

Andreas Wacke

## Schenkungsvollzug durch bargeldlose Zahlung?\*

**Gliederung:** I. Hauptunterschiede zwischen Schenkung und anderen Schuldverträgen. – II. Kein Schenkungsvollzug durch Begründung einer Forderung. – III. Die verfehlte Ausgangsentscheidung des Reichsgerichts von 1880. – IV. Der durch *von Tuhr* bewirkte Umschwung der Judikatur. – V. Die neuere Judikatur zur schenkweisen Scheck-Begebung. – VI. Ist Scheckhingabe = Barzahlung? – VII. Auch Scheckgutschrift heilt noch nicht den Formmangel. – VIII. Konkludenter Verzicht auf den trotz Scheckeinlösung fortbestehenden Bereicherungsanspruch. – IX. Andere Fälle bargeldloser Schenkung. Geschenkgutscheine. – X. Zusammenfassung.

[167]

### I. Hauptunterschiede zwischen Schenkung und anderen Schuldverträgen

Schenkungen sind im praktischen Rechtsleben an Verwandte oder sonst einander nahestehende Personen (bisweilen sogar an noch unmündige Kinder) zumal aus steuerrechtlichen Gründen durchaus häufig. Die juristische Dogmatik vernachlässigte allerdings zuweilen die Sonderstellung der Schenkung im System der Schuldverträge. Auch von Seiten der „ökonomischen Analyse des Rechts“ steht der eigentliche Beitrag zum Schenkungsrecht noch aus.<sup>1</sup> Die Besonderheiten der Schenkung ergeben sich [168] größtenteils daraus, dass der Geber einen Vermögenswert unentgeltlich fortgibt

---

\* Aus: Festschrift für Herbert Wiedemann (München 2002) 167-195.

<sup>1</sup> Bisher liegen vor: *Shavell*, Eine Analyse von Schenkungsversprechen, in: *C. Ott/H.B. Schäfer*, Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989. Zu *St. Grundmann*, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Geschäfte, AcP 198 (1998) 457-488 siehe kritisch u. Fn. 7. – *Bufnoir*, Propriété et contrat (12. Aufl. 1924) 487 charakterisierte die Schenkung als „*transmission stérile*“, weil bei ihr anders als bei Austauschgeschäften kein volkswirtschaftlicher Zuwachs erzielt werde; deshalb seien die administrativen Kosten für die Durchsetzung unentgeltlicher Versprechen nicht zu rechtfertigen, vgl. *Fromholzer* (u. Fn. 65) 13 m. weit. Nachw. aus der US-amerikan. Lit. Wer etwas verschenkt, tut dies jedoch oft aus dem Motiv, dass der aufzugebende Gegenstand dem Beschenkten größeren Nutzen bringen kann als ihm selber; z. B. wenn ein Unfallgeschädigter sein Reitpferd verschenkt; oder wenn eine wohlhabende Tante verspricht, ihrem bedürftigen Neffen eine solide Berufsausbildung zu finanzieren. Die Vermehrung des volkswirtschaftlichen Nutzens ist zumal im zweiten Falle unbestreitbar. Und doch gilt dieser 1919 in New York abschlägig entschiedene Fall gewissermaßen als *leading case* für mangelnde *consideration*, s. *Fromholzer* 12. Für klagbare Schenkungsversprechen sind die Transaktionskosten wegen der hinzukommenden Beurkundungspflicht überdies noch höher. Und Gerichtskosten fallen auch an, wenn eine Klage wegen eines nicht von vornherein evidenten Formmangels letztinstanzlich abgewiesen wird. – Dass notarielle Beurkundungen von Schenkungsversprechen praktisch selten sind, bildet kein Argument gegen die Effektivität des Schutzes vor Übereilung. Dieser Schutz zeigt sich im Negativen, in der fehlenden Klagbarkeit nicht beurkundeter Versprechen; zutr. *Fromholzer* 14 gegen *Klaus Uhl*, Schenkungsversprechen: Gesetzliche Konzeption und Entwicklung in der Praxis, Diss. München 1982, 154 ff., 185 ff.

oder fortzugeben verspricht. Eine synallagmatische *obligatio ultro citroque* fehlt hier. Da der Empfänger seinerseits keine Verpflichtung zu einer Gegenleistung auf sich nimmt, erscheint er wenig schutzbedürftig. Umgekehrt hat der altruistisch handelnde Geber Schutz und Nachsicht verdient. Aus dieser Interessenlage ergeben sich die drei wichtigsten folgenden Sonderregeln für die Schenkung:

1. Um den Versprechenden vor unüberlegtem Verlust von unwiederbringlichen Vermögenswerten zu schützen, erzeugt bloßer Konsens noch keine wirksame Schenkung. Das Versprechen bedarf vielmehr notarieller Beurkundung (§ 518 I 1 BGB). In Gestalt einer Handschenkung kann der Schenker ein formloses Versprechen aber freiwillig erfüllen (§ 518 II BGB). Die Bewirkung der versprochenen Leistung bringt die *Schenkungscausa* erstmals auf verbindliche Weise zur Entstehung. Rückwirkung entfaltet die Heilung hier ebensowenig wie bei Verpflichtungen zur Grundstücksübereignung gemäß § 313 (jetzt § 311 b I) Satz 2 BGB,<sup>2</sup> übereinstimmend mit der von Rechts wegen ebenfalls nur *ex nunc* wirkenden Bestätigung (§ 141 BGB).

2. Vermögenszuwendungen können aus unterschiedlichsten Rechtsgründen erfolgen. Aber nur wenn unzweifelhaft geschenkt wurde, ist der Empfänger vor einer Rückforderung des Gebers sicher. Nur bei nachweisbar unentgeltlichem Zuwendungswillen des Gebers darf der Empfänger die Leistung auf Dauer behalten. Im Falle eines Streites um die Unentgeltlichkeit einer Zuwendung trifft die Beweislast darum entgegen der bei uns noch herrschenden Lehre den Beklagten:<sup>3</sup> Den Schenkungswillen des [169] Gebers nach § 516 I BGB muss der Beklagte ebenso

---

<sup>2</sup> Das kann z.B. für den Verjährungsbeginn wichtig werden. Gegen eine Rückwirkung aller Heilungsvorschriften von Formmängeln zutr. *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung (1992) 167 ff. Anders zu § 518 II BGB ohne Begründung *Fikentscher*, Schuldrecht<sup>9</sup> (1997) Rz. 781. Bedeutsam wird die fehlende Rückwirkung bei vorgemerkten Ansprüchen; Ansprüche aus formnichtigen Verträgen sind auch nicht als künftige (§ 883 II BGB) vormerkbar, s. MünchKomm./*Wacke*<sup>3</sup> (1997) § 883 BGB Rz 12.

<sup>3</sup> Für die Beweislast des angeblich beschenkten Beklagten die meisten ausländischen Rechtsordnungen, s. *Wacke*, Donatio non praesumitur, AcP 191 (1991) 1 ff.; außer Acht gelassen von BGH NJW 1999, 2887ff. = JZ 2000, 568ff. mit krit. Anm. *Schiemann*; gegen den BGH besonders *Wacke*, Zur Behauptungs- und Beweislast des Beklagten für den Einwand der Schenkung, ZZP 114 (2001) 77 ff.; *Böhr* NJW 2001, 2059 ff. Gegen die von *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast, 2. Aufl. 1991, § 516 Rz. 4 verteidigte h.M. ausführlich *Wacke*, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken, in *R. Zimmermann* u.a. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, 353 ff., 356 ff.

beweisen wie seine ähnliche, durch § 814 Fall 1 BGB zur Einwendung ausgestaltete Behauptung, dass ihm der Kläger wissentlich eine Nichtschuld bezahlt habe.<sup>4</sup>

Bei Streit mit einem *Dritten*, ob der Beklagte den Kondiktionsgegenstand bei § 816 I 2 oder § 822 BGB entgeltlich oder unentgeltlich erwarb, hat aber entgegen der h. L. nicht der Kondiktionskläger dessen unentgeltlichen Erwerbsgrund zu beweisen, sondern umgekehrt der Beklagte, dass er für seinen Erwerb an den Verfügenden oder an den ursprünglichen Kondiktionsschuldner eine Gegenleistung erbracht habe. Nach der Regel „Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben“ ist nämlich opferloser Gewinn als *causa minor* durchweg im Vergleich zu entgeltlichen Erwerbstiteln zurückzusetzen.<sup>5</sup> Dementsprechend werden Forderungen aus Freigebigkeiten in der Insolvenz erst nach Berichtigung aller übrigen Schulden berücksichtigt (§ 39 Nr. 3-4 und § 327 I InsO). Schenken soll nämlich nur, wer schuldenfrei ist: *Nemo liberalis nisi liberatus*.<sup>6</sup>

3. Dem Utilitätsprinzip entsprechend ist das Maß der vom freigebig Handelnden zu vertretenden Haftung durch § 521 BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit reduziert. Gemäß § 522 BGB schuldet er keine Verzugszinsen (ebenso schon Dig. 22,1,16pr.). In Übereinstimmung mit dem alten gemeineuropäischen Rechtsspruchwort vom „geschenkten Gaul“<sup>7</sup> haftet er für Fehler einer aus seinem Besitz verschenkten Sache sogar nur im Falle arglistigen Verschweigens (§ 524 I BGB).<sup>8</sup> Dasselbe gilt für Rechtsmängel gemäß § 523 I BGB.<sup>9</sup> Niemandem darf nämlich seine Freigebigkeit zum Schaden gereichen.<sup>10</sup> Das Haftungsprivileg sollte darum sowohl für [170]

<sup>4</sup> Für den Gleichlauf der Beweislastverteilung bei § 814 BGB und beim Einwand der Schenkung *Wacke*, ZJP 114 (2001) 94f. Die wissentliche Bezahlung einer Nichtschuld steht nämlich einer Schenkung gleich. Die h. L. räumt dies ein, zieht allerdings daraus nicht die gebotene Konsequenz für die Beweislast bei § 516 BGB.

<sup>5</sup> Des näheren ausgeführt von *Wacke*, ZRG romanist. Abt. 118 (2001) 264-285.

<sup>6</sup> *Wacke*, Europäische Spruchweisheiten (o. Fn. 2) 361.

<sup>7</sup> *Wacke* (o. Fn. 2) 362 ff.

<sup>8</sup> Gegen das Plädoyer von *Grundmann*, AcP 198 (1998) 457, 461ff. für eine Haftungsverschärfung aufgrund ökonomischer Analyse siehe *Bernhard Bayer*, Mildtätigkeit versus rationelles Kalkül: Das Haftungsprivileg des Schenkers und seine rechtsethischen Grundlagen, *Orbis Iuris Romani* 5 (Brno-Bratislava 1999) 84-102.

<sup>9</sup> Gegen die verfehlte Konstruktion einer verschuldensunabhängigen Garantiehafung des Schenkers für Rechtsmängel durch BGH vom 23.3.2000 (X ZR 177/97) ZIP 2000, 1059 s. beifallswert *Huber*, ZIP 2000, 1372-1375.

<sup>10</sup> *Nemini sua liberalitas damnosa esse debet: Liebs*, Lateinische Rechtsregeln Nr. N 28. Das schon von *Pufendorf* aufgestellte Gebot der Philanthropie, seinen Mitmenschen Gutes zu tun und so das gemeine Beste zu fördern, darf nicht aus Furcht des Schenkers vor ihm schon bei leichtem Verschulden drohende Schadensersatzpflichten torpediert werden. Sonst müsste man ihm raten, noch gebrauchstaugliche Sachen wegen möglicher kleiner Fehler eher verschrotten

Mangelfolgeschäden als auch für konkurrierende Ansprüche aus Delikt und *culpa in contrahendo* gelten. Das modernisierte Schuldrecht hat hieran – neueren Tendenzen zur Haftungsverschärfung zum Trotz – nichts geändert.<sup>11</sup> Zur milden Haftung des Schenkers gehört auch die ihm im Falle seiner Bedürftigkeit nach § 519 BGB zustehende Einrede des Notbedarfs.<sup>12</sup>

## II. Kein Schenkungsvollzug durch Begründung einer Forderung

1. Die für Schenkungsversprechen vorgeschriebene notarielle Beurkundung ist als schärfste Form die deutlichste Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit aller Schuldverträge. Der kostenpflichtige Gang zum Notar verlangt Entschlusskraft und zumeist die vorherige Vereinbarung eines Beurkundungstermins. Die sachkundige Beratung durch den Notar und die vorgeschriebene Verlesung der Niederschrift (§ 13 BeurkG) stellt den Inhalt klar und verdeutlicht dem Versprechenden den Ernst und die Folgen der von ihm übernommenen Verpflichtungen.

Die bloße Schriftform entfaltet hingegen nur geringe Warnfunktion; nach *Andreas von Tuhr* ist sie oft, zumal „in unserer schreibbereiten Zeit kein genügendes Hemmnis gegen übereilte Entschlüsse“.<sup>13</sup> Der einfachen [171] Schriftform ist leicht genügt mit der Unterzeichnung auch eines maschinell oder von anderer Hand (allographisch) aufgesetzten Textes; neuerdings ist die Unterschrift überdies grundsätzlich durch eine elektronische Signatur ersetzbar.<sup>14</sup> Analphabeten bilden hierzulande zwar eine

---

zu lassen. Diese rechtsethische Grundlage der Haftungsmilderung für den fremdnützig Handelnden wird in der aktuellen Diskussion über eine Verkehrssicherungspflicht des Schenkers oft ignoriert.

<sup>11</sup> Spezialgesetzliche Haftungsmilderungen bleiben nach dem modifizierten § 276 I BGB n. F. grundsätzlich erhalten. Auf sämtliche unentgeltlichen Geschäfte oder Gefälligkeitsverhältnisse wurden Haftungsmilderungen andererseits auch nicht erstreckt. Vgl. *Dauner-Lieb*, Anwaltkommentar Schuldrecht (2001) § 276 BGB Rz. 15. Zur Übertragbarkeit eines nach Vertragsschluss geltenden speziellen Haftungsmaßstabs auf den vorvertraglichen Bereich *Krebs* ebenda § 311 BGB Rz. 36.

<sup>12</sup> Die Einrede des Notbedarfs gegen ein Schenkungsversprechen gehört zu den wenigen „Tropfen sozialen Öls“ im BGB und ist der einzig verbliebene Überrest des nach früherem gemeinem Recht in vielen Fällen den aus persönlichen Naheverhältnissen Verurteilten zustehenden *beneficium competentiae*. (*Gierke* sprach übrigens ursprünglich von „sozialistischem Öl“).

<sup>13</sup> *Von Tuhr* in seinem schon 1903 gedruckten, noch heute lesenswerten Aufsatz: Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen, FS für A.S. Schultze (Leipzig 1903) 25-50, 42.

<sup>14</sup> §§ 126 III, 126a n.F. BGB. Die elektronische Signatur setzt spezielle technische Einrichtungen voraus, ist darum schwieriger nachzuahmen als eine eigenhändige Unterschrift. Ihre Warnfunktion beurteilt der Gesetzgeber andererseits als geringer. Ausdrücklich ausgenommen sind nämlich Fälle qualifizierter Schriftform mit besonderem Schutz des Versprechenden, wie Leibrentenversprechen, Bürgschaft, Schuldversprechen, §§ 761, 766, 780 BGB n. F.

verschwindende Minderheit. Nicht ganz so seltene Legastheniker können hingegen wohl regelmäßig jedenfalls noch wenigstens mit ihrer Unterschrift zeichnen (besonders bedenklich ist dies, wenn ein vorgedruckter Text ihr Wahrnehmungsvermögen überschreitet). Aber auch durchschnittlich gebildete oder grundsätzlich sorgfältige Normalbürger unterschreiben oft in der Eile oder in blindem Vertrauen nicht gründlich durchgelesene oder inhaltlich nicht ganz verstandene Schriftstücke. Vom Verbraucher gesondert zu unterschreibende Belehrungen über sein Widerrufsrecht (jetzt § 355 II 2 BGB neuester Fassung) sind in ihrem Schutz darum nur begrenzt effektiv.

Wie die Unterschriftensammlungen auf öffentlichen Straßen verdeutlichen, kann man der Schriftform zudem „in unserer schreibbereiten Zeit“ nahezu ubiquitär genügen, wo immer Papier und Schreibstift zur Hand sind, auch außerhalb von Geschäftsräumen - ja sogar in angeheiteter Laune im Wirtshaus. Besonders zwecks Unterbindung von „Wirtshausgeschäften“ schreibt demnach § 518 BGB mit guten Gründen für Schenkungsversprechen die notarielle Beurkundung vor. In das Büro des Notars muss sich der Versprechende nämlich hinbegeben; im Falle (etwa krankheitsbedingter) Behinderung muss er einen Notar eigens herbeirufen (lassen).

**2.** Für ein Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis genügt aus den genannten Gründen nicht die bloße Schriftform (§§ 780, 781 BGB), wenn es schenkungshalber erteilt werden soll: § 518 I 2 BGB erstreckt die notarielle Beurkundung zutreffend auf ein schenkungshalber abzugebendes selbständiges (abstraktes) Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis. Ansonsten ließe sich die gebotene notarielle Form allzu leicht umgehen. (Aus ähnlichem Grunde unterliegen Vorverträge der gleichen Form wie der abzuschließende Hauptvertrag). Schriftliche Erteilung eines Schuldversprechens [172] genügt gemäß §§ 780, 781 BGB dementsprechend nur, falls nicht für den Einzelfall eine andere, strengere Form vorgeschrieben ist. Bloße Namensunterschrift genügt (abweichend von § 126 BGB) demnach nie zur schenkweisen Erteilung eines Versprechens. Daran ändert auch nichts die Aushändigung des unterzeichneten Schriftstücks an den Begünstigten. Die Übergabe des die zu begründende Forderung verbriefenden Papiers ist keine Handschenkung. Wenn schenkweise erteilt, ist ein abstraktes Schuldversprechen gemäß §§ 125, 518 I 2 BGB nichtig und nicht bloß (wie nach römisch-gemeinem Recht) mittels Einrede

(des Formmangels oder der ungerechtfertigten Bereicherung) entkräftbar.<sup>15</sup> Die Nichtigkeit hat der Richter von Amts wegen zu beachten. Erfahren wird er davon freilich regelmäßig nur, wenn sich der Beklagte auf den Einwand der schenkweisen Erteilung des Versprechens beruft. Die frühere, dogmatisch sauberere Konstruktion mittels Einrede der Bereicherung gegen das abstrakte Versprechen (§§ 812, 821 BGB) ist mit *von Tuhr* (Fn. 13) zu bevorzugen; sie trifft jedenfalls bei der analogen Anwendung von § 518 I 2 BGB auf Wechsel und Scheck eher das Richtige.<sup>16</sup> Die Schenkungs*causa* infiziert danach insbesondere nicht „die Gültigkeit der Annahmeerklärung“ iSv § 784 I BGB.

Die notarielle Form des § 518 BGB ist *causa*-abhängig an den Geschäftstyp „Schenkung“ gebunden. Die gleiche Form bei § 313 (jetzt § 311b I) BGB und § 15 III-IV GmbHG bezieht sich hingegen *causa*-übergreifend auf den realen Geschäftsgegenstand, die Übertragung eines Grundstücks oder GmbH-Anteils. Auf den Wert der versprochenen Leistung kommt es nicht an: Auch „Pflicht- und Anstandsschenkungen“ iSv § 814 Fall 2 BGB unterliegen, wenn nur versprochen, der notariellen Form; wird die Leistung freiwillig erbracht, sind sie allerdings nicht kondizierbar: der Mangel der Form ist geheilt (§ 518 II BGB).

### III. Die verfehlte Ausgangsentscheidung des RG von 1880

Schenkungsvollzug heißt „Bewirkung der versprochenen Leistung“ (§ 518 II BGB), richtiger Ansicht nach gleichbedeutend mit der Zuwendung des versprochenen Gegenstandes nach der Schwestervorschrift des § 2301 II BGB.<sup>17</sup> [173] Einigkeit

<sup>15</sup> Zum Unterschied *von Tuhr* (Fn. 13) 41 ff.

<sup>16</sup> So z. B. auch RGZ 71, 289, 293; OLG München NJW 1983, 759, 760. Gegen die „Kondition des Verpflichtetseins“ allerdings *Kübler*, Feststellung und Garantie (1967) 116 ff. (aber eher rechtspolitisch und wohl *contra legem*).

<sup>17</sup> Nach § 518 II BGB müssen *inter vivos* nicht vollzogene Schenkungen notariell beurkundet sein. Gemäß § 2301 II BGB bedürfen *inter vivos* nicht vollzogene, in Vermächnisse umzudeutende Schenkungen von Todes wegen zumindest der Form des eigenhändigen Testaments (§ 2247 BGB). Entgegen der h. M. (etwa *Pohlmann*, Fn. 2, 30 ff., 103 f.) ist daher § 2301 II BGB ebenso eine Konvaleszenzvorschrift wie § 518 II BGB; beide sind deshalb auch gleichsinnig auszulegen. Entgegen dem BGH (z. B. BGHZ 99, 97, 100 und *Bork*, JA 1987, 287 f.) kann auch eine unter Lebenden angetragene Schenkungsofferte abweichend von §§ 130 II, 153 BGB nach dem Todes des Schenkers nicht mehr angenommen werden; s. krit. *Olzen*, JR 1987, 371 ff. Der postmortale Vertragsschluss gemäß §§ 130 II, 153 BGB ist eine vom *favor commercii* getragene Vergünstigung aus dem Bereich der sog. *Lex mercatoria*. Die Pandektenwissenschaft entschied gegenteilig, s. für Schenkungen insbesondere Dig. 39,5,2,6; *M. Janko*, Die bewusste Zugangsverzögerung auf den Todesfall: Ein Betrag zur sog.

besteht heute darüber, dass die Ausstellung und Hingabe eines Wechsels oder Schecks noch nicht zur Heilung führt, sondern wie die schenkweise Erteilung eines Schuldversprechens entsprechend § 518 I 2 BGB der notariellen Form bedarf, welche aber regelmäßig nicht eingehalten ist.<sup>18</sup>

Im Jahre 1880 hatte allerdings das Reichsgericht die Begebung eines Wechsels bereits als vollzogene Schenkung gemäß I 11 § 1065 des preußischen ALR beurteilt.<sup>19</sup> Diese sinngleiche Vorgängervorschrift des § 518 II BGB schloss trotz fehlender gerichtlicher Beurkundung die Rückforderung der geschenkten beweglichen Sache nach deren Übergabe an den Beschenkten aus.<sup>20</sup> Ausgehend vom weiten Begriff „Sache“, wie ihn das ALR in I 2 §§ 1, 3 (abweichend von § 90 BGB, aber in Übereinstimmung mit anderen Gesetzbüchern der Naturrechtsepoche) enthielt, erklärte das RG einen ausgestellten Wechsel schon vor seiner Begebung an den Nehmer zur „beweglichen körperlichen Sache“, welche bereits „einen gewissen ökonomischen Wert in sich“ trage. Mit der Aushändigung des Papiers [174] an den Beschenkten gelange dessen Forderungsrecht zur Entstehung. Damit sei die Schenkung bereits vollzogen und nicht bloß ihre Erfüllung für die Zukunft versprochen. Anderenfalls könnten nämlich Wechsel „niemals zu Zwecken der Liberalität verwendet werden“; und doch diene die Wechselausstellung „im Verkehre auch freigebigen Geldoperationen“.

Dass die *ratio* der für Schenkungsversprechen vorgeschriebenen Beurkundung<sup>21</sup> nicht durch die für die Wechselausstellung genügende bloße Schriftform illusorisch gemacht werden darf, ließ das RG in seiner kurzen Urteilsbegründung jedoch außer Acht. Auch der in Bezug genommene Sachbegriff hätte eher die gegenteilige Schlussfolgerung nahegelegt. Als „Sache im engeren Sinne“ definierte I 2 § 3 ALR nämlich (etwas umständlich) „dasjenige, was entweder von Natur oder durch

---

postmortalen Willenserklärung (Berlin 2000) 13 ff. Hierüber setzte sich das RG im sog. Bonifatiusfall hinweg; dazu krit. *Martinek/Röhrborn*, JuS 1994, 564ff.

<sup>18</sup> So schon RGZ 71, 289, 291ff. (von 1909); BGHZ 64, 340ff. = NJW 1975, 1881f. (1. Leitsatz); OLG München, NJW 1983, 759f.

<sup>19</sup> RGZ 2, 5, 7. Damals ging es um eine Wechselsumme von nicht weniger als 10.000 Mark. Dieser Betrag entsprach über 3½ Kilogramm Gold. Die 1873 eingeführte Reichsgoldwährung definierte nämlich die Mark zu 0,3584 g Feingold. Nach heutigem Goldpreis belief sich der Streitwert (wenn ich richtig rechnete) auf nahezu 40.000 Euro.

<sup>20</sup> Binnen 6 Monaten nach der Übergabe konnte der Geber allerdings die Schenkung widerrufen, I 11 § 1090 ALR. RGZ 2, 5 ff. geht darauf nicht ein. Das Urteil in 3. Instanz erging bemerkenswert schnell, 1½ Jahre nach der Ausstellung des Wechsels.

<sup>21</sup> Die gerichtliche Beurkundung nahm das ALR ernst: Vor Notaren oder Justizkommissaren geschlossene Schenkungsverträge standen den gerichtlichen merkwürdigerweise nicht gleich: I 11 § 1069 ALR.

Übereinkunft der Menschen eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann“ (ausdrücklich angeführt von RGZ 2, 5, 7). Die Urteilsgründe vernachlässigen das wesentliche Element der Dauerhaftigkeit: Wechsel und Scheck werden nicht als Papiere zum dauerhaften Vermögensbestandteil zugewendet, sondern sind bloß vorübergehende Zahlungsmittel, um die verbriefte Summe Geldes zuzuwenden. Das mit dem Papier einzulösende Bargeld oder Buchgeld ist also der geschenkte Gegenstand. Die Ausstellung eines Wechsels oder Schecks ist nicht mit dem Fall zu vergleichen, dass ein Kunstmaler ein von ihm selbst geschaffenes Gemälde fortschenkt. Ein Wechsel oder Scheck ist auch nicht dazu bestimmt, etwa wegen des Autogramms seines renommierten Ausstellers dauernd als Sammelobjekt oder Museumsstück aufbewahrt zu werden. Beide Zahlungsmittel müssen vielmehr, um nicht zu verfallen, binnen vorgeschriebener Frist zur Einlösung vorgelegt werden (ein im Inland ausgestellter Scheck heute binnen 8 Tagen, Art. 29 ScheckG; zum Wechsel s. Artt. 33 ff., 38 ff. WG). Die Hingabe des Papiers ist demnach nicht - wie die Hingabe von Geldscheinen - eine bereits perfekte Sachschenkung, sondern eine erst künftig zu erfüllende Versprechensschenkung. Der im Scheck verkörperte Wert ist noch nicht zugewendet, denn der Schenker (oder sein Erbe) kann den Scheck noch sperren lassen und so die endgültige Zuwendung verhindern (unten VII 3).

Das Hilfsargument des RG, dass „sonst ein Wechsel... *niemals* zu Zwecken der Liberalität verwendet werden könnte“, überzeugt gleichfalls [175] nicht. Zum Zweck einer Schenkung wären Wechsel und Scheck durchaus zu gebrauchen, wenn man ihren Vollzug erst zu einem späteren Zeitpunkt bejahte (etwa mit deren Einlösung, wie es die heutige Rechtsprechung annimmt; dagegen jedoch krit. unten VII 3). Die Schenkung muss also nicht schon mit der Hingabe des Papiers vollzogen sein. Diesen Ausweg zog das RG seinerzeit nicht in Erwägung; seine versuchte *deductio ad absurdum* ist darum missglückt. Ob letztlich mit Recht die Wechselausstellung auch zu unentgeltlichen Zuwendungen verwendet wird, wäre überdies einer kritischen Prüfung wert gewesen. Aus der Funktion des Wechsels wäre ebenfalls eher das Gegenteil zu folgern gewesen. Das Institut des Wechsels entstammt dem Handelsverkehr, und nicht jedermann war einst wechselfähig. Kaufleute verschenken aber normalerweise kein Geld. Der Wechselbrief diente dem Zweck, dem reisenden Kaufmann die bargeldlose Zahlung und Empfangnahme von Geld in der von Land zu Land und von Ort zu Ort differierenden Währung zu ermöglichen. Vom grenzüberschreitenden Instrument des Münzwechslens, dem *instrumentum ex causa*



*cambii*, trägt er noch heute seinen Namen.<sup>22</sup> Wenn ein auswärts studierender Sohn im übertragenen Sinne sagt, er erhalte von zu Hause „einen monatlichen Wechsel von X Euro“ zu seiner Verfügung, dann ist dies Unterhaltszahlung, aber keine Freigebigkeit.

#### **IV. Der durch *von Tuhr* bewirkte Umschwung der Judikatur**

1. a) Wegen des wenig überzeugenden RG-Urteils von 1880 waren die Ansichten darüber, ob eine Wechselbegebung zum Schenkungsvollzug genüge, bald nach Inkrafttreten des BGB geteilt. Die BGB-Verfasser hatten darüber absichtlich nichts bestimmt, sondern die Entscheidung Wissenschaft und Praxis überlassen.<sup>23</sup> Die überwiegende Ansicht folgte im Ergebnis dem zwanzig Jahre vor dem Inkrafttreten des BGB ergangenen RG-Urteil.<sup>24</sup> Den Umschwung führte im Jahre 1903 *von Tuhr* im o. Fn. 13 zitierten [176] Aufsatz herbei. Nach *von Tuhr* erwirbt ein Wechselgläubiger seine Forderung aus dem Wechsel ebenso *donandi causa* wie ein Gläubiger aus dem Schuldschein. In beiden Fällen vermindert der Aussteller nicht sein gegenwärtiges, sondern sein künftiges Vermögen. Wegen der Schutzlosigkeit gegenüber einem Indossatar und wegen der Verschärfungen im Wechselprozess (§§ 602ff. ZPO) müsse ein Wechselaussteller sogar stärker geschützt werden als ein Schuldschein-Aussteller.

b) *Von Tuhr* wies auch auf die redaktionell abweichende Formulierung in § 762 II BGB für die gleichfalls unklagbaren Schulden aus Spiel und Wette hin. Danach ist jede vom Verlierer eingegangene Verpflichtung zur Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld (gleich welcher Art) nicht einklagbar; Schuldanerkenntnisse werden darin bloß beispielhaft genannt. Die dortige, sprachlich weitere Fassung erspart den bei Schenkungsversprechen anderer Art (nämlich aus Wechsel und Scheck) wegen des redaktionell engeren Wortlauts von § 518 I 2 BGB erforderlichen Analogieschluss. Die Ungültigkeit einer Wechsel- oder Scheckbegebung ist für die Spielschuld aus § 762 II BGB unmittelbar deduzierbar, bei der Schenkung hingegen aus § 518 I 2 BGB bloß analog ableitbar. Für die juristische Methodenlehre ergibt sich aus diesem Vergleich ein anschauliches Exempel für die allein von der Weite oder Enge des

---

<sup>22</sup> *De Roover/Laubenberger*, Art. Wechsel (-recht), Handwörterbuch zur dt. Rechtsgeschichte V (1998) 1179 ff. Ein knapper historischer Überblick bei *Baumbach/Hefermehl*, Wechsel- und Scheckgesetz (22. Aufl. 2000) WG Einleitung Rz. 1 ff.

<sup>23</sup> Protokolle 2, 20; vgl. RGZ 71, 289, 291f.

<sup>24</sup> Nachgewiesen bei *von Tuhr* (o. Fn. 13) 44.

Gesetzeswortlauts abhängige Abgrenzung zwischen Subsumption und Analogieschluss. In der Gesetzgebungslehre ist das Postulat an die Legislative zu richten, Normen von vornherein sprachlich so exakt zu formulieren, dass Subsumption genügt und der weniger zwingende Analogieschluss sich erübrigt. Wer die Analogie zu Hilfe nimmt, muss nämlich stets die logisch gleichberechtigte Möglichkeit eines Umkehrschlusses abwehren (vgl. u. nach Fn. 28). An einer dem § 762 II BGB entsprechenden weiten Formulierung des § 518 I 2 BGB sah sich der Gesetzgeber allerdings durch das abweichende Präjudiz von 1880 gehindert.

c) Wo immer das Gesetz – auch abgesehen von der Formvorschrift des § 518 BGB – bloßes Schenkungsversprechen und bereits vollzogene Schenkung gegenüberstellt (nämlich in §§ 519, 525 und 528 BGB), ist die Wechselausstellung nach *von Tuhrs* zutreffender Ansicht als bloßes Versprechen und noch nicht als Vollzug einzuordnen. Die Einrede des Notbedarfs gewährt § 519 BGB dem Versprechenden in weitergehendem Umfang als § 528 BGB das Rückforderungsrecht wegen Verarmung nach bereits vollzogener Schenkung. Dieser ausgiebigere Schutz eines sich noch in der Defensive befindlichen Versprechenden darf einem Wechselaussteller nicht genommen werden: Absurd wäre es, könnte ein beschenkter Wechselnehmer durch Eintreibung der Wechselsumme den Aussteller entgegen § 519 BGB [177] seiner letzten Barmittel berauben gegen die Verpflichtung, ihn und seine Familie anschließend nach dem Maßstab der §§ 528f. BGB zu alimentieren.

d) Das in § 518 I 2 BGB für den Schuldschein Angeordnete gelte nach *von Tuhr* allerdings nur solange analog, wie sich der Wechsel noch in der Hand des beschenkten ersten Nehmers befindet. Mit der Indossierung des Wechsels entfalle die Einrede des Schenkens aus dem formungültigen Versprechen gegenüber dem Indossatar; damit sei die Schenkung in jeder Hinsicht als perfekt zu betrachten. Diese für die Scheck-Einlösung noch heute unsere Rechtsprechung maßgeblich beeinflussende Ansicht (unten V) im folgenden zu widerlegen (unten VII-VIII), soll meine Aufgabe zu Ehren unseres hochgeachteten Fakultätskollegen, des an schuldrechtlichen Fragen lebhaft Anteil nehmenden Jubilars (o. Fn. \*) sein.

2. *Von Tuhrs* Ansicht folgte im Jahre 1909 das Reichsgericht (im Anschluss an das OLG Köln) unter ausdrücklichem Hinweis auf dessen Beweisführung und in

bewusster Abkehr von der vorhin kritisierten, knapp 3 Jahrzehnte früher ergangenen RG-Entscheidung.<sup>25</sup> Die Verfeinerung der juristischen Auslegungsmethode, der Übergang von der Begriffs- zur Interessenjurisprudenz, lässt sich hier bereits beispielhaft erkennen. 1880 war der V. Zivilsenat von einem Begriff ausgegangen, nämlich von dem (wie gezeigt, noch dazu unsorgfältig interpretierten) Sachbegriff des ALR.<sup>26</sup> 1909 stellte der I. Zivilsenat zuvörderst auf den Zweck der notariellen Formvorschrift ab: Die Form des Wechsels biete keine größere Gewähr gegen eine Übereilung des Schenkens als jede andere Schriftform. Die Ausstellung eines Wechsels sei zunächst nur ein bloßes Versprechen; anders als die Hingabe eines Wertgegenstandes werde sie nicht schon als sofortige Vermögenseinbuße empfunden. Der in § 518 I 2 BGB enthaltene Hinweis auf Schuldversprechen oder -anerkennnisse „der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art“<sup>27</sup> erlaube für andere Versprechen wie den Wechsel keinen [178] Umkehrschluss, weil der Gesetzgeber die Frage nicht abschließend regeln wollte, um künftiger Klärung durch Wissenschaft und Praxis nicht vorzugreifen (vgl. o. Fn. 24). Einem abstrakten Schuldversprechen sei die Wechselhingabe zwar nicht grenzenlos gleichzustellen; solange sich der Wechsel noch beim Beschenkten befindet, sei diese Gleichstellung jedoch gerechtfertigt: Der Klage aus dem Wechselakzept könne der beklagte Aussteller „die Einrede des formlosen Schenkungsversprechens“ entgegensetzen.

## V. Die neuere Judikatur zur schenkweisen Scheck-Begebung

Dem Basis-Urteil des RG von 1909 folgte der BGH in bislang drei Entscheidungen zur schenkweisen Ausstellung von Schecks. Nach dem Sachverhalt des präzise begründeten Urteils von 1975<sup>28</sup> wurde ein 14 Tage nach der Ausstellung und damit gemäß Art. 29 WG verspätet eingereichter Scheck über 4.000 DM von der bezogenen Bank nicht eingelöst, weil die beklagte Erbin das Konto des Ausstellers einen Tag nach

---

<sup>25</sup> RGZ 71, 289, 291 ff.: ein verwickelter Sachverhalt (Ausstellung eines Schecks über 45.000 M im Rahmen ehedem rechtlicher Vereinbarungen), auf dessen Einzelheiten es nicht ankommt. Die Entscheidungsgründe sind klar und deutlich.

<sup>26</sup> Das ALR enthielt allerdings keine ergänzende, dem § 518 I 2 BGB entsprechende Spezialvorschrift für schenkweise erteilte Schuldversprechen, welche als Analogiebasis in Betracht gekommen wäre. Nur über Darlehens-Schuldscheine wurden in I 11 § 730 ALR Einzelheiten bestimmt.

<sup>27</sup> Damit soll wohl nur *demonstrationis causa* auf die Abstraktheit des Versprechens hingewiesen werden.

<sup>28</sup> BGHZ 64, 340-42 = NJW 1975, 1881 f.

dessen Tode sperren ließ. Der II. Zivilsenat erklärte den Scheckbegebungsvertrag wegen Nichteinhaltung der für Schenkungsversprechen in § 518 I BGB vorgeschriebenen notariellen Form für nichtig und den Formmangel wegen Nichteinlösung auch nicht gemäß § 518 II BGB durch die Bewirkung der versprochenen Leistung für geheilt. Wegen der Haftung des Ausstellers für die Einlösung durch die bezogene Bank sei die Scheckhingabe einem gemäß § 518 I 2 BGB gleichfalls formbedürftigen abstrakten Schuldversprechen gleichzustellen, solange sich der Scheck in den Händen des Beschenkten befindet.

Im drei Jahre später entschiedenen Falle von 1978<sup>29</sup> war hingegen die beschenkte Schecknehmerin schneller als die Erbin und hatte den ihr ausgehändigten (und obendrein von ihr abgeänderten: dazu unten VII 2) Scheck noch am Todestage des Ausstellers eingelöst. Trotz Unkenntnis der Erbin über ihre Widerrufsmöglichkeit erklärte der IV. Zivilsenat die Schenkung für vollzogen, denn gemäß § 130 II BGB und Art. 33 ScheckG sei die Ermächtigung des Erblassers zur Erhebung der Schecksumme mit seinem Tode nicht erloschen. Etwas abweichend stellte der III. Zivilsenat 1970 der [179] Hingabe von Bargeld die Begebung von Schecks „mindestens von dem Augenblick an gleich, in dem der Beschenkte im Einverständnis des Schenkers die Schecks eingelöst hat“.<sup>30</sup> Für diese entscheidungserhebliche Ansicht enthalten die veröffentlichten Urteilsgründe jedoch kein einziges Wort der Begründung (kritisch dazu unten VII, bes. 3-4). Und auf das (wie positiv festzustellende?) Einverständnis des Schenkers kann es wohl ebensowenig ankommen wie auf das mangelnde Einverständnis des Erben nach der erwähnten, 8 Jahre späteren Entscheidung des IV. Zivilsenats.

Im atypischen Sachverhalt des OLG München<sup>31</sup> übergab schließlich ein Vereinsanhänger dem Vorstand eines Eishockey-Sportklubs in der Generalversammlung einen Scheck über 20.000 DM als Leistungsprämie für den Fall, dass es der 1. Vereinsmannschaft gelänge, den drohenden Abstieg aus der Bundesliga zu vermeiden. Als diese Bedingung erfüllt war, war es zur fristgerechten Präsentation des Schecks bereits zu spät. Das OLG München betrachtete das Versprechen nicht als formfreie Auslobung iSv § 657 BGB, da an einen bestimmten (die

<sup>29</sup> BGH (IV. ZR) NJW 1978, 2027 = JR 1978, 454ff. mit krit. Anm. *Bökelmann*.

<sup>30</sup> BGH WM 1971, 443 f.: Drei Schecks über insgesamt fast 18.000 DM wurden von der Beklagten drei Tage nach der Ausstellung eingelöst. Das Wort „mindestens“ (ein *obiter dictum*) wäre besser gestrichen worden, denn zu einem früheren Zeitpunkt kommt ein Schenkungsvollzug gewiss nicht in Betracht.

<sup>31</sup> NJW 1983, 759 f.; besprochen von *Karsten Schmidt*, JuS 1983, 962.

Vereinsmannschaft), nicht an einen unbestimmten Personenkreis ergangen, wie von der Auslobung gefordert. Die auch nicht als gegenseitiger Vertrag zu wertende Sponson sei als belohnendes Schenkungsversprechen mangels Einlösung des Schecks jedoch nicht vollzogen worden und ermangele dadurch entsprechend § 518 I 2 BGB der erforderlichen Form (dagegen krit. unten VII 5).

## VI. Ist Scheckhingabe = Barzahlung?

1. Das öfters vorgebrachte Argument, die Hingabe eines Schecks stehe im geschäftlichen Verkehr der Barzahlung gleich,<sup>32</sup> ließ der BGH mit Recht nicht gelten.<sup>33</sup> Einen Wechsel oder Scheck nimmt der Gläubiger gemäß [180] § 364 II BGB regelmäßig bloß erfüllungshalber entgegen. Seine zugrunde liegende Forderung wird also dadurch nicht getilgt, wie dies § 518 II BGB für eine Heilung voraussetzt. Aber selbst wenn der Gläubiger diese Zahlungsmittel ausnahmsweise an Zahlungs Statt akzeptierte, brächte diese bloße Schuldumschaffung keine Heilung zuwege: Eine mangels notarieller Beurkundung unklagbare Verbindlichkeit lässt sich nicht durch bloß privatschriftliche Novation in eine klagbare Forderung verwandeln (§ 518 I 2 BGB). Bloße Schriftform genügt zur Heilung eines Formmangels ebenso wie zu einer wirksamen Bestätigung gemäß § 141 I BGB nur, falls auch der zu heilende oder zu bestätigende Vertrag bloß der Schriftform bedarf. Darum kann das mündliche Bürgschaftsversprechen eines Nichtkaufmanns allerdings entsprechend § 766 (Satz 2) BGB durch Ausfertigung eines Wechsels oder Schecks geheilt werden.<sup>34</sup>

2. Usancen im geschäftlichen Verkehr beweisen auch nichts für unentgeltliche Zuwendungen, denn Schenkungen geschehen außerhalb des – vom *do ut des*-Prinzip beherrschten – Geschäftsverkehrs. Innerhalb der Geschäftsräume des Empfängers hat kein Kunde Anlass zur Vornahme einer Schenkung (Trinkgelder an das Bedienungspersonal ausgenommen, die als belohnende Zuwendungen aber nicht eigentlich unentgeltlich erfolgen, sondern zu den Einkünften rechnen).<sup>35</sup>

<sup>32</sup> So gegen den BGH wieder *Bökelmann* JR 1978, 456.

<sup>33</sup> So entgegen der Revision schon BGHZ 64, 342 = NJW 1975, 1882 (sub 2).

<sup>34</sup> *Von Tuhr* (Fn. 13) 44 Fn. 35.

<sup>35</sup> Insbesondere im Steuerrecht; kritisch dazu neuestens *Kruse*, Über das Trinkgeld, *StuW* 2001, 366-371. Auch im Ehegüterrecht gelten Trinkgelder als Einkünfte, nicht als unentgeltliche Zuwendungen, § 1374 II BGB. Das Trinkgeld zahlt mancher Gast im Restaurant ohnehin meist in bar, nicht mittels Kreditkarte, um es dem Kellner unmittelbar persönlich zukommen und

Wenn Kaufleute für erbrachte Leistungen von ihren Kunden aus nicht formbedürftigen beiderseitigen Verträgen zahlungshalber Schecks akzeptieren, beweist dies also noch lange nicht, dass eine Scheckhingabe anstelle der Barzahlung auch dort genügen müsse, wo das Gesetz zum Schutze des sich einseitig und unentgeltlich Verpflichtenden ausnahmsweise die notarielle Beurkundung vorschreibt. Der Vollzug warnt einen Schenker nur dann in gleicher Weise wie die notarielle Beurkundung, wenn er sich dazu ein sofort spürbares Opfer auferlegen muss, also mit der realen Fortgabe des zu übereignenden Gegenstandes. Nur dann liegt im Vollzug ein der Beurkundung vergleichbares Seriositätskriterium. Die psychologische Situation zwischen Versprechen (oder Schreiben) und Geben ist völlig verschieden. Manche Leute gehen leichtfertig erst künftig zu erfüllende Versprechungen [181] ein; sie überlegen es sich jedoch nach einer alten Weisheit sehr genau, „wenn sie nur etliche Louis d'Or baar aus ihrem Beutel weggeben sollen“.<sup>36</sup> Versprechen und Halten sind bekanntlich zweierlei; und „Vom Wort zur Tat ist ein langer Pfad“. Das Erfordernis der Barzahlung zum Vollzug eines formlosen Schenkungsversprechens verhindert, dass man „durch unvorsichtige Freigebigkeit um das Seine komme; denn nichts hält den Menschen mehr von solch unüberlegtem Leichtsinne zurück, als wenn er seine Habe leibhaftig fortwandern sieht.“<sup>37</sup> Wer eine goldene Uhr, ein Gemälde, eine alte Violine sehenden Auges fortgibt, der weiß, welchen Nachteil er sich zufügt. Wer hingegen bloß seine Unterschrift leistet (sei es auch auf einem Scheck), der sieht noch nichts aus seinem Besitz fortwandern. Der vergeistigte Vorgang der Scheckausstellung ist nur eine vorbereitende Handlung für die darauf folgende Kontoabbuchung. Manchem spendierfreudigen oder geltungssüchtigen Menschen sitzt das Scheckbuch locker in der Westentasche. Bargeld führt man jedoch naturgemäß nur in begrenzter Höhe mit sich. Mehr als im Portemonnaie enthalten, kann man nicht ausgeben. Wer Bargeld verschenken will, muss sich dies entweder eigens zu diesem Zweck durch Kontoabhebung verschaffen; oder er muss sich vorher überlegen, wieviel er noch für sich selber in den nächsten Tagen benötigt, ehe er wieder an Bargeld kommt. Die mittels Scheck verfügbare Summe aber ist (wie allein die hier behandelten Fälle aus der Rechtsprechung veranschaulichen) unvergleichlich viel höher, als auch ein

---

nicht in den erst später verteilten allgemeinen Topf für das Bedienungspersonal fließen zu lassen.

<sup>36</sup> Worte von *Carl Gottlieb Svarez*, dem Schöpfer des preußischen ALR, nachgewiesen bei *Wacke*, AcP 201 (2001) 269.

<sup>37</sup> Worte von *Graf/Dietherr*, Deutsche Rechtssprichwörter (2. Aufl. 1869, Neudr. 1975) 234; vgl. *Wacke* aaO.

wohlhabender Mensch üblicherweise bei sich trägt.<sup>38</sup> Bei mangelndem Guthaben kann der Scheckaussteller einen eingeräumten Überziehungskredit ausschöpfen. Auch über das Kreditvolumen hinaus kann die bezogene Bank gemäß Nr. 4 der Bedingungen für den Scheckverkehr<sup>39</sup> Schecks [182] einlösen und für solche geduldeten Kontoüberziehungen höhere Zinsen berechnen. Die Kreditschulden muss der Scheckaussteller künftig abtragen; infolgedessen verfügte er nicht über sein gegenwärtiges Vermögen. Vielmehr ging er Verpflichtungen für die Zukunft ein, welche das Gesetz als besonders gefährlich betrachtet (vgl. § 310, jetzt § 311 b II BGB). Denn um zu schenken, soll niemand Schulden machen (vgl. o. bei Fn. 5).

3. Eine Gleichstellung der Scheckhingabe mit der Barzahlung im Geschäftsverkehr ließ sich allenfalls für den bisherigen blauen Eurocheck vertreten, dessen Einlösung durch die bezogene Bank bis zum Betrage von 400.- DM garantiert war.<sup>40</sup> Vorsichtige Gläubiger bestanden bei geschuldeten höheren Summen auf der Ausstellung mehrerer Schecks. Die europaweit verwendbaren, mittels dazugehöriger ec-Karte samt einzutragender Karten-Nummer gesicherten Schecks schaffte das Bankgewerbe jedoch im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen nach über 30jährigem Bestehen zum Ende des Jahres 2001 ab. An ihre Stelle trat die papierlose Zahlung mittels Scheckkarte unter Eingabe der persönlichen Geheimzahl (PIN = Personal Identity Number). Solche Zahlungen mittels „Electronic Cash“ können nur Gläubiger empfangen, welche in ihren Geschäftsräumen über die erforderlichen technischen Geräte verfügen, die an das Verrechnungsnetz angeschlossen sind. Ähnlich verhält es sich schon seit einiger Zeit bei Zahlungen mittels Kreditkarte. Die neuen technischen Einrichtungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs lassen sich demnach für Schenkungen nicht in gleicher Weise verwenden wie Schecks. Viele Leute (den Verfasser dieser Zeilen eingeschlossen) führen außer ihrer ec-Karte schon lange keine Schecks mehr bei sich. Die Gefahr vor unbedachten freigebigen Zuwendungen wurde

---

<sup>38</sup> Nur kleinere alltägliche Schulden bezahlt man üblicherweise bar, größere Summen werden unbar beglichen. Der Anteil unbarer Geldtransaktionen erreichte zu Beginn der 1990er Jahre innerhalb der EG zwar nur 10 Prozent aller Zahlungsvorgänge. Gemessen an den Rekordsummen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ist der Gesamtwert aller Barzahlungen jedoch sehr gering; und die Schere wird künftig noch weiter auseinander klaffen. Vgl. *Meder*, Rechtsfragen bargeldlosen Zahlungsverkehrs, JuS 1996, 89.

<sup>39</sup> Abgedruckt bei *Baumbach/Hefermehl* (o. Fn. 22) 723. Fälle, in denen die bezogene Bank einem Beschenkten die Einlösung eines Schecks mangels Guthabens oder Dispositionskredits verweigerte, wurden bislang höchstrichterlich nicht entschieden.

<sup>40</sup> Für § 518 II BGB erwogen von *Erman/Seiler* 10. Aufl. 2000 Rz. 5.

damit eingeschränkt: ein durchaus erwünschter (wenngleich von den Banken nicht beabsichtigter) Nebeneffekt der gewandelten Zahlungsmöglichkeiten.

Die Zahlung mittels Scheck ging dadurch hierzulande (wie von den Kreditinstituten beabsichtigt) beachtlich zurück. Herkömmliche (nicht garantierte) Schecks sind jedoch weiterhin verwendbar, sie werden auch als Verrechnungsschecks (namentlich bei Zahlung von Versicherungsleistungen oder von Tantiemen aus gewerblichen oder geistigen Schutzrechten) üblicherweise zur Kostenersparnis und Vereinfachung des Schuldners verwendet (der die Konto-Nummer des Empfängers nicht angeben muss und wegen der Laufzeit des Schecks bis zur Abbuchung seine Liquidität erhält). [183] Außerhalb Deutschlands ist die Zahlung per Scheck in noch viel weitergehendem Umfange üblich, zumal in den angelsächsischen Ländern; aber auch in Frankreich waren zu Beginn der 1990er Jahre die Scheckzahlungen 6mal so häufig wie in Deutschland.<sup>41</sup> Anlässlich der terroristischen Anschläge auf das World Trade Center in New York wurden laut Zeitungsmeldungen zig-Tausende von per Post versendeten Verrechnungsschecks vernichtet, weil in den technisch ansonsten so fortgeschrittenen USA erstaunlicherweise weder Giro-Überweisungen noch Konto-Abbuchungen mittels Einzugsermächtigungen gemessen an europäischen Maßstäben üblich sind. Da Direktabbuchungen per Electronic Cash bei uns nur bis zum Maximalbetrage von 2.000 Euro zulässig sind, ist für die Zahlung größerer Beträge (bei teuren Anschaffungen oder Bauleistungen) der Scheck nicht zu entbehren, insbesondere um eine Zug-um-Zug-Abwicklung zu ermöglichen. Bei der bezogenen kontoführenden Bank, die die Unterschrift des Ausstellers prüfen kann, kann sich der Inhaber eines gewöhnlichen (nicht nur zur Verrechnung bestimmten) Schecks den Betrag auch weiterhin bar auszahlen lassen. Die bargeldlose Zahlung mittels Scheck wird nach alledem auch bei uns so schnell nicht aussterben, mögen auch manche Gläubiger, die ganz sicher gehen (oder etwas vor dem Finanzamt verbergen) wollen, auf Barzahlung bestehen.<sup>42</sup> Die Verwendbarkeit von Schecks zu unentgeltlichen Zuwendungen ist als juristisches Problem deshalb keineswegs erledigt. In den hierzu höchstrichterlich

---

<sup>41</sup> Meder, JuS 1996, 89, 92. Die Banken unterscheiden die westeuropäischen Länder als sog. *cheque-based countries* von den eher mitteleuropäischen *giro-based countries*, s. Meder 89.

<sup>42</sup> Wegen des Annahmeverbots für Schecks (Art. 4 ScheckG) liegt in der sog. Scheckbestätigung keine verschuldensunabhängige Einlösungszusage. Nur auf die Bundesbank gezogene Schecks können von dieser mit einem Bestätigungsvermerk versehen werden (§ 23 BBankG); dann ersetzen sie die Banknote. Einzelheiten bei *Baumbach/Hefermehl* (22. Aufl. 2000) Art. 4 ScheckG Rz 2 ff., 8 ff. - In der Liegenschaftsvollstreckung kann das Bargebot statt durch Barzahlung jetzt auch durch nachgewiesene Gutschrift auf dem Konto der Gerichtskasse (aber nicht durch bloße Scheckeinrichtung) erlegt werden, § 49 III ZVG nF.



entschiedenen Fällen ging es auch um Beträge, welche die Schulden aus gewöhnlichen Alltagsgeschäften um ein Vielfaches übersteigen.

## VII. Auch Scheckgutschrift heilt noch nicht den Formmangel

1. Die Hingabe eines Schecks ist für den Aussteller gefährlicher als die Abgabe eines Schuldversprechens. Das Schuldversprechen liefert bloß eine [184] Anspruchsgrundlage, welche anschließend noch durch Klage (oder Mahnbescheid) und Vollstreckung realisiert werden muss. Ein Schecknehmer aber ist ermächtigt, den Betrag umgehend zu erheben und so sich selber zu befriedigen. Selbst eine notarielle vollstreckbare Urkunde hat nicht diese weitreichende Wirkung: Vor der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung (§ 797 ZPO) kann aus ihr nicht vollstreckt werden. Die für schenkweise erteilte Schuldversprechen in § 518 I 2 BGB vorgeschriebene notarielle Beurkundung muss für die Scheckhingabe darum nicht nur analog, sondern wegen ihrer gesteigerten Gefährlichkeit sogar erst recht (*a fortiori*) gelten.

2. Die notarielle Beurkundung verhindert zugleich das Fälschungsrisiko und die Gefahr abredewidriger Ausfüllung von erteilten Blanko-Schecks. Im BGH-Fall von 1978<sup>43</sup> hatte die Empfängerin eines auf 600 DM ausgestellten Schecks diesen nachträglich mit einem andersfarbenen Kugelschreiber abgeändert und die Schecksumme auf 3.600 DM erhöht.<sup>44</sup> Die Erhöhung habe sie ihrer Behauptung nach auf Veranlassung der Scheckausstellerin vorgenommen; die zusätzlichen 3.000 DM habe ihr die alsbald verstorbene Ausstellerin als Belohnung für geleisteten Beistand während deren Erkrankung zukommen lassen wollen. Die nachträgliche Änderung des ausgestellten Schecks hatte die auf Rückzahlung der eingelösten Schecksumme Verklagte hier zugestanden (§ 288 ZPO). Für ihre ungeklärte weitergehende Behauptung, die Änderung sei im Einverständnis der verstorbenen Ausstellerin geschehen, trägt darum nach richtiger Ansicht die beklagte Schecknehmerin die Beweislast;<sup>45</sup> entgegen dem BGH muss nicht etwa die Erbin das fehlende Einverständnis der Ausstellerin beweisen (gegen den BGH aber noch weitergehend

<sup>43</sup> JR 1978, 454 ff. mit krit. Anm. *Bökelmann*.

<sup>44</sup> Nach den in Nr. 3 Abs. 2 S. 2 der Bedingungen für den Scheckverkehr statuierten Sorgfaltspflichten ist an sich der Scheckbetrag in Ziffern und in Buchstaben so einzusetzen, dass nichts hinzugefügt werden kann. Solche Sorgfalt hatte die Ausstellerin offenbar nicht walten lassen.

<sup>45</sup> Gegen den BGH zutr. *Bökelmann*, JR 1978, 456.

sogleich nach Fn. 49). Solche Zweifel werden vermieden, wenn ein Schenker dem Empfänger Geldscheine zuzählt oder diskret im Umschlag überreicht.

Mit der Übergabe eines nach Belieben des Empfängers auszufüllenden Blanko-Schecks gab dessen Unterzeichner noch kein Schenkungsversprechen [185] ab. Ohne konkrete Betragsangabe ist gar nichts formlos versprochen.<sup>46</sup> Der Schenker kann sich nicht dem Willensentschluss des zu Beschenkenden blindlings unterwerfen, wieviel ihm zugewendet werden solle. Händigt ein Krankenhauspatient einer nahestehenden Person seine Wohnungsschlüssel aus mit dem Bemerkten, sie dürfe sich nehmen, was immer sie wolle, „es sei ihr geschenkt!“, dann fehlt es gleichfalls an der für ein (wenngleich formloses) Schenkungsversprechen erforderlichen Bestimmtheit (und damit letztlich am Konsens, §§ 145 ff. BGB). Der Schenker muss selber die Schenkung vollziehen, wie § 2301 II BGB dies vorschreibt. Das Gebot der Höchstpersönlichkeit gilt wie für die Testamentserrichtung (§§ 2064, 2065 BGB), so auch für den Schenkungsvollzug.<sup>47</sup> Und der Schenker muss *geben*: Von ihm bloß konsentiertes Nehmen des zu Beschenkenden genügt nicht, wo die Duldung nicht formgerecht (und das heißt notariell) erklärt wurde. Nach dem Tode des Berechtigten muss das Nehmen wenigstens durch eigenhändiges Testament (§ 2247 BGB) bestätigt sein (Umdeutung gemäß § 140 BGB). Bloß mündlich angeordnete Vermächtnisse (Oralfideikommissie wie nach gemeinem Recht) erkennt unser BGB nämlich aus guten Gründen nicht an.<sup>48</sup> Die wegen Formmangels unklagbare Verbindlichkeit aus einem Schenkungsversprechen lässt sich folglich nicht durch Insichgeschäft (§ 181 aE BGB) vollziehen.<sup>49</sup> Deshalb ist die nachträgliche Erhöhung der Schecksumme durch den Empfänger im angeblichen Einverständnis mit dem Aussteller wie im BGH-Fall von Fn. 43 schon aus Rechtsgründen unschlüssig (§ 181 BGB) und nicht nur bei fehlender Beweisbarkeit unbeachtlich. Deshalb kann sich auch ein Vertrauter des (z.B. erkrankten) Kontoinhabers, der im Besitz von dessen ec-Karte unter Eingabe von dessen ihm bekannter PIN vom Automaten Geld abhebt, sich nach dessen Tode nicht mit der (unschlüssigen) Behauptung herausreden, der Verstorbene habe ihm den Betrag schenken wollen.

---

<sup>46</sup> *Wacke*, ZZP 2001, 77, 82 f.

<sup>47</sup> Unter Lebenden wie von Todes wegen: *Wacke*, ZZP 2001, 86 f.

<sup>48</sup> Der Gefahr, ein mündliches Vermächtnis anzuerkennen, erlag der BGH in NJW 1979, 714 f. Dagegen *Wacke*, AcP 201 (2001) 256, 265-268.

<sup>49</sup> *Wacke*, ZZP 2001, 83 ff.

3. Die Scheckhingabe ist für einen Schenker deshalb besonders gefährlich, weil sie einen Automatismus auslöst, der ohne sein weiteres Zutun zur Befriedigung des Beschenkten aus dem formungültigen Schenkungsversprechen [186] führt.<sup>50</sup> Der Schenker begab sich in eine Zwangslage, der nur schwer zu entkommen ist. Widerrufen kann er den Scheck von Gesetzes wegen erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist von 8 Tagen (Artt. 29, 32 ScheckG). Nach der neueren Praxis gilt diese zum Schutze jedes Schecknehmers einst mit guten Gründen eingeführte anfängliche Ausschlussfrist für einen Widerruf allerdings kraft Vereinbarung oder Verkehrssitte als abbedungen.<sup>51</sup> Die Banken beachten (ohne dazu verpflichtet zu sein) auch vorher vom Kunden gewünschte Schecksperrungen, wenn die zuständige kontoführende Stelle davon (unter Angabe der Scheck-Nummer) so rechtzeitig benachrichtigt wird, dass sie innerhalb des ordnungsmäßigen Geschäftsablaufs berücksichtigt werden können (Nr. 3 der Bedingungen für den Scheckverkehr). Auf die verwickelten Einzelheiten kommt es hier nicht an. Dass nach der Rechtsprechung der Wettlauf darüber entscheiden soll, ob der Scheckaussteller (bzw. sein Erbe) mit der Konto- oder Schecksperrung schneller ist als der Schecknehmer mit der Einlösung,<sup>52</sup> ist denkbar unbefriedigend und spricht jeder Rechtssicherheit Hohn.<sup>53</sup> Diejenige Partei, welche von Argwohn und Misstrauen beseelt der anderen entweder durch Scheckeinlösung oder durch Kontosperrung zuvorkommt und damit vollendete Tatsachen schafft, wird belohnt; wer pietätvoll zuwartet, wird bestraft.<sup>54</sup> Rationale Rechtsfindung hat aber zum Ziel, den Einfluss des aleatorischen Zufallskriteriums auf das Entscheidungsergebnis so weit wie möglich zurückzudrängen. Tatsächlich findet sich nirgends eine Begründung für die herrschende Ansicht, die Einlösung des Schecks durch den Beschenkten führe zur Heilung des formlosen Schenkungsversprechens. Die Angaben in den veröffentlichten Urteilen erschöpfen sich in einer [187] Zitatenserie von Judikaten, welche (für den Wechsel) letztlich auf *von Tuhr*

---

<sup>50</sup> Die Scheckhingabe ist der Übergabe des Schlüssels zur Geldkassette des Schenkers vergleichbar: Der Scheck öffnet (wie ein Schlüssel) das Entnahmerecht aus dem Kontoguthaben. Die symbolische Übergabe mittels *traditio clavium* begegnet zuweilen schon in den Digesten (z.B. zwecks Übereignung von Waren, die im zeitweilig geschlossenen Speicher lagern, Dig. 18,1,74), aber nur beim Kauf, nicht zum Vollzuge einer Schenkung.

<sup>51</sup> BGHZ 104, 374, 381 f. Art. 32 ScheckG wurde damit praktisch zur Makulatur: Ahlers, NJW 1990, 1149 ff. Zu den komplizierten Einzelheiten *Baumbach/Hefermehl* zu Art. 32 ScheckG.

<sup>52</sup> Vgl. einerseits BGH NJW 1975, 1881f., andererseits BGH NJW 1978, 2027: oben V.

<sup>53</sup> In fatalistischer Resignation meint allerdings der BGH, dieses Ergebnis „im Hinblick auf die gesetzliche Regelung und im Interesse der Rechtssicherheit“ (!) hinnehmen zu müssen: JR 1978, 454, 455.

<sup>54</sup> Übereinstimmend in der Kritik *G. H. Roth*, EwIR 1986, 577, 578.

zurückführen und damit blind enden, denn auch *von Tuhr* lieferte dafür seinerzeit keine (jedenfalls keine überzeugende: vgl. o. IV 1 d) Begründung.<sup>55</sup>

4. Ihre Gründe sieht die h. M. mutmaßlich darin, dass mit der Scheckbegebung der Schenker alles in seiner Macht Stehende getan habe und mit der Scheckeinlösung die unklagbare Forderung erfüllt sei. Jedoch fehlt es hier an der auch nach h. M. erforderlichen dritten Voraussetzung: der *Freiwilligkeit* der Erfüllung von Seiten des Schenkers. Heilungswirkung entfaltet nur eine vom Schenker selbst herbeigeführte Erfüllung (arg. § 2301 II BGB), welche als Ausdruck seines Bestätigungswillens (iSv § 141 I BGB) zur Eingehung seines rechtlich unverbindlichen Versprechens hinzutreten muss.<sup>56</sup> Keine Heilung bewirken hingegen nach gefestigter Lehre vom Versprechensempfänger vorgenommene Erfüllungshandlungen, etwa durch Zwangsvollstreckung oder Aufrechnung.<sup>57</sup> Ergeht aufgrund eines abstrakten Schuldversprechens ein Vollstreckungsbescheid, weil der Versprechende nicht auf die gemäss § 518 I 2 BGB erforderliche, aber fehlende notarielle Beurkundung hinwies, so heilen darauf gestützte Vollstreckungsmaßnahmen den Formmangel nicht.<sup>58</sup> Auch eine Aufrechnung ist von Seiten des Versprechensempfängers nicht zulässig, da eine Art der Selbstvollstreckung. Mit einem unklagbaren Gegenanspruch aus einem formnichtigen Schenkungsversprechen kann ein Beklagter nicht aufrechnen, weil er nicht iSv [188] § 387 BGB „die ihm gebührende Leistung fordern... kann“. Wenn der Versprechende seine Forderung einklagt, kann das vom Beklagten zur Aufrechnung vorgeschützte formlose Schenkungsversprechen auch nicht als formloser Erlass der Klageforderung (um)gedeutet werden. Mit der Einklagung seiner Forderung beruft

<sup>55</sup> Keine Begründung gibt auch *Liesecke* in seinem ausführlichen Aufsatz in WM 1971, 1222-1247, worauf BGHZ 64, 340, 342 verweist. *Liesecke* verweist seinerseits nur auf BGH WM 1971, 443, wo sich an der entscheidenden Stelle S. 444 weder eine Begründung noch ein Rechtsprechungs- oder Literaturbeleg findet.

<sup>56</sup> Nur wo der Geber ohne rechtlichen Zwang, *nullo iure cogente* etwas gibt, liegt nach Papinian Dig. 39,5,29pr. eine Freigebigkeit (*liberalitas*) vor (ähnlich Julian Dig. 39,5,1pr.), also wo man es „nicht nötig hat zu leisten“ (*non necesse habet praestare*): Marcian Dig. 15,1,40,1. Diese Voraussetzung muss auch erfüllt sein, um die Heilung eines formungültig erteilten Schenkungsversprechens bejahen zu können.

<sup>57</sup> *Erman/Seiler*<sup>10</sup>(2000) § 518 BGB Rz 5. Wohl auch nicht durch Drohung oder Täuschung zuwege gebrachte Leistungen, s. *Pohlmann* (o. Fn. 2) 156 ff.; u. *Seibert*, JZ 1981, 380, 384. Für Österreich übereinstimmend *Klang/Stanzl*, Kommentar zum ABGB, 2. Aufl. Wien 1968, § 943 Anm. C 4, S. 944. Auch eine zufällige Besitzerlangung durch den Beschenkten oder eine Übergabe an ihn in anderer Absicht heilen danach den Formmangel nicht.

<sup>58</sup> Vgl. *Pohlmann* 158. Eine andere, prozessuale Frage ist, ob der Verurteilte mit seiner verspäteten Rüge des Formmangels nicht präkludiert ist, § 796 II ZPO.

sich der Versprechende vielmehr auf den Formmangel seines Versprechens. Nur wenn notariell versprochen (oder wenn der Schenker seinen Wunsch wenigstens in eigenhändiger Form eines Vermächtnisses hinterließ), kann der Begünstigte folglich seinen durchsetzbaren Anspruch mittels geduldeter Wegnahme selber erfüllen, mit ihm auch aufrechnen oder aus ihm (in den Grenzen von § 519 BGB) hoheitlich vollstrecken.

### **VIII. Konkludenter Verzicht auf den trotz Scheckeinlösung fortbestehenden Bereicherungsanspruch**

1. Nach dem bisher erzielten Ergebnis und unserer zentralen These heilt auch die Einlösung eines schenkweise übergebenen Schecks nicht den Mangel der analog § 518 I 2 BGB erforderlichen notariellen Form. Anders als die Barzahlung erfolgt die Einlösung oder Gutschrift ohne weiteres Zutun des Scheckausstellers. Deshalb fehlt es an einem auf die formnichtige Versprechensabgabe folgenden zweiten Schritt, der den freien Bestätigungswillen des Schenkers (iSv § 141 I BGB) bekundet.<sup>59</sup> Als Akt der Selbstbefriedigung des Schecknehmers verstärkt die Einlösung deshalb keineswegs die ihm fehlende klagbare *causa*; als Grund zum Behaltendürfen wird sie dadurch ebensowenig aufgewertet wie durch das Einwechseln grundlos zugewendeter Geldscheine oder deren Vermischung mit eigenem Gelde beim Empfänger. Den durch die Leistung des Schenkers rechtsgrundlos erlangten Scheck muss ihm der Empfänger gemäß § 812 I 1 Fall 1 BGB zurückgeben. Einer auf den Scheck gestützten Leistungsklage kann der Aussteller auch die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegenstellen (§ 821 BGB). Da der Empfänger den eingelösten Scheck nicht [189] mehr zurückgeben kann, hat er gemäß § 818 II BGB dessen Wert, die Schecksumme, zu ersetzen. Die auf Rückgabe des Schecks gerichtete Leistungskondition setzt sich am Erlös fort. Das anstelle des Schecks eingelöste Bargeld ist nur eine andere Form des Habens, verwandelt aber nicht die zugrundeliegende *causa*. Eigene Handlungen des zu Beschenkenden können seine

---

<sup>59</sup> Der zweite, bestätigende Schritt muss durch realen Vollzug oder durch ein weiteres formgültiges Versprechen erfolgen. Übersendet der Schenker anstelle des ursprünglich übergebenen, aber nicht eingelösten Schecks einen zweiten Scheck, so heilt die gleichfalls formnichtige Bestätigung den Formmangel nicht. Anders (Auslegungsfrage) OLG Celle, OLGR 1994, 94 = MDR 1994, 524 (L.).

Lage nicht verbessern.<sup>60</sup> Entgegen der ganz herrschenden, letztlich auf *von Tuhr* zurückgehenden Ansicht ändert sich also die Rechtslage keineswegs, wenn der schenkweise begebene Wechsel die Hand des ersten Nehmers verlässt: Ob der Scheck eingelöst oder indossiert wird, bleibt sich gleich.<sup>61</sup>

Faktisch verbessert die Empfangnahme des Geldes allerdings doch die Lage des Beschenkten, weil er statt als Kläger nun in der günstigeren Position eines Beklagten auftreten kann. Die dem Schenker gegen die Klage aus dem Scheck zustehende Einrede der Bereicherung aus § 821 BGB ging diesem verloren. Stattdessen kann sich der Beschenkte nun gegen den Rückforderungsanspruch des Schenkers mit der nicht formbedürftigen Einrede des Verzichts wehren (näheres sogleich).

2. Im Gegensatz zu den Zufallsergebnissen der Rechtsprechung ordnet sich unser Lösungsvorschlag bruchlos in alle (auch von der h. M. anerkannte) dogmatischen Prämissen ein. Der praktische Vorzug unserer Lösung liegt zudem in der Überwindung des schäbigen, nach h. M. unvermeidlichen Windhundprinzips: Unerheblich ist, welche Partei mit ihrem Zugriff oder Protest die schnellere ist. Der Schenker oder sein Erbe können den begebenen Scheck vor seiner Einlösung sperren lassen und sich damit auf die Nichtigkeit der Schenkung berufen. Beide können aber auch noch kondizieren, nachdem der Scheck eingelöst oder gutgeschrieben ist. Die Anschlussfrage stellt sich, wie lange sie kondizieren können.

Ersieht der Schenker aus seinen Konto-Auszügen den abgebuchten Betrag, unternimmt er gegen die Abbuchung jedoch binnen angemessener [190] Frist nichts, so darf man vom Fortbestand seines Einverständnisses ausgehen. Als Bereicherungsgläubiger kann er auf seinen Rückforderungsanspruch verzichten. Der Erlassvertrag (§ 397 BGB) unterliegt auch als unentgeltlicher keiner Form<sup>62</sup> und kann überdies stillschweigend zustande kommen. Da der Beschenkte mit der Entgegennahme und Einlösung des Schecks bereits seine Annahme erklärte, kann von

---

<sup>60</sup> Den gleichen Gedanken aus dem römischen Recht des Besitzes rezipierten viele europäischen Rechtsordnungen: Nach übereinstimmender Ansicht der antiken Juristen konnte ein Fremdbesitzer seine Position nicht durch eigene Handlungen verbessern. Dazu jetzt die hervorragende Diss. meines wiss. Mitarbeiters *Richard Böhr*, *Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht* (2002, im Druck).

<sup>61</sup> Für das österreichische Recht bejaht übereinstimmend *Binder* in *Schwimmann*, *Praxiskommentar zum ABGB*; Wien 1988, § 943 Rz. 3 Abs. 3 nach Indossierung des Wechsels „zwecks Ausschlusses jeglicher Umgehungsmöglichkeit ein Rückgriffsrecht gegen den Versprechensempfänger“. Beim Indossament durch einen Nichtberechtigten entspricht dieses Ergebnis der Parallelregelung in § 816 I 1 BGB.

<sup>62</sup> OLG Stuttgart, NJW 1987, 782.

einem stillschweigenden Erlass ausgegangen werden, wenn der Schenker nicht binnen angemessener Frist protestiert.

3. Bei einer Antwort auf die Frage, welche Fristlänge angemessen ist, brauchen wir uns hier nicht abschließend festzulegen. Beim Einwand der Verwirkung, um den es hier geht, hängt die Bestimmung nach Treu und Glauben vom Ermessen des Tatrichters ab (§ 242 BGB). Diese Frist ist relativ kurz zu bemessen, denn im Massengeschäft des Bankverkehrs weiß jeder Kunde, dass er sich beim Verdacht einer Unregelmäßigkeit schnell rühren muss. Die nach preußischem ALR I 11 § 1090 gegen jede Handschenkung generell eingeräumte Widerrufsfrist von 6 Monaten wäre jedenfalls zu lang.

Um zur Orientierung nur einen Anhalt zu geben, sei auf Nr. 7 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken (Nr. 7 Abs. 3 der Sparkassenbedingungen) hingewiesen. Einwendungen gegen den quartalsmäßigen Rechnungsabschluss muss der Kunde danach binnen 6 Wochen ab Zugang erheben; widrigenfalls gilt der Abschluss als genehmigt.<sup>63</sup> Für unseren Fall kommt nur eine analoge Anwendung dieser Klausel in Betracht. Bankmäßig ist die Abbuchung des Schecks nämlich völlig in Ordnung. Wehrt sich also der Schenker fristgerecht gegen die Belastung seines Kontos, wird seine Bank ihn darüber belehren, dass er seine Einwendung gegen den Beschenkten zu richten hat. Dieses Verfahren rechtfertigt es, die an sich nur zwischen Bank und Kunden vereinbarte Widerspruchsfrist auch im Verhältnis zum beschenkten Scheckempfänger entsprechend anzuwenden.

Stand hiernach dem Schenker für seinen zulässigen Widerruf ausreichend Zeit zur Verfügung, dann braucht der Beschenkte mit ihm nicht mehr zu rechnen (von §§ 528, 530 ff. BGB abgesehen). Infolgedessen kann auch der Erbe des Schenkers nicht mehr widerrufen. Verstarb der Schenker [191] hingegen vor Ablauf der Frist, muss dem Erben eine entsprechende Frist erneut zugebilligt werden.<sup>64</sup> Gegenüber den rigiden Zufallsergebnissen der h. M. im Wettlauf um den schnelleren Zugriff wird so das

---

<sup>63</sup> Zahlreiche Einzelheiten bei *Bunte* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch I 2001 § 12. Für Lastschriften aufgrund Einzugsermächtigungen lässt BGH WM 2000, 1577 ff. die Ausschlussfrist nicht gelten. Die AGBs werden jedoch dem Vernehmen nach demnächst auch auf diesen Fall erstreckt werden.

<sup>64</sup> Angesichts der gleichfalls 6wöchigen Ausschlagungsfrist für den Erben (§ 1944 BGB) ist die 6wöchige Frist für Einwendungen gegen den quartalsmäßigen Rechnungsabschluss (trotz des unterschiedlichen Fristbeginns) nicht ganz ungewöhnlich. Nach den AGBs der Banken und Sparkassen beginnt die Frist nicht etwa schon mit dem Zugang der Tagesauszüge.

Verfahren im Interesse der Gerechtigkeit entkrampft. Mit der geschmeidigen und flexiblen Lösung wird die Praxis ebenso zurecht kommen wie in anderen Fällen von Verwirkung wegen Zeitablaufs.

4. Eine solche Verwirkung des Rückforderungsanspruchs aus § 812 I 1 Fall 1 BGB setzt allerdings den bei der Scheckhingabe unzweifelhaft geäußerten Schenkungswillen des Ausstellers voraus. Bestand für den Aussteller hingegen Anlass zur Annahme, die Zuwendung solle nur darlehensweise erfolgen, dann muss nach richtiger (wenngleich nicht herrschender) Ansicht der auf Rückzahlung Verklagte den von ihm vorgeschützten Schenkungseinwand beweisen (oben I 2 m. Fn. 3-4). Denn „lange geborgt ist nicht geschenkt“. Nur wo sich den Umständen nach „gar keine andere Absicht des Gebenden denken lässt“ (wie I 11 § 1045 ALR glücklich formulierte), darf man von seinem unentgeltlichen Zusendungswillen ausgehen.

5. In atypischen Fällen ist einem Scheckgeber aber auch *ohne* Fristablauf die Berufung auf den Formmangel zu verwehren. Werden für herausragende künstlerische oder wissenschaftliche Leistungen von einer Jury zuerkannte Preise in öffentlicher Versammlung durch Scheckübergabe verliehen, so ist davon auszugehen – auch wenn die Voraussetzungen einer öffentlichen Auslobung gemäß § 657 BGB nicht vorliegen – , dass sich deren Stifter sein Vorhaben gründlich genug überlegt hat. Ähnlich ist entgegen dem OLG München (oben bei Fn. 31) ein vereinsinternes Sponsoring einer Prämie als Ansporn für besondere sportliche Anstrengungen zu bewerten: Wer unter dem Applaus der versammelten Vereinsmitglieder für künftige Leistungen im Wettkampf einen Preis aussetzt und zur Bekräftigung dem Vorstand einen ausgefüllten Scheck überreicht, der tut dies nicht unüberlegt. Er kann darum nicht später, nachdem der gewünschte Erfolg erzielt wurde, so tun als sei nichts gewesen. Ein Widerruf wäre hier entsprechend § 658 BGB nur bis zur Vornahme der ausgelobten Handlung statthaft. Dass die Prämie hier nicht gegenüber einem *unbestimmten* [192] Personenkreis ausgesetzt wurde (wie von § 657 BGB gefordert), sondern zugunsten eines ziemlich genau bestimmten (der vom Vereinstrainer aufzustellenden Mannschaft), rechtfertigt bezüglich des Schutzzwecks der Form keinen Unterschied: Der Sponsor ist nicht deswegen schutzwürdiger, weil er sein Versprechen nur vereinsintern kundgab und nicht z.B. in der Tagespresse veröffentlichte. Die „Vereinsöffentlichkeit“ muss zur Klagbarkeit genügen, und die Schriftform wurde



gewahrt. Der Fall steht einer Auslobung näher als einer gewöhnlichen (auch einer remuneratorischen) Schenkung;<sup>65</sup> vom sog. „Edelmannfall“<sup>66</sup> ist er meilenweit entfernt.

## IX. Andere Fälle bargeldloser Schenkung. Geschenkgutscheine

1. Vom Schenker selbst vorgenommene Bareinzahlungen oder Giroüberweisungen (auch Spenden) sind, wenn ausgeführt, gemäß § 518 II BGB mit der Gutschrift auf dem Empfängerkonto vollzogen.<sup>67</sup>

### [193]

2. Die *schenkweise Abtretung eines Konto-Guthabens* ist ein eigenes Thema und kann hier nicht weiter vertieft werden. Nur soviel sei dazu noch bemerkt: Verbriefte Forderungen, die (wie insbesondere ein Wechsel) als Umlaufpapiere konzipiert sind, können nicht ohne Indossament und Übergabe übertragen werden. Mittels Scheck oder Wechsel vorgenommene Schenkungen sind trotz Übergabe jedenfalls vor der Einlösung oder Gutschrift auf dem Empfängerkonto nicht vollzogen. Dann ist es ein eklatanter Wertungswiderspruch, wenn *Sparbucheinlagen*, die zur Geldanlage und nicht für den Umlauf bestimmt sind, durch formlose Einigung gemäß §§ 398 ff. BGB

<sup>65</sup> Zusagen vom Typ des „*do (oder promitto) ut facias*“ erfolgen nicht rein unentgeltlich; vgl. MünchKomm./Kramer § 516 Rz. 15. Anstelle eines wirtschaftlichen Gegenwerts, den Versprechende hier nicht erhält, muss seine ideelle Zufriedenheit mit dem erreichten sportlichen Erfolg genügen. Dass sportliche Begeisterung zu übereilten Versprechungen verleiten könnte, ist nicht überzubewerten; so freilich – dem OLG München zustimmend – *Fromholzer*, Consideration: US-amerikanisches Recht im Vergleich zum deutschen, Tübingen 1997, 164 f. Auf die nahe Verwandtschaft zur Auslobung geht *Fromholzer* nicht ein. Nach dem Sachverhalt eines Urteils aus Kentucky von 1917 (*McDevitt v. Stockes*: *Fromholzer* 160 ff.) sollte ein von einem Pferdehalter angestellter Jockey bei einem Derby ein bestimmtes Rennpferd reiten. Bei einem Sieg dieses Pferdes war eine Wertsteigerung anderer Pferde aus gleicher Zucht zu erwarten. Ein anderer Rennstallbesitzer versprach dem Jockey darum für den Fall eines Sieges 1.000 Dollar. Trotz des wirtschaftlichen Interesses des Versprechenden an der möglichen Wertsteigerung seiner Pferde verneinte das Gericht eine *consideration* für dieses zusätzliche Versprechen wegen der *pre-existing legal duty* des Jockeys gegenüber seinem Arbeitgeber. Wegen des nur dem Jockey persönlich, aber nicht vereinsintern publik gemachten Versprechens ist der amerikanische Derby-Fall entgegen *Fromholzer* 160ff. nicht mit dem Fall der Eishockey-Mannschaft des OLG München zu vergleichen. In der Tat ist es nicht hinnehmbar, wenn ein angestellter Jockey obendrein von anderen Rennstallbesitzern heimlich Erfolgsprämien kassiert – auch wenn keine Interessenkollision vorliegt. Völlig inakzeptabel wäre es, falls der Jockey bestochen würde, um das Pferd seines Arbeitgebers *nicht* siegen zu lassen. (Den freundlichen Hinweis auf *Fromholzers* Monographie verdanke ich *Florian Faust*, Regensburg, derzeit Lehrstuhlvertreter in Köln).

<sup>66</sup> RGZ 117, 121ff.; *Medicus*, Bürgerliches Recht <sup>18</sup>1999 Rz. 181.

<sup>67</sup> *Soergel/Mühl/Teichmann*, 12. Aufl. 1998 § 518 BGB Rz. 19. Nach BGH NJW 1994, 931 schon mit der Ausführung des Überweisungsauftrags durch die Bank.

sofort schenkungshalber abgetreten werden können.<sup>68</sup> Zum Schutze des Schenkers müsste die Abtretung wie in Österreich<sup>69</sup> gleich den Schenkungsversprechen ebenfalls an einen Notariatsakt gebunden sein. Bei der schenkweisen Abtretung einer bereits bestehenden Forderung ist der Schenker nicht weniger schutzwürdig als bei der erstmaligen Begründung einer Forderung. Bei uns bedurfte wenigstens die Zession von Postsparguthaben der Beurkundung und der Übergabe des Sparbuchs (§ 23 IV 3 PostG). Beifallswert interpretierte der BGH diese Norm als zwingende Formvorschrift iSv § 125 BGB.<sup>70</sup> Nach der hieran im Schrifttum geübten Kritik<sup>71</sup> ist die Vorschrift zum Jahresende 1997 leider entfallen<sup>72</sup> Die bisherige Ungleichbehandlung gegenüber Banken und Sparkassen wäre besser durch eine Erstreckung des Beurkundungs- und Übergabezwangs auf sämtliche Fälle schenkweiser Zession bereinigt worden.

3. Unentgeltliche Zuwendungen mittels *Geschenkgutscheins* werden immer beliebter. Zur Abrundung sei darauf abschließend noch kurz eingegangen.<sup>73</sup> Wer einen Gutschein erwirbt, schließt mit dem Verkäufer einen Kaufvertrag über vom Begünstigten noch näher zu konkretisierende Ware ab. Ob der Vertrag als Sachkauf oder als Rechtskauf zu beurteilen ist, [194] bedarf hier keiner Entscheidung. Der Gutschein ist ein kleines Inhaberpapier iSv § 807 BGB. Auch wenn ein Begünstigter benannt ist, ist dem Aussteller dessen Person gleichgültig. Leisten muss der Aussteller nur gegen Rückgabe des Gutscheins, §§ 797, 807 BGB. Zustande kommt die Schenkung mit der Aushändigung an den Empfänger und dessen Annahmeerklärung. Da der Geber den Gutschein von vornherein in Schenkungsabsicht erwarb und den Gegenwert bereits an den Verkäufer entrichtete, ist (im Unterschied zum Geldscheck) die Schenkung schon mit der Übereignung des Gutscheins an den Begünstigten vollzogen. Ebenfalls im Unterschied zum Scheck wird mit dem Gutschein nicht Geld, sondern Ware zugewendet, welche sich der Beschenkte nach seinem Belieben aus dem Sortiment des Ausstellers aussuchen kann. Anstelle von Waren kann der Begünstigte

<sup>68</sup> Seit RGZ JW 1907, 329 (einem atypischen Fall) ganz h. M.: *Soergel/Mühl/Teichmann* § 518 Rz. 20.

<sup>69</sup> Anm. zur Textausgabe des ABGB von *H. Kapfer* zu § 427. Unter „schriftlicher Urkunde“ in § 943 ABGB sind nach einem Ergänzungsgesetz von 1871 nur notarielle Urkunden zu verstehen; s. *Klang/Stanzl* (o. Fn. 55) Anm. A und B II 3; *Binder* (o. Fn. 58) Rz. 18.

<sup>70</sup> BGH NJW 1986, 2107 = EwiR 1986 577f. (§ 2301 BGB 1/86) m. Anm. *G. H. Roth*.

<sup>71</sup> *E. Wagner*, Die formlose Abtretung eines Postsparguthaben, NJW 1987, 928-934.

<sup>72</sup> *Erman/Seiler* 10. Aufl. 2000 § 518 BGB Rz. 5.

<sup>73</sup> Einen guten Überblick über die vielfältigen Erscheinungsformen gibt *Ahrens*, Gutscheine, BB 1996, 2477-2481.

sich nicht den eingezahlten Geldbetrag auszahlen lassen, denn der Ausgeber ist keine Bank, sondern will mit zu verkaufender Ware verdienen. Kommt die Schenkung nicht zustande, kann der Gutscheinerwerber gleichfalls nicht die Rückzahlung des eingezahlten Betrages gegen Rückgabe des Gutscheins verlangen.<sup>74</sup> Denn der Kauf war bereits abgeschlossen; und einen zu Geschenkzwecken erworbenen Gegenstand kann ein Käufer ebenfalls nicht wegen eines bloßen Irrtums im Motiv zurückgeben.

## X. Zusammenfassung

1. Verschenkt jemand gleichzeitig einen Kasten Pralinen und einen Scheck, so zeigt sich der rechtliche Unterschied: Die Schenkung der Pralinen ist sogleich mit deren Übereignung vollzogen (§ 518 II BGB). Die Übereignung des Schecks ist hingegen nach heute unbestrittener Ansicht analog § 518 I 2 BGB eine bloße Versprechensschenkungen, die noch ihres künftigen Vollzuges harret. Die Formvorschrift des § 518 I 2 BGB ist *a fortiori* anzuwenden, denn die Ausstellung eines Schecks ist für den Schenker gefährlicher als die Abgabe eines Schuldversprechens (oben VII 1), weil ohne sein weiteres Zutun der Scheckinhaber das Geld in Empfang nehmen kann. Selbst wenn im Geschäftsleben eine Scheckhingabe entgegen § 364 II BGB der Barzahlung gleichgeachtet würde, scheidet eine entsprechende Gleichbehandlung beider im Recht der formbedürftigen Schenkung aus. Schenkungen geschehen auch außerhalb des geschäftlichen Verkehrs. Und [195] die Ausfertigung eines Schecks gewährleistet psychologisch, schon wegen der Möglichkeit, einen Überziehungskredit auszuschöpfen, den Schutz vor Übereilung in weitaus geringerem Maße als die Schenkung von Bargeld, welches kein vorsichtiger Mensch in großen Summen bei sich führt.

2. Das in der Scheckausfertigung enthaltene bloß schriftliche, mangels notarieller Beurkundung formnichtige Schenkungsversprechen wird entgegen ganz herrschender Ansicht auch nicht durch die Einlösung des Schecks geheilt (oben VII). Mit der Einreichung des Schecks bei der bezogenen Bank (oder mit dessen Indossierung) nimmt nämlich ohne weiteren bestätigenden Willensakt des Ausstellers der Schecknehmer die Erfüllung an sich selber vor. Durch eigene Handlungen kann der Empfänger seine unklagbare *causa* aber nicht zur klagbaren verstärken. Der

---

<sup>74</sup> Überzeugend AmtsG Northeim NJW-RR 1989,54.

Bereicherungsanspruch des Ausstellers auf Rückgabe des Schecks (§ 812 I 1 Fall 1 BGB) richtet sich folglich nach dessen Einlösung auf Erstattung des erlösten Betrages (Wertersatz gemäß § 818 II BGB). Das Zufallsergebnis der h. M. beim Wettlauf zwischen Kontosperrung und Scheckeinlösung wird dadurch vermieden.

3. Ließ der Scheckaussteller nach dem Zugang des Konto-Abschlusses einen zur Geltendmachung seines Bereicherungsanspruchs genügenden Zeitraum ungenutzt verstreichen, so kann von seinem stillschweigenden Verzicht (durch formlosen Erlassvertrag, § 397 BGB) ausgegangen werden. Als Anhaltspunkt für die dafür ausreichende Frist wurden die in den AGB der Banken für andere Fälle vorgesehenen 6 Wochen vorgeschlagen (oben VIII 3).

4. Für die schenkweise Abtretung von Sparguthaben und anderen Ansprüchen sollte künftig (wie in Österreich) durch den Gesetzgeber generell die notarielle Beurkundung vorgeschrieben werden, wie sie bei uns bislang in singulärer Weise bloß für Postspareinlagen bestimmt war (oben IX 2).

5. Die schenkweise Zuwendung eines Warengutscheins ist im Hinblick auf den Vollzug der Hingabe einer Sache gleichzuachten (oben IX 3)<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Korrekturnachtrag: Ergänzend hinzuweisen ist noch auf folgende Literatur: Zu Fn. 14: *Holzauer*, Die eigenhändige Unterschrift. Geschichte und Dogmatik des Schriftformerfordernisses im deutschen Recht, 1973; *Dominik Gassen*, Digitale Signaturen in der Praxis: Grundlagen, Sicherheitsfragen und normativer Rahmen, Diss. Köln WS 2001/02. – Zu Fn. 22: *St. Meder*, Die bargeldlose Zahlung. Ein rechtshistorischer Beitrag zur dogmatischen Einordnung des Kreditkartenverfahrens, Frankfurt 1996, 200ff. – *Michael Fischer*, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln/Berlin 2001, geht auf die hier oben I herausgestellten drei Sonderregeln über die Schenkung soweit ersichtlich nicht ein.