung<sup>31</sup> in Spanien zumindest knüpft angesichts des belohnenden Charakters der Schenkung an die zuvor geleisteten Dienste an, soweit diese sich in der Schenkung widerspiegeln. Dieser Teil der Schenkung ist wie ein entgeltlicher Teil zu behandeln, und die Regeln für entgeltliche Rechtsgeschäfte finden Anwendung. Insoweit haben Dritte keine Ansprüche gegen den Beschenkten. Nach deutschem Rechtsverständnis und einer Ansicht<sup>32</sup> in Spanien dagegen ist dies abzulehnen, da gerade die remuneratorische Schenkung als Schenkung nicht auf Gegenseitigkeit beruht. Es gilt eben nicht das Prinzip des „do ut des“. Die belohnende Schenkung beinhaltet kein entgeltliches Element. Nach deutschem Rechtsverständnis ist der Beschenkte nur dann besser zu schützen, wenn es sich um eine Pflicht- oder Anstandsschenkungen handelt. Die Pflicht oder der Anstand gebietet, dass der Beschenkte gegen bestimmte Wirkungsschwächen besser geschützt ist.

Bei den Schenkungen von Todes wegen im gemeinspanischen Recht wird größtenteils abgelehnt, dass die Schenkung von Todes wegen als eigene Art der Schenkung zu behandeln ist. In den Foralrechten ist sie unterschiedlich gesetzlich gestaltet. In Deutschland ist dieses Rechtsinstitut nicht ausgestaltet. Dementsprechend sind unterschiedliche Regeln anwendbar; insbesondere können statt der Vorschriften der Schenkung diejenigen für Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden.

Die in der spanischen Rechtsordnung geregelten Schenkungen im Hinblick auf die Eheschließung genießen nur Bestandsschutz, soweit familiär neu eingegangene Bindungen auf Dauer bestehen; andernfalls können die zugewendeten Güter wieder herausverlangt werden.

---

31 Albaladejo, La Donación, S. 392; Pérez y Alguer, S. 115; Amorós Gozábez, S. 206 ff.; TS 9 Mai 1988; 21 Jan. 1993; 9 März 1995; 13 Nov. 1997 u 29 Juli 2005.

32 Roca Sastre, Estudios I, S. 560; Manresa, V, S. 99; Anderson, S. 197. Dieser Ansicht schließt sich ein weiterer Autor grundsätzlich an, betont jedoch, dass hinsichtlich des Rechtsgrundes ein Unterschied zwischen normaler und belohnender Schenkung besteht (Lacruz, Elementos II-3, S. 155 f.).