



universität  
wien

## DISSERTATION/ DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation/Title of the Doctoral Thesis

DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL UND DER ÜBERGABSVETRAG

verfasst von/ submitted by

MAG. SEBASTIAN HARICH LL.M.

Angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for  
the degree of

DOKTOR DER RECHTSWISSENSCHAFTEN (DR. IUR.)

Wien, 2020/ Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /

A 783 101

degree programme code as it appears on the student record sheet:

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /

Rechtswissenschaften

field of study as it appears on the student record sheet:

Betreuerin/ Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M.



## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis: .....	V
Literaturverzeichnis: .....	VII
Judikaturverzeichnis: .....	XII
1. EINFÜHRUNG .....	1
2. ABSTRACT .....	3
3. DAS WESEN DER SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL .....	5
4. DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL VOR DEM ERBRÄG 2015 .....	9
4.1. VERTRAGSTHEORIE .....	12
4.2. VERMÄCHTNISTHEORIE .....	15
4.3. EIGENER STANDPUNKT .....	17
4.4. ANWENDUNG DES § 1253 AUF DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL .....	20
4.5. DER WIDERRUFSVERZICHT .....	23
4.6. EXKURS: DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL UND DER PFLEGEREGRESS .....	25
5. DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL NACH DEM ERBRÄG 2015 .....	27
5.1. DER GESETZGEBUNGSPROZESS .....	27
5.2. DER MINISTERIALENTWURF .....	29
5.3. SYSTEMATISCHE STELLUNG DER SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL .....	31
5.4. ÜBERGANGSBESTIMMUNGEN .....	31
5.4.1. Wörtliche Interpretation .....	33
5.4.2. Historische Interpretation .....	33
5.4.3. Teleologische Interpretation .....	35
5.4.4. Teleologische Reduktion des § 1503 Abs 7 Z 5 .....	36
5.4.5. Zusammenfassung .....	38
5.5. WEGFALL DER ANGEHÖRIGENSTELLUNG .....	39
5.6. ZWECK DER NOTARIELLEN FORM .....	42

5.6.1.	Übereilungsschutz .....	44
5.6.2.	Belehrungsfunktion.....	46
5.6.3.	Beweisfunktion.....	47
5.6.4.	Gläubigerschutz.....	50
5.6.5.	Zusammenfassung .....	50
6.	ZULÄSSIGKEIT VON BEDINGUNGEN BEI DER SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL.....	52
6.1.1.	Altverträge.....	53
6.1.2.	Neuverträge .....	54
6.2.	EINSCHRÄNKENDE INTERPRETATION UNZULÄSSIGER BEDINGUNGEN.....	56
6.3.	RECHTSFOLGEN UNZULÄSSIGER BEDINGUNGEN .....	59
6.3.1.	Alte Rechtslage.....	59
6.3.2.	Neue Rechtslage .....	61
6.3.3.	Vergleichbarkeit des Widerrufsrechtes nach dem PSG .....	62
6.4.	ZULÄSSIGKEIT VON BEDINGUNGEN IM EINZELNEN.....	64
6.4.1.	Überlebensbedingung .....	64
6.4.2.	Bedingung des Fortbestandes der Ehe.....	64
6.4.3.	Aufhebung wegen Pflegebedürftigkeit.....	68
6.4.4.	Aufhebung wegen Geburt oder Nichtgeburt von Kindern .....	69
7.	ANWENDUNG DES § 749 AUF DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL.....	74
8.	§ 1253 UND DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL.....	77
8.1.1.	Doppelte Schenkung auf den Todesfall .....	78
8.1.2.	Vermögensverminderung des Geschenkgebers .....	80
8.1.3.	Kürzung der Schenkung durch das freie Viertel .....	82
8.1.4.	Rechtspolitische Stellungnahme:.....	86
9.	SONDERPROBLEME DER SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL .....	88
9.1.	VERHÄLTNIS ZU GLÄUBIGERN.....	88
9.1.1.	Schenkungen auf den Todesfall und Überlassung an Zahlungs statt: .....	89

9.1.2.	Die Schenkung auf den Todesfall in der Verlassenschaftsinsolvenz .....	91
9.2.	DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL UND DIE EU-ERBVO .....	91
9.3.	DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL IM GRUNDVERKEHRSRECHT .....	93
9.4.	DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL UND DIE GRUNDERWERBSTEUER: .....	94
10.	ER- UND ABLEBENSVERSICHERUNGEN .....	95
10.1.1.	Formvorschriften einer unwiderruflichen Er- und Ablebensversicherung	95
10.1.2.	Hinzu- und Anrechnung der Lebensversicherung .....	99
11.	DER VERMÄCHTNISVERTRAG .....	104
11.1.1.	Der Vermächtnisvertrag vor dem ErbRÄG .....	104
11.1.2.	Der Vermächtnisvertrag nach dem ErbRÄG 2015 .....	104
12.	DER ÜBERGABSVERTRAG .....	107
12.1.	ZURÜCKBEHALTENE RECHTE .....	110
12.1.1.	WOHNUNGSGEBRAUCHSRECHT .....	110
12.1.2.	WOHNUNGSFRUCHTGENUSSRECHT .....	111
12.1.3.	BELASTUNGS- UND VERÄUSSERUNGSVERBOT .....	113
12.1.4.	AUSGEDINGE/REALLAST .....	115
12.2.	STEUERRECHTLICHE BEHANDLUNG VON GEGENLEISTUNGEN .....	116
12.3.	BESONDERHEITEN DES BÄUERLICHEN ÜBERGABSVERTRAGES: .....	117
12.3.1.	DAS ANERBENRECHT .....	118
12.3.2.	ANALOGE ANWENDUNG DES ANERBG BEI HOFÜBERGABE ZU LEBZEITEN .....	121
13.	FORMERFORDERNISSE DES ÜBERGABSVERTRAGES .....	122
13.1.	GEGENSTAND DER „WIRKLICHEN ÜBERGABE“ .....	123
13.1.1.	BEGRIFFSGESCHICHTE .....	124
13.1.2.	BESITZKONSTITUT .....	126
13.1.3.	GEMEINSAME GEWAHRSAME .....	129
13.2.	HEILUNG DURCH VERBÜCHERUNG NACH § 1432 ABGB .....	131

13.3.	ZUSAMMENFASSUNG DER LITERATURMEINUNGEN:.....	137
13.4.	AUSGEWÄHLTE FÄLLE AUS DER RSP.....	138
13.4.1.	ÜBERTRAGUNG DER HÄLFTE EINES WERTPAPIERDEPOTS DURCH MITINHABERSCHAFT .....	138
13.4.2.	ENTSCHEIDUNGEN ZUR WIRKLICHEN ÜBERGABE IN VERFAHREN MIT UNBESCHRÄNKTER KOGNITIONSBEFUGNIS.....	143
13.4.3.	VERBÜCHERUNG VON SCHENKUNGSVERTRÄGEN MIT NUTZUNGSRECHTEN .....	147
13.5.	EXKURS: LÖSCHUNGSKLAGE.....	150
13.6.	EXKURS: PRÜFPFLICHT DES GRUNDBUCHSFÜHRERS UND MATERIELLES PUBLIZITÄTSPRINZIP.....	152
14.	ZUSAMMENFASSUNG UND EIGENE ANSICHT.....	155
14.1.1.	DREIGLIEDRIGER EIGENTUMSERWERB.....	155
14.1.2.	ZWEIGLIEDRIGER EIGENTUMSERWERB.....	157
14.1.3.	EIGENE ANSICHT .....	158
15.	FOLGEN EINES NICHTIGEN ÜBERGABSVERTRAGES.....	159
15.1.	ANFECHTUNGSBERECHTIGTE.....	159
15.2.	GESAMT- ODER TEILNICHTIGKEIT .....	161
15.3.	HAFTUNG DES VERTRAGSERRICHTERS.....	163
16.	HEILUNG DER FORMNICHTIGKEIT.....	166
16.1.	SOLENNISIERUNG NACH § 54 NO .....	166
16.2.	NACHTRÄGLICHE TATSÄCHLICHE ÜBERGABE .....	167
16.3.	GESONDERTE AUFSANDUNG.....	168
17.	ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE .....	169

## Abkürzungsverzeichnis:

Abs	Absatz
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
aF	alte Fassung
AfA	Absetzung für Abnützung
AnerbG	Anerbengesetz
AußStrG	Außerstreitgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
dh	das heißt
dt	deutsch
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EheG	Ehegesetz
EO	Exekutionsordnung
ErbRÄG	Erbrechtsänderungsgesetz
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EStR	Einkommensteuerrichtlinien
FBG	Firmenbuchgesetz
GGG	Gerichtsgebührengesetz
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
hM	herrschende Meinung
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
IO	Insolvenzordnung
iS	Im Sinne
iHv	in Höhe von
iVm	in Verbindung mit
JB1	Juristische Blätter
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
KBB	<i>Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>3</sup> (2010)</i>
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen

VI

NO	Notariatsordnung
NotAkteG	Notariatsaktsgesetz
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
Oö. GVG	Oberösterreichisches Grundverkehrsgesetz
OR	Obligationenrecht
PSG	Privatstiftungsgesetz
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
stRsp	ständige Rechtsprechung
ZPO	Zivilprozessordnung

## Literaturverzeichnis:

1. *Arnold*, Kommentar zum PSG<sup>3</sup> (2013).
2. *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015 (2015).
3. *Benke/Meissel*, römisches Schuldrecht<sup>7</sup> (2006).
4. *Bittner*, Der Mythos von der wirklichen Übergabe von Liegenschaften, in Hofmeister-GedS (1996).
5. *Bittner*, Neuere Entwicklungen im Grundbuchsrecht, NZ 2102, 225.
6. *Blümel*, ErbRÄG 2015 – Die Schenkung auf den Todesfall, ZAK 2016/494.
7. *Bonimaier*, Erb- und Pflichtteilsverzichte bei Anwendung der EuErbVO, NZ 2016, 321.
8. *F. Bydlinsky*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005).
9. *P. Bydlinski*, Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§ 1 Abs 1 lit d NZwG), NZ 1991, 166.
10. *Christandl/Nemeth*, Das neue Erbrecht – ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016, 1.
11. *Cohen*, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2018).
12. *Cohen*, Drittbegünstigung auf den Todesfall (2016).
13. *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998).
14. *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft<sup>7</sup> (2003).
15. *Deixler-Hübner/Schauer*, EuErbVO-Kommentar<sup>2</sup> (2020).
16. *Doralt*, Steuerrecht 2015/16 (2015).
17. *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht (2013).
18. *Eccher*, Die österreichische Erbrechtsreform (2016).
19. *Eccher*, Erbrecht<sup>4</sup> (2010).
20. *Eccher/Umlauft*, Erbrecht<sup>7</sup> (2020).
21. *Eccher*, Antizipierte Erbfolge (1980).
22. *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup>, 158 ff.
23. *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Auflage, II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse (1928).
24. *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht (2007).
25. *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> (2020).
26. *Fischer-Czermak*, Verträge auf den Todesfall, EF-Z 2016, 228.

27. *Fischer-Czermak*, Verträge auf den Todesfall zwischen Ehegatten und Scheidung, NZ 2001, 3.
28. *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2018).
29. *Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden (2018).
30. *Fucik/Mondel*, Verlassenschaftsverfahren<sup>2</sup> (2016).
31. *Giller/Binder*, Die wirkliche Übergabe geschenkter Liegenschaften – steht eine Judikaturwende bevor? Teil 1, EF-Z 2015, 105.
32. *Giller/Binder*, Die wirkliche Übergabe geschenkter Liegenschaften – steht eine Judikaturwende bevor? Teil 2, EF-Z 2015, 153.
33. *Graf*, Im Hinblick auf den Fortbestand der Ehe gemachte Schenkung – Ist das Recht zum Widerruf vererblich? NZ 2007, 321.
34. *Gruber*, Studien zur Teleologie der notariellen Form in *Rechberger* (Hrsg) Formpflicht und Gestaltungsfreiheit, Schriftenreihe des Österreichischen Notariats, Band 20 (2002), 55 (65).
35. *Hausmaninger/Selb*, römisches Privatrecht<sup>9</sup> (2001).
36. *Hofmann*, Die Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2014, 1.
37. *Hoyer*, Urkundlicher Nachweis der wirklichen Übergabe und des Verwandtschaftsverhältnisses; Gesuchsverbesserung in II. Instanz, NZ 2016/43.
38. *Iro/Riss*, Sachenrecht<sup>7</sup> (2019).
39. *B. Jud*, Die bedingte Schenkung auf den Todesfall, NZ 2004, 321.
40. *B. Jud*, Schenkung auf den Todesfall und Berechnung des "freien Viertels" beim Erbvertrag, NZ 1999, 268.
41. *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017).
42. *Kaser*, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt (1971).
43. *Kaser/Knütel*, römisches Privatrecht<sup>20</sup> (2014).
44. *Kathrein*, Das neue Erbrecht, EF-Z 2016, 4.
45. *Karollus*, Praxisfragen der Vertragsauslegung, AnwBl 1996, 818.
46. *Keinert*, Die Schenkung auf den Todesfall (2015).
47. *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall im ErbRÄG 2015, JEV 2016, 18.
48. *Kerschner*, Familienrecht<sup>4</sup> (2010).
49. *Kogler*, Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen des neuen Erbrechts, EF-Z 2016, 60.
50. *Kohl*, Bundestagsrede vom 1. Juni 1995 zur Geschichte der Vertreibung, Plenarprotokoll 13/41 vom 01.06.1995, S. 03183.

51. Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 956 (Stand 1.4.2016, rdb.at), Rz 10.
52. Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007).
53. Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020).
54. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> (2006).
55. N. Krausler, Die Schenkungsanrechnung (2019).
56. Leipold, Erbrecht<sup>20</sup> (2014).
57. Liedermann, Die „wirkliche“ Übergabe im Schenkungsrecht, NZ 2011, 321.
58. Mayer-Maly, Über die Teilnichtigkeit, in Gschnitzer-GedS (1969).
59. Marietta Mayr, Veräußerungs- und Belastungsverbot (2018).
60. Mondel, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> (2013).
61. Neschwara, Geschichte des österreichischen Notariates II/1 (2017).
62. NomosKommentar-BGB<sup>4</sup> V (2014).
63. Oberhumer, Die Schenkung auf den Todesfall – kein Zwitter, NZ 2008, 129.
64. Parapatits, Der Vertrag zugunsten Dritter (2011).
65. Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>5</sup> (2016).
66. Rabl, Die Schenkung auf den Todesfall im Pflichtteilsrecht, NZ 2005, 129.
67. Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321.
68. Rabl, Schenkungen im gemeinsamen Haushalt, NZ 2015, 169.
69. Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015).
70. Rassi, Grundbuchsrecht<sup>9</sup> (2019).
71. Rechberger/Bittner, Grundbuchrecht<sup>2</sup> (2007).
72. Reckenzaun, Wann ist der überschuldete Nachlass ein Fall für den Masseverwalter? NZ 2007, 97.
73. Rixecker/Säcker (Hrsg), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX<sup>5</sup> (2010).
74. Rudolf, Europäisches Kollisionsrecht für vertragliche Schuldverhältnisse – Rom I-VO ÖJZ, 149.
75. Rüger, Die *donatio mortis causa* im klassischen römischen Recht (2010).
76. Rummel, Schenkung unter Ehegatten und Scheidung, JBI 1976, 626.
77. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7.
78. Schauer, Das neue Erbrecht , ÖJZ 2017/7,
79. Scheuba, Generationenübergreifender Vermögenstransfer jenseits des Erbrechts, in Festschrift 200 Jahre ABGB, 1409.
80. Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB<sup>2</sup> (1997).
81. Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB<sup>4</sup> (2013).

82. *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 4<sup>5</sup> (2018).
83. *Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> (2015).
84. *Schauer*, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personenhandelsgesellschaften (1999).
85. *Schweda*, Das Verlassenschaftsinventar II, EF-Z 2016, 247.
86. *Till*, Analoge Anwendung des außerordentlichen Erbrechts – Vertragsabschluss als Indiz für das Vorliegen eines besonderen Naheverhältnisses, iFamZ 2016, 32.
87. *A Tschugguel*, Neues zur Form letztwilliger Verfügungen, EF-Z 2016, 172.
88. *Umlauft*, Die Anwendung des § 1253 ABGB auf die Schenkung auf den Todesfall, EF-Z 2017, 4.
89. *Umlauft*, Zur Frage der Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten, NZ 1985, 222.
90. *Umlauft*, Zwei wichtige Themen für die anstehende Erbrechtsreform, NZ 2012, 7.
91. *Verweijen*, Verlassenschaftsverfahren<sup>2</sup> (2018).
92. *Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht (1999).
93. *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2014).
94. *Wall*, Das Valutaverhältnis des Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall – ein Forderungsvermächtnis (2009).
95. *Welser*, Neue Rechenaufgaben vom Gesetzgeber -Bemerkungen zu den erbrechtlichen Bestimmungen des BG vom 15. 6. 1978, BGBl 1978/280, NZ 1978, 161.
96. *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, NZ 2012, 1.
97. *Welser*, Erbrechtsreform, 17. ÖJT, II/1, 33f.
98. *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> (2018).
99. *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015).
100. *Welser*, Zivilrechtliche Formgebote und Notariatsakt in Rechberger (Hrsg) Formpflicht und Gestaltungsfreiheit, Schriftenreihe des Österreichischen Notariats, Band 20 (2002).
101. *Welser*, Schenkung auf den Todesfall Widerrufsverzicht und Bedingungen, NZ 2005, 161.
102. *Welser*, Erbrecht (2019).
103. *Wendehorst* Stellungnahme MEntw Nr 39, 4.
104. *Zank*, Die Lebensversicherung im Pflichtteilsrecht, NZ 1989,1.

105. *Zankl*, Schenkung auf den Todesfall, Vermächtnisvertrag und „reines Viertel“, NZ 1997,311.
106. *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erblände der Österreichischen Monarchie, III/1 (1812).

Judikaturverzeichnis:

1. OGH 20. 6. 1899, Nr 20 GIUNF 650 = JB 142.
2. OGH 30.03.1938, 3 Ob 186/38 = SZ 20/92.
3. OGH 09.08.1960, 3 Ob 247/60.
4. OGH 20.10.1964, 4 Ob 558/64 = EvBl 1965/126.
5. OGH 16.09.1971, 1 Ob 198/71 = SZ 44/137.
6. OGH 07.03.1974, 6 Ob 6/74 = SZ 47/27.
7. OGH 01.06.1976, 5 Ob 588/76 = SZ 49/75.
8. OGH 13.02.1979, 5 Ob 505/79 = EFSlg 33.667.
9. OGH 26.06.1980, 7 Ob 615/80 = NZ 1981, 36 = JBl 1981, 593.
10. OGH 10.05.1984, 8 Ob 569/83 (8 Ob 570/83).
11. OGH 11.11.1984, 7 Ob 644/84.
12. OGH 15.01.1986, 1 Ob 726/85.
13. OGH 15.01.1986, 1 Ob 726/85 = SZ 59/9 = NZ 1986,210 (Czermak).
14. OGH 19.11.1986, 8 Ob 527/86 in RIS-Justiz E10068 = NZ 1988, 42 (Findeis) = ÖJZ 1987/198 (EvBl).
15. OGH 21.12.1987, 7 Ob 724/87 in RIS-Justiz E13024; OGH 25.08.1992, 1 Ob 586/92 in RIS-Justiz E30679 = NRsp 1993/1 = NRsp 1993/14 = Jus-Extra OGH-Z 1271 = EFSlg 69.004 = EFSlg 69.009 = EFSlg 69.012 = EFSlg 69.013 = EFSlg 70.467 = SZ 65/113.
16. OGH 26.04.1988, 10 Obs 81/88 = SZ 61/104 = SSV-NF 2/45.
17. OGH 28.08.1991, 3 Ob 527/91.
18. OGH 23.10.1991, 3 Ob 575/91.
19. OGH 27.11.1991, 2 Ob 587/91.
20. OGH 25.08.1992, 1 Ob 586/92 = NRsp 1993/1 = NRsp 1993/14 = Jus-Extra OGH-Z 1271 = EFSlg 69.004 = EFSlg 69.009 = EFSlg 69.012 = EFSlg 69.013 = EFSlg 70.467 = SZ 65/113.
21. OGH 15.12.1992, 1 Ob 619/92 = NZ 1993,103 = JBl 1993,658 = EFSlg 69.078(2).
22. OGH 15.12.1992, 1 Ob 652/92 = EFSlg 68.982 = EFSlg 69.869 = NZ 1996,88.
23. OGH 14.07.1994, 8 Ob 530/94.
24. OGH 13.12.1994, 5 Ob 141/94.
25. OGH 04.06.1997, 7 Ob 2373/96 p; OGH 27.06.2001, 9 Ob 98/01 d in RIS-Justiz E55393 = NZ 2000, 170 (Zankl) = SZ 69/108 = ÖJZ 2000/50 (EvBl) = EFSlg 89.985.
26. OGH 10.06.1997, 4 Ob 136/97x.
27. OGH 26.11.1997, 9 ObA 2264/96y.

28. OGH 20.10.1999, 5 Ob 266/99 z = RdW 2000,344 = ecolex 2000,354 (Wilhelm) = MietSlg 51.098 (Hoyer,145) = wobl 2001,271 = RZ 2019,62 EÜ36 – RZ 2019 EÜ36.
29. OGH 07. 04. 2000, 7 Ob 56/00m.
30. OGH 13.07.2000, 6 Ob 181/00m.
31. OGH 27.06.2001, 9 Ob 98/01 d in RIS-Justiz E55393 = NZ 2000, 170 (Zankl) = SZ 69/108 = ÖJZ 2000/50 (EvBl) = EFSlg 89.985.
32. OGH 06.12.2001, 2 Ob 274/01k = ecolex 2002,347 = NZ 2002,210 = JBI 2002,451 (Wagner) = NZ 2003,23 = EFSlg 96.869 = EFSlg 96.870 = EFSlg 96.871 = EFSlg 96.872 = Ortner, JAP 2004/2005/40 S 191.
33. OGH 18.04.2002, 6 Ob 37/02 p = ecolex 2002,508 = EFSlg 100.580 = EFSlg 100.581 = EFSlg 100.592 = EFSlg 100.593 = EFSlg 100.594 = EFSlg 101.074 = EFSlg 101.075 = EFSlg 101.162 = EFSlg 101.163 = EFSlg 101.167 = EFSlg 101.262 = EFSlg 102.998 = ZLB 2012/74 S 117 – ZLB 2012,117.
34. OGH 19.09.2002, 3 Ob 35/02 x = RdW 2003,257 = EFSlg 104.670.
35. OGH 24.04.2003, 6 Ob 53/03t.
36. OGH 02.02.2005, 9 Ob 149/04 h ÖJZ-LSK 2005/138 = ÖJZ-LSK 2005/139 = EvBl 2005/133 S 633 – EvBl 2005,633 = Jus-Extra OGH-Z 3943 = ecolex 2005,687 = SZ 2005/12 = MietSlg 57.109 = MietSlg 57.213 = NZ 2006,340 = Giller/Binder, EF Z 2015/58 S 105 – Giller/Binder, EF Z 2015,105 = Giller/Binder, EF Z 2015/86 S 153 – Giller/Binder, EF Z 2015,153.
37. OGH 31.08.2005, 7 Ob 188/05f = Zak 2005/56 S 36 – Zak 2005,36 = EFSlg 111.088.
38. OGH 03.08.2006, 8 Ob 107/05 a.
39. OGH 16.04.2009, 6 Ob 287/08m.
40. OGH 07.05.2008, 9 Ob 8/07 b = EF-Z 2008/88 S 146 – EF-Z 2008,146 = ecolex 2008/261 S 731 – ecolex 2008,731 = iFamZ 2008/129 S 258 – iFamZ 2008,258 = EFSlg 119.875 = EFSlg 119.960 = MietSlg 60.009 = MietSlg 60.102 = MietSlg 60.113.
41. OGH 15.12.2008, 4 Ob 197/08m.
42. OGH 07.07.2011, 5 Ob 245/10f = EF-Z 2012/51 = Zak 2011/581 S 314 – Zak 2011,314 = Jus-Extra OGH-Z 5020 = EvBl-LS 2011/170 = NZ 2011/112 S 339 – NZ 2011,339 = JBI 2012,47 = ecolex 2012/54 S 137 – ecolex 2012,137 = EF-Z 2012/51 S 84 – EF-Z 2012,84 = EFSlg 130.988 = EFSlg 131.028 = SZ 2011/88.
43. OGH 09.08.2011, 17 Ob 11/11h = MR 2011,379 = ecolex 2012/196 S 472 – ecolex 2012,472 = RZ 2012,66 EÜ33 – RZ 2012 EÜ33 = SZ 2011/105 – Taxikomm/Teletaxi.
44. OGH 19.04.2012, 6 Ob 140/11 y = Zak 2012/592 S 313 – Zak 2012,313 = EFSlg 134.684 = EFSlg 134.699 = EFSlg 134.700 = EFSlg 135.027.

45. OGH 28.11.2012, 4 Ob 189/12 s = immolex-LS 2013/18 = NZ 2013/46 S 111 – NZ 2013,111 = MietSlg 64.132.
46. OGH 23.01.2014, 1 Ob 232/13 v = Zak 2014/209 S 115 – Zak 2014,115 = EF-Z 2014/85 S 134 – EF-Z 2014,134 = MietSlg 66.673 = EFSlg 142.406.
47. OGH 21.01.2014, 5Ob235/13i = wobl 2015,53/21 – wobl 2015/21 = MietSlg 66.134 = MietSlg 66.254
48. OGH 04.09.2014, 5 Ob 39/14 † = immolex LS 2015/9 = Zak 2015/23 S 17 – Zak 2015,17 = RZ 2015,41 EÜ15 – RZ 2015 EÜ15 = EvBl 2015/29 S 219 – EvBl 2015,219 = NZ 2015/97 S 306 – NZ 2015,306 = MietSlg 66.138 = SZ 2014/75.
49. OGH 15.05.2014, 6Ob168/13v = EvBl LS 2014/119 = JEV 2014,109/5 – JEV 2014/5 = Zak 2014/464 S 254 – Zak 2014,254 = ZIK 2014/268 S 183 – ZIK 2014,183 = EF Z 2014/137 S 223 (Tschugguel) – EF Z 2014,223 (Tschugguel) = iFamZ 2014/195 S 273 – iFamZ 2014,273 = JBI 2014,741 = NZ 2014/139 S 378 – NZ 2014,378.
50. OGH 11.09.2014, 2 Ob 39/14 w = JEV 2014,146/11 – JEV 2014/11 = JBI 2014,795 = EvBl-LS 2015/3 = Zak 2014/786 S 415 – Zak 2014,415 = NZ 2015/6 S 20 (Battlogg) – NZ 2015,20 (Battlogg) = Jus-Extra OGH-Z 5704 = EF-Z 2015/26 S 38 (Tschugguel) – EF-Z 2015,38 (Tschugguel) = iFamZ 2015/36 S 39 (Mondel) – iFamZ 2015,39 (Mondel) = ecolex 2015/97 S 273 (Schoditsch) – ecolex 2015,273 (Schoditsch).
51. OGH 02.10.2014, 2 Ob 94/14h = Zak 2014/824 S 435 – Zak 2014,435 = MietSlg 66.136.
52. OGH 21.10.2014, 4 Ob 166/14m.
53. OGH 16.12.2014, 5 Ob 192/14† = Zak 2015/233 S 134 – Zak 2015,134 = ZLB 2015/35 S 77 – ZLB 2015,77 = NZ 2015/135 S 414 – NZ 2015,414.
54. OGH 24.03.2015; 5 Ob 227/14l = Zak 2015/491 S 274 – Zak 2015,274 = EvBl-LS 2015/126 = RdW 2015/480 S 555 – RdW 2015,555 = wobl 2015,326/136 (Bittner) – wobl 2015/136 (Bittner) = AnwBl 2015,515 = ecolex 2015/318 S 764 – ecolex 2015,764.
55. OGH 19.06.2015, 5 Ob 82/15 † = Zak 2015/594 S 335 – Zak 2015,335 = immolex-LS 2015/67 = RZ 2015,269 EÜ191 – RZ 2015 EÜ191 = ecolex 2015/452 S 1051 (Benes) – ecolex 2015,1051 (Benes) = ecolex 2016/39 S 122 (Fritzer) – ecolex 2016,122 (Fritzer) = NZ 2016/43 S 133 (Hoyer) – NZ 2016,133 (Hoyer) = wobl 2016,239/88 – wobl 2016/88.
56. OGH 06.08.2015, 2 Ob 125/15v.

57. OGH 25.09.2015, 5 Ob 172/15 b = Zak 2016/22 S 16 – Zak 2016,16 = immolex 2016/20 S 58 (Cerha) – immolex 2016,58 (Cerha) = NZ 2016/99 S 293 – NZ 2016,293.
58. OGH 30.10.2015, 5 Ob 167/15t = Zak 2016/21 S 15 – Zak 2016,15 = NZ 2016/84 S 253 – NZ 2016,253.
59. OGH 30.10.2015, 5 Ob 181/15a = wobI 2017,28/11 – wobI 2017/11.
60. OGH 30.10.2015, 5 Ob 184/15t = EvBI-LS 2016/11 = Jus-Extra OGH-Z 5911.
61. OGH 18.05.2016, 5 Ob 76/16m = Zak 2016/399 S 214 – Zak 2016,214 = bbl 2016,211/201 – bbl 2016/201.
62. OGH 25.01.2016, 5 Ob 172/15 b = Zak 2016/98 S 53 – Zak 2016,53 = Jus-Extra OGH-Z 6000.
63. OGH 12.04.2016, 2 Ob 68/15m = Zak 2016/511 S 274 – Zak 2016,274 = EF-Z 2016/127 S 266 – EF-Z 2016,266.
64. OGH 29.09.2016, 2 Ob 220/15 i = Zak 2016/736 S 395 – Zak 2016,395 = JEV 2016,202/18 – JEV 2016/18 = NZ 2016/165 S 459 – NZ 2016,459 = EF-Z 2017/21 S 41 (Tschugguel) – EF-Z 2017,41 (Tschugguel) = iFamZ 2017/28 S 55 (Mondel) – iFamZ 2017,55 (Mondel).
65. OGH 20.12.2016, 1 Ob 229/16g = NZ 2017/42 S 110 – NZ 2017,110 = ecolex 2017/249 S 652 – ecolex 2017,652.
66. OGH 26.09.2017, 5Ob142/17v.
67. OGH 28.09.2017, 2 Ob 229/16 = ZfRV LS 2017/57 = Zak 2017/752 S 439 – Zak 2017,439 = EF Z 2018/20 S 35 – EF Z 2018,35 = iFamZ 2018/29 S 34 – iFamZ 2018,34.
68. OGH 23.10.2017, 5 Ob 156/17 b = immolex 2018/104 S 301 (Cerha) – immolex 2018,301 (Cerha).
69. OGH 25.10.2017, 1 Ob 177/17m = JBI 2018,59 = Zak 2018/87 S 56 – Zak 2018,56 = EvBI-LS 2018/50 = NZ 2018/95 S 294 – NZ 2018,294.
70. OGH 21.12.2017, 5 Ob 209/17x = Zak 2018/161 S 91 – Zak 2018,91 = ÖBA 2018,519/2480 – ÖBA 2018/2480 = NZ 2018/96 S 295 (Spielmann) – NZ 2018,295 (Spielmann).
71. OGH 25.04. 2018, 3 Ob 24/18b.
72. OGH 03.05.2018, 2 Ob 122/17f = Zak 2018/399 S 216 – Zak 2018,216 = ÖBA 2018,657/2498 – ÖBA 2018/2498 = Jus-Extra OGH-Z 6416 = NZ 2018/115 S 351 – NZ 2018,351 = AnwBI 2018/231 S 653 – AnwBI 2018,653 = EF Z 2018/112 S 233 (Tschugguel) – EF Z 2018,233 (Tschugguel) = JBI 2018,713 = Eliskases, ZFR 2018/258 S 549 – Eliskases, ZFR 2018,549 = ZFR 2018/266 S 569 – ZFR 2018,569 = EvBI 2019/15 S 119

(Parapatits) – EvBl 2019,119 (Parapatits) = RZ 2019,15 EÜ4 – RZ 2019 EÜ4 = Mayr, JAP 2018/2019/19 S 169 – Mayr, JAP 2018/2019,169 = Angyan/Pehm, ÖJZ 2019/73 S 615 – Angyan/Pehm, ÖJZ 2019,615.

73. OGH 24.10.2018, 8 ObA 59/18m.

74. OGH 17. 12. 2018, 2 Ob 75/18w = NZ 2019/58.

75. OGH 30.10.2018, 2 Ob 13/18 b = Zak 2018/818 S 438 – Zak 2018,438 = NZ 2019/6 S 22 – NZ 2019,22 = Zfs 2018,141 = PSR 2018/44 S 185 – PSR 2018,185 = EvBl LS 2019/37 = ÖBl LS 2019/8 (Eiselsberg/Schlager) = EF Z 2019/49 S 81 (Tschugguel) – EF Z 2019,81 (Tschugguel) = AnwBl 2019/64 S 128 – AnwBl 2019,128 = PSR 2019/4 S 18 (Gruber/Hartlieb, Judikaturübersicht) – PSR 2019,18 (Gruber/Hartlieb, Judikaturübersicht) = JEV 2019,33/4 – JEV 2019/4 = Dollenz, PSR 2019/24 S 118 – Dollenz, PSR 2019,118.

76. OGH 25.07.2019, 2 Ob 15/19y.

77. OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v.

78. BGH IV ZR 73/08 NJW 2010, 3232 (Kessler) = RNotZ 2010, 405 (Worm) = ZEV 2010, 305 (F. Wall).





# 1. EINFÜHRUNG

Sowohl die Schenkung auf den Todesfall als auch der Übergabsvertrag stellen wichtige Elemente der vorweggenommenen Erbfolge dar. In beiden Verträgen verspricht der Geschenkgeber bereits zu seinen Lebzeiten eine Leistung, welche jedoch erst nach seinem Tod real wirksam sein soll. Während bei der Schenkung auf den Todesfall das Eigentum jedoch vorerst beim Geschenkgeber verbleibt und lediglich mit dem Tod des Geschenkgebers übergehen soll, wird beim Übergabsvertrag sofort das Eigentum an der Sache übertragen, dem Geschenkgeber aber ein mehr oder weniger weitreichendes Nutzungsrecht eingeräumt. In beiden Vertragstypen soll der Geschenknehmer aber eine gesicherte Rechtsposition erhalten.

Gemeinsam ist beiden Verträgen außerdem, dass es keine wirkliche Übergabe im Sinne des § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG gibt. Bei der Schenkung auf den Todesfall sieht sogar das Gesetz in § 603 explizit das Formerfordernis eines Notariatsaktes vor. Die Ähnlichkeit der beiden Vertragstypen hat auch seit jeher zu Problemen bei der Einordnung der Schenkung auf den Todesfall geführt.<sup>1</sup> Sie kann einerseits, da sie erst nach dem Tod des Geschenkgebers Wirksamkeit entfaltet, als Rechtsgeschäft von Todes wegen gesehen werden, aber andererseits auch als Vertrag unter Lebenden, dessen Erfüllung durch den Tod des Geschenkgebers aufschiebend befristet ist.<sup>2</sup> Im Zuge des ErbRÄG 2015<sup>3</sup> kam es zu einer grundlegenden Reform der Schenkung auf den Todesfall, welche im Zuge dieser Arbeit dargestellt werden soll. Insbesondere stellt sich die Frage, inwieweit Bedingungen nach der neuen Rechtslage zulässig sind, wie das freie Viertel zu behandeln ist und welchen Regelungen Er- und Ablebensversicherungen unterliegen.

---

<sup>1</sup> Zur strittigen Rechtsnatur der Schenkung auf den Todesfall siehe auch *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht III<sup>14</sup> (2015), RZ 2270.

<sup>2</sup> Zur Problematik der vom Gesetzgeber getroffenen Einordnung der Schenkung auf den Todesfall vgl *Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), *Erbrecht*<sup>2</sup> (2020), Rz 9.5.

<sup>3</sup> Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Anerbengesetz, das Außerstreitgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtskommissärsengesetz, das Gerichtskommissionstarifgesetz, das allgemeine Grundbuchgesetz 1955, das IPR-Gesetz, die Jurisdiktionsnorm, das Kärntner Erbhöfegesetz 1990, die Notariatsordnung, das Rechtspflegengesetz, das Tiroler Höfegesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 2002 und die Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geändert werden (Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015) BGBl I Nr. 87/2015.

Hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit des Geschenkgebers erscheinen die Schenkung auf den Todesfall und der Übergabsvertrag gleich problematisch, da er in beiden Fällen den Vermögensverlust erst später spürt. Allerdings verliert der Übergeber sofort sein Eigentum, während der Geschenkgeber auf den Todesfall nur nicht mehr darüber verfügen darf. Dies lässt den Übergeber sogar noch schutzwürdiger erscheinen. Dennoch war das Schutzniveau des Geschenkgebers im Falle einer Übergabe lange Zeit geringer ausgestaltet als bei der Schenkung auf den Todesfall, da angenommen wurde, die Verbücherung des Schenkungsvertrages heile dessen Formnichtigkeit nach § 1432. Dies wird auch heute teilweise noch so vertreten.<sup>4</sup> Tatsächlich muss aber das Schutzniveau beider Verträge gleich hoch sein, was sich grundsätzlich auch aus § 1 Abs 1 lit d NotAkteG und § 602 ableiten lässt. Dies wird mittlerweile auch teilweise in der Rechtsprechung so gesehen. Im Zuge dieser Arbeit soll daher neben einem Überblick über die Reform der Schenkung auf den Todesfall auch die jüngste Lehre und Rechtsprechung zu den Formgeboten des Übergabsvertrages gegeben werden. Wie sich zeigen wird, sind die Formerfordernisse, insbesondere das Erfordernis eines Notariatsaktes, in beiden Fällen gleich streng. Anschließend soll die Frage der Rechtsfolgen eines formungültigen Übergabsvertrages behandelt werden.

---

<sup>4</sup> So etwa *Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden (2018); *Liedermann*, Die „wirkliche“ Übergabe im Schenkungsrecht, NZ 2011, 321 mwN.

## 2. ABSTRACT

The gift upon death and the donation under the reservation of certain servitudes (hereinafter *Übergabsvertrag*) constitute important elements of anticipated succession. In both contracts the donor promises certain benefits whilst living, that shall be overhanded after his death. Whereas the property remains with the donor until his death in the gift upon death, the property is transferred immediately in the *Übergabsvertrag*. However, in an *Übergabsvertrag* the donor is granted with certain rights of use. Both contracts have in common, that the recipient has legal certainty that he will sooner or later receive the gift.

What is also common to both contracts is that there is no real handover within the meaning of Paragraph 1 (1) lit d NotAkteG. In the case of the gift upon death, even the law in Section 603 explicitly provides for the formal requirement of a notarial act. The similarity of the two types of contract has always led to problems in the classification of the gift upon death. On the one hand, since it only develops effects after the death of the donor, it can be seen as a legal transaction by death, but on the other hand it can also be seen as a contract among living, the fulfilment of which is suspended by the death of the donor. In the course of the ErbRÄG 2015 there was a fundamental reform of the donation upon death, which is to be presented in the course of this work. In particular, the question arises as to the extent to which conditions are permissible under the new legal situation, how the free quarter is to be treated and what rules are subject to life insurance.

With regard to the need for protection of the donor, the gift on the death and the *Übergabsvertrag* appear equally problematic, since in both cases he only feels the loss of assets later. However, in an *Übergabsvertrag* the donor immediately loses his property, while the donor of the gift upon death only loses his right to dispose over the donated asset in the event of death. This makes the transferor of an *Übergabsvertrag* seem even more worthy of protection. Nevertheless, in the event of an *Übergabsvertrag*, the level of protection of the donor was for a long time less than in the case of the gift upon death, since it was assumed that the registration of the donation into the land register would void its nullity in form in accordance with § 1432. This is still partly the case today. In fact, however, the level of protection of both contracts must be the same, which can in principle also be inferred from § 1

(1) lit d NotAkteG and § 602. This is now also seen in part in the case-law of the Supreme Court of Austria. In the course of this work, therefore, in addition to an overview of the reform of the gift upon death, the latest teaching and jurisprudence on the formal bids of the *Übergabsvertrag* is to be given. As will be seen, the formal requirements, in particular the requirement of a notarial act, are equally strict in both cases. The question of the legal consequences of an invalid transfer agreement will then be dealt at last.

### 3. DAS WESEN DER SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL

Unabhängig davon, ob man die Schenkung auf den Todesfall nach dem aktuellen oder dem Recht vor dem ErbRÄG 2015 betrachtet, kommen dieser bestimmte Alleinstellungsmerkmale zu, welche sie von anderen Rechtsformen unterscheiden und ihr so ihr wesentliches Erscheinungsbild geben.

Die Schenkung auf den Todesfall ist eine Schenkung, deren Erfüllung mit dem Tod des Geschenkgebers terminisiert ist.<sup>5</sup> Als Vertrag zählt sie zu den Rechtsgeschäften auf den Todesfall.<sup>6</sup> Dabei nimmt sie nach der hM eine Mittelstellung zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und von Todes wegen ein.<sup>7</sup> Somit steht die Schenkung auf den Todesfall in einem Spannungsverhältnis zwischen Schenkungsvertrag, Erbvertrag, Vermächtnisvertrag und Vermächtnis.

§ 956 ABGB aF zeigte dabei besonders deutlich, dass die Schenkung auf den Todesfall sowohl Anteile des Vertragsrechtes als auch des Erbrechtes beinhaltet.<sup>8</sup> Dabei wiesen die unwiderrufliche Verpflichtung des Geschenkgebers und das ausdrückliche Abstellen des Gesetzgebers auf eine Annahme durch den Geschenknehmer eine Nähe zum Rechtsgeschäft unter Lebenden auf. Andererseits soll die Schenkung auf den Todesfall ihre Wirkung erst nach dem Tod des Geschenkgebers entfalten, was grundsätzlich für ein Rechtsgeschäft von Todes wegen spricht.<sup>9</sup> Diese Zwischenstellung geht bereits auf die im römischen Recht geltende *donatio mortis causa*, dem Vorläufer der heutigen Schenkung auf den Todesfall, zurück.<sup>10</sup> Sie hat ihren Ursprung in der fehlenden Einteilung der Rechtsgeschäfte im römischen Recht.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2269.

<sup>6</sup> Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 9.1.

<sup>7</sup> Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> §956, Rz 2. Oberhumer, Die Schenkung auf den Todesfall – kein Zwitter, NZ 2008, 129.

<sup>9</sup> Keinert, Die Schenkung auf den Todesfall (2015), 1.

<sup>10</sup> Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt (1971), 764.

<sup>11</sup> Kaser, Das Römische Privatrecht 228; zur *Donatio mortis causa* siehe auch: Rüger, Die *donatio mortis causa* im klassischen römischen Recht (2010).

Der wesentliche Unterschied zwischen der Schenkung auf den Todesfall und dem Vermächtnis liegt darin, dass bei Ersterer der Geschenkgeber an den Schenkungsvertrag unwiderruflich gebunden ist, während beim Letzteren eine jederzeit widerriefliche letztwillige Verfügung vorliegt.<sup>12</sup> Die Unwiderruflichkeit der Schenkung ist dabei ein wesentliches Charakteristikum der Schenkung auf den Todesfall. In der alten Rechtslage wurde dies daran deutlich, dass der Geschenkgeber ausdrücklich auf den Widerruf der Schenkung verzichten musste<sup>13</sup>; aber auch nach der neuen Rechtslage darf sich der Geschenkgeber kein Widerrufsrecht vorbehalten.<sup>14</sup> Aus der Sicht der Parteien stellt die Schenkung auf den Todesfall somit einen Mittelweg zwischen dem jederzeit widerrieflichen Vermächtnis und der endgültig und sofort wirkenden Schenkung unter Lebenden dar.<sup>15</sup> Dabei ist die Schenkung auf den Todesfall vor allem in jenen Fällen günstig, in denen der Erblasser mit Pflichtteilsberechtigten einen Pflichtteilsverzichtsvertrag vereinbart. Aber auch im Verlassenschaftsverfahren kann die Schenkung auf den Todesfall das Mittel der Wahl sein, wie das nachstehende Beispiel zeigt.

*Der Verstorbene hinterlässt seine Witwe und zwei minderjährige Kinder. Er war Alleineigentümer jener Wohnung, die der Familie zur Befriedigung ihres dringenden Wohnbedürfnisses diente. Im Testament wurde die Witwe zur Alleinerbin eingesetzt. Bei diesem Sachverhalt beträgt der Pflichtteilsanspruch der Kinder je 1/6. Allerdings wird die Witwe nicht in der Lage sein diesen Pflichtteilsanspruch direkt auszubehalten, zumal die Begünstigungen des § 14 WEG nicht zur Anwendung kommen. Eine Einantwortung darf jedoch erst erfolgen, wenn die Pflichtteilsansprüche der Minderjährigen sichergestellt sind. Auch hier bietet sich die Schenkung auf den Todesfall im Rahmen eines Pflichtteilsberichtigungsübereinkommens an, da somit das unmittelbare Wohnbedürfnis gestillt wird, aber auch sichergestellt ist, dass die Kinder nach dem Tod der Witwe die Wohnung erhalten.<sup>16</sup>*

---

<sup>12</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erblande der Österreichischen Monarchie, III/1 (1812) 186; Keinert, Schenkung auf den Todesfall, 6.

<sup>13</sup> Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2018), § 20 Rz 6.

<sup>14</sup> Dazu, was diese Änderung bedeutet, siehe Keinert, Schenkung auf den Todesfall im ErbRÄG 2015, JEV 2016, 18 (20); aber auch unten 5.

<sup>15</sup> Oberhumer, NZ 2008, 129.

<sup>16</sup> Eine besondere Rolle spielt in diesem Fall auch das gesetzliche Vorausvermächtnis der Ehegattin, welches gegenüber den Pflichtteilsansprüchen der Kinder Vorrang hat. Vgl. Welser, Erbrecht (2019), 56.

Wie man sieht, werden Erben häufig bereit sein, fürs Erste auf einen Anteil des Erbes zu verzichten, wenn sie die Gewissheit haben, später mehr zu erhalten. Dabei bietet sich die Schenkung auf den Todesfall besonders an, da in diesem Fall sowohl Erblasser als auch Pflichtteilsberechtigter abgesichert sind.<sup>17</sup> Praktisch ist in diesem Zusammenhang, dass der Kreis der Pflichtteilsberechtigten nach § 757 enger ist als jener des § 364 c.<sup>18</sup> Daher kann in all jenen Fällen, in denen die Schenkung auf den Todesfall zur Abgeltung eines Pflichtteiles verwendet wird, der Geschenknehmer durch ein verbücherungsfähiges Belastungs- und Veräußerungsverbot abgesichert werden.<sup>19</sup> Wurden die Formerfordernisse einer Schenkung auf den Todesfall nicht eingehalten, konnte diese sowohl nach der alten<sup>20</sup> als auch nach der neuen<sup>21</sup> Rechtslage in ein Vermächtnis umgedeutet werden, wenn hierfür die spezifischen Formerfordernisse erfüllt wurden.

In ihrer Ambivalenz ist die Schenkung auf den Todesfall mit dem Erbvertrag vergleichbar, da auch dieser unwiderruflich ist und seine Wirkung erst nach dem Tod der sich bindenden Partei entfaltet.<sup>22</sup> Die Ähnlichkeit beider Verträge ist dabei besonders auffallend, wenn nur einer der Ehegatten den anderen erbvertragsmäßig zum Erben einsetzt, da in diesem Fall, wie bei der Schenkung auf den Todesfall, eine unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall stattfindet. Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Erbvertrag und der Schenkung auf den Todesfall liegt jedoch darin, dass der aus dem Erbvertrag Begünstigte Universalsukzessor wird, während bei der Schenkung auf den Todesfall nur Einzelrechtsnachfolge eintritt.<sup>23</sup>

Die größte Ähnlichkeit hat die Schenkung auf den Todesfall mit dem Vermächtnisvertrag. Schon nach der bisherigen Rechtslage wurde der Vermächtnisvertrag unter den Bedingungen des Erbvertrages anerkannt.<sup>24</sup> Nach der neuen Rechtslage ist

---

<sup>17</sup> Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer<sup>2</sup>, § 20 Rz 1.

<sup>18</sup> Vgl zum Belastungs- und Veräußerungsverbot *Rassi*, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> (2019), Rz 4.126.

<sup>19</sup> Damit wird der Geschenknehmer jedoch nur gegen Erben und Pflichtteilsberechtigte geschützt. Gegenüber Gläubigern hat er jedoch stets das Nachsehen.

<sup>20</sup> *Bollenberger* in KBB §956, Rz 1.

<sup>21</sup> *Fischer-Czermak*, Verträge auf den Todesfall, EF-Z 2016, 228 (231); *Ferrari*, Vermächtnis und Schenkung auf den Todesfall, in *Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg)*, Das neue Erbrecht (2015) 57 (67); *Keinert*, JEV 2016, 18 (19).

<sup>22</sup> B. *Jud*, Schenkung auf den Todesfall und Berechnung des "freien Viertels" beim Erbvertrag, NZ 1999, 268 (277).

<sup>23</sup> B. *Jud*, NZ 1999, 268 (277).

<sup>24</sup> *Zankl*, Schenkung auf den Todesfall, Vermächtnisvertrag und „reines Viertel“, NZ 1997, 311.

der Vermächtnisvertrag ausdrücklich in § 647 Abs 1 genannt.<sup>25</sup> So wie die Schenkung auf den Todesfall ist auch der Vermächtnisvertrag für die Parteien nach dem Tod bindend. Beide Verträge führen auch nach dem Tod zu einer Zuwendung im Wege der Einzelrechtsnachfolge. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Verträgen liegt jedoch darin, dass der Eigentümer bei einem Vermächtnisvertrag zu Lebzeiten frei über die Sache verfügen kann.<sup>26</sup> Mangels einer gegenteiligen Bestimmung scheint es auch, als könnte der Vermächtnisvertrag mit einem Widerrufsrecht abgeschlossen werden.<sup>27</sup>

Weitgehende Einigkeit besteht in Lehre und Rechtsprechung darüber, dass die Schenkung auf den Todesfall zu Lebzeiten des Geschenkgebers als Rechtsgeschäft unter Lebenden zu behandeln ist.<sup>28</sup> Es wird lediglich die Erfüllung der Schenkung auf den Tod des Geschenkgebers hinausgeschoben. Daher besteht auch bereits zu Lebzeiten des Geschenkgebers eine schuldrechtliche Bindung, die es dem Geschenkgeber untersagt, Handlungen zu setzen, die die Erfüllung an den Geschenknehmer beeinträchtigen könnten.<sup>29</sup> Zur Sicherung seines Erfüllungsanspruches kommen dem Geschenknehmer bereits Unterlassungsansprüche zu. Verleitet ein Dritter den Geschenkgeber gezielt zum Vertragsbruch, wird auch der Dritte dem Geschenknehmer schadenersatzpflichtig.<sup>30</sup> Ein Schadenersatzanspruch gegen den Geschenkgeber steht dem Geschenknehmer nach der hM jedoch erst nach dessen Tod zu und ist gegen die Verlassenschaft oder die Erben zu richten.<sup>31</sup> Allenfalls kann der Geschenknehmer auch einen stellvertretenden Vorteil aus der Verlassenschaft verlangen.<sup>32</sup> Andererseits erwirbt der Geschenknehmer sofort eine Anwartschaft auf die Schenkung und kann diesen Anspruch bereits vor dem Tod des Geschenkgebers grundsätzlich auch zedieren oder weitervererben.<sup>33</sup>

---

<sup>25</sup> Schon bisher war der Vermächtnisvertrag jedoch außerhalb des ABGB, beispielsweise in § 145 AußStrG, geregelt; vgl hierzu *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015 (2015) § 647 Anm 1.

<sup>26</sup> *Zankl*, NZ 1997, 311.

<sup>27</sup> Durch die Regelung in § 647 stellt sich die Frage, zwischen wem, in welcher Form und bis zu welcher Höhe ein Vermächtnisvertrag abgeschlossen werden kann, siehe hierzu 3.6.4.

<sup>28</sup> *Oberhumer*, NZ 2008, 129 (130); *Oberhumer* in *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 9.17.

<sup>29</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht III<sup>14</sup>, RZ 2272.

<sup>30</sup> OGH 01.06.1976, 5 Ob 588/76 = SZ 49/75.

<sup>31</sup> *Oberhumer*, NZ 2008, 129 (130); aA *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 9f mwN, welche bereits zu Lebzeiten des Geschenkgebers für eine Schadenersatzpflicht eintritt, da durch dessen vertragswidriges Handeln der Wert des zedierbaren Rechtes gemindert wird.

<sup>32</sup> *Bollenberger* in *KBB* §956, Rz 5.

<sup>33</sup> *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall 8.

## 4. DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL VOR DEM ERBRÄG 2015

---

*„Wer die Vergangenheit nicht kennt, kann die Gegenwart nicht verstehen und die Zukunft nicht gestalten.“<sup>34</sup>*

In diesem Sinne möchte ich eine historische Einführung in die Schenkung auf den Todesfall an den Beginn dieser Arbeit stellen. Wer die neue Rechtslage verstehen will, muss wissen, welche Rechtsfragen bis zur Reform bestanden. Viele Aspekte der Reform haben Antwortcharakter auf bisherige Rechtsprobleme der Praxis. Besonders deutlich wird dies bei § 603<sup>35</sup>, welcher anordnet, dass die Schenkungen auf den Todesfall auch nach dem Tod des Geschenkgebers als Vertrag zu behandeln sind.<sup>36</sup> Für ein besseres Verständnis der gegenwärtigen Rechtslage ist es daher nötig, deren historische Wurzeln zu kennen.

Außerdem hat die alte Rechtslage keineswegs nur rechtshistorische Bedeutung. Nach § 1503 Abs 7 z 5 ist diese, samt ihren Unklarheiten, weiterhin auf Schenkungen auf den Todesfall anwendbar, wenn diese Schenkungsverträge vor dem 01.01.2017 abgeschlossen wurden. Daher wird sich die Praxis wegen der häufig langen Zeit zwischen Abschluss und Erfüllung der Schenkung auf den Todesfall noch auf Jahre mit der alten Rechtslage auseinandersetzen müssen.<sup>37</sup> Somit ist auch weiterhin in Altverträgen ein ausdrücklicher Widerrufsverzicht erforderlich. Es stellt sich auch weiterhin die Frage, ob ein § 1253 analog anzuwenden ist.

Nach der bisherigen Rechtslage war die Schenkung auf den Todesfall in § 956 aF<sup>38</sup> geregelt.

*„Eine Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als ein Vermächtnis gültig. Nur dann ist sie als ein Vertrag anzusehen, wenn*

---

<sup>34</sup> Kohl, Bundestagsrede vom 1. Juni 1995 zur Geschichte der Vertreibung, Plenarprotokoll 13/41 vom 01.06.1995, S. 03183.

<sup>35</sup> Paragraphenhinweise ohne Hervorhebung beziehen sich auf das ABGB idF ErbRÄG 2015. Die bis zum Inkrafttreten geltenden Bestimmungen werden mit dem Zusatz "aF" versehen.

<sup>36</sup> Vgl. ErläutRV 688 B1gNR XXV. GP, 12.

<sup>37</sup> Vgl zu den Übergangsbestimmungen 4.4.

<sup>38</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS Nr. 946/1811.

*der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat, und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändigt worden ist.“*

§ 956 aF ABGB war dabei auch in Hinblick auf § 1 Abs 1 lit d NActG<sup>39</sup> zu sehen, der für Schenkungsverträge ohne wirkliche Übergabe, zu denen die Schenkung auf den Todesfall zählt, das Formerfordernis eines Notariatsaktes vorsieht.<sup>40</sup><sup>41</sup>

Somit unterliegt die echte Schenkung auf den Todesfall drei Voraussetzungen:

1. Aus dem Vertragscharakter ergibt sich, dass der Geschenknehmer die Schenkung annehmen muss;
2. § 956 ABGB aF sah außerdem vor, dass der Geschenkgeber ausdrücklich auf den Widerruf der Schenkung verzichten musste;
3. Letztlich sieht § 1 Abs 1 lit d NActG die Form eines Notariatsaktes vor.<sup>42</sup>

Mögen sich Lehre und Rsp bei der Wirkung der Schenkung auf den Todesfall zu Lebzeiten des Geschenkgebers noch weitgehend einig sein, ist deren Behandlung nach dem Tod des Geschenkgebers in der alten Rechtslage umso umstrittener.<sup>43</sup> Einigkeit besteht hier nur so weit, dass der Geschenknehmer nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nachlass hat und daher Nachlassseparation im Sinne des § 812 begehren kann.<sup>44</sup>

Zur weiteren Behandlung der Schenkung auf den Todesfall haben sich im Wesentlichen zwei Theorien entwickelt. Dieser Streit geht bis ins 18. Jahrhundert zurück und hat seinen Ursprung in der abgabenrechtlichen Behandlung der Schenkung auf den Todesfall.<sup>45</sup> Damals fiel für die Verlassenschaftsabhandlung ein sogenanntes *Mortuar* iHv 5 % an, welches vom reinen Nachlass berechnet wurde.<sup>46</sup> Daher war entscheidend, ob die Schenkung auf den Todesfall den reinen Nachlass verringert

<sup>39</sup> Gesetz vom 25. Juli 1871, betreffend das Erforderniß der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte, RGBl. Nr. 76/1871.

<sup>40</sup> *Eccher*, *Erbrecht*<sup>4</sup> (2010), Rz 4/2;

<sup>41</sup> Zur Frage, inwieweit § 1 Abs 1 lit d NActG eine teilweise Derogation des § 956 aF darstellt, siehe *B.Jud*, Die bedingte Schenkung auf den Todesfall, NZ 2004, 321 (327).

<sup>42</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, *Bürgerliches Recht II*<sup>4</sup>, RZ 2268; *Weiß* in *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), *Erbrecht*, 313.

<sup>43</sup> *Weiß* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht* 320; *Oberhumer* in *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), *Erbrecht*<sup>2</sup> Rz 9.15.

<sup>44</sup> OGH 10b 586/92 NRsp 1993/1 = NRsp 1993/14 = Jus-Extra OGH-Z 1271 = EFSlg 69.004 = EFSlg 69.009 = EFSlg 69.012 = EFSlg 69.013 = EFSlg 70.467 = SZ 65/113.

<sup>45</sup> *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*<sup>2</sup>, *Vermögensnachfolge*, § 20 Rz 17.

<sup>46</sup> *Keinert*, *Schenkungen auf den Todesfall*, 38.

oder nicht. Die abgabenrechtliche Problematik war jedoch zuletzt von untergeordneter Bedeutung, da die Gerichtsgebühren gemäß TP 8 GGG<sup>47</sup> derzeit nur 0,5% des reinen Nachlasses betragen. Heute stellt sich die Frage der Rechtsnatur der Schenkung auf den Todesfall daher vor allem im Hinblick auf die Wirkung gegenüber Pflichtteilsberechtigten.<sup>48</sup>

Die *Vertragstheorie* betrachtet die Schenkung auf den Todesfall als Rechtsgeschäft unter Lebenden<sup>49</sup> während die *Vermächtnistheorie* sie zu Lebzeiten des Geschenkgebers als Vertrag unter Lebenden und nach dessen Tod als Vermächtnis behandelt.<sup>50</sup> Bei der Vermächtnistheorie ist zudem strittig, ob die Schenkung auf den Todesfall generell<sup>51</sup> oder nur im Verhältnis zu Noterben wie ein Vermächtnis zu behandeln ist.<sup>52, 53</sup> Der OGH folgte bis zuletzt in seiner ständigen Rechtsprechung der Vermächtnislösung.<sup>54</sup>

Gemäß § 1503 Abs 7 z 5 ist die alte Rechtslage auf eine Schenkung auf den Todesfall anzuwenden, wenn diese vor dem 01.01.2017 errichtet wurde. Somit wird die alte Rechtslage samt ihren Diskussionen noch auf Jahre fortwirken. Das heißt, dass für Altverträge auch weiterhin unklar ist, ob sie nach dem Tod des Geschenkgebers wie ein Vertrag oder wie ein Vermächtnis zu behandeln sind. Außerdem ist bei Altverträgen daher auch weiterhin eine Verfügung über mehr als  $\frac{3}{4}$  des Vermögens

---

<sup>47</sup> Bundesgesetz vom 27. November 1984 über die Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren, BGBl. Nr. 501/1984.

<sup>48</sup> Rabl, NZ 2005, 129; Oberhumer, NZ 2008, 129 (131).

<sup>49</sup> Rabl, Die Schenkung auf den Todesfall im Pflichtteilsrecht, NZ 2005, 129 (133 ff); Eccher/Umlauf, Erbrecht<sup>7</sup> (2020), Rz 4/2.

<sup>50</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2270; Weiß in Ferrari/Likar-Peer Erbrecht 317; Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 9.15.

<sup>51</sup> Welser, Neue Rechenaufgaben vom Gesetzgeber – Bemerkungen zu den erbrechtlichen Bestimmungen des BG vom 15. 6. 1978, BGBl 1978/280, NZ 1978, 161, (163f); Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 956 (Stand 1.4.2016, rdb.at), Rz 10; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2270.

<sup>52</sup> Weiß in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 317 mwN; vgl auch Eccher in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB<sup>4</sup> (2013) § 785 Rz 6.

<sup>53</sup> Oberhumer tritt dafür ein, jene Vermächtnislösung, welche die Schenkung auf den Todesfall zur Gänze wie ein Vermächtnis behandeln will, als „starke“ Vermächtnislösung zu bezeichnen. Die Vermächtnistheorie, welche die Schenkung hingegen nur im Bezug zu Pflichtteilsberechtigten als Vermächtnis betrachte, solle man „schwache“ Vermächtnislösung nennen (NZ 2008, 129 [130]); so auch Keinert, Schenkung auf den Todesfall 71, welche die „starke“ Vermächtnislösung als „pauschale Vermächtnistheorie bezeichnet und die „schwache“ als „punktuelle“.

<sup>54</sup> Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 956 (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 10; dabei war er jedoch insofern etwas widersprüchlich, als er den Anspruch des Geschenknehmers im Verlassenschaftsinventar passivierte, was eigentlich für die Vertragstheorie typisch wäre, siehe hierzu unten 1.1.

zulässig. Hingegen bewirkt das Fehlen eines ausdrücklichen Widerrufsverzichtes in Altverträgen weiterhin die Nichtigkeit der Schenkung auf den Todesfall.<sup>55</sup>

Auch ein Blick in die Vergangenheit zeigt, dass es schon bisher häufig zu einem Wechsel zwischen Vertrags- und Vermächtnistheorie kam.<sup>56</sup> Beispielsweise folgte der OGH bis zum ErbRÄG 1978<sup>57</sup> der Vertragstheorie.<sup>58</sup> Er entschied sich dann jedoch gegen den Willen des historischen Gesetzgebers<sup>59</sup> für die Vermächtnistheorie.<sup>60</sup> Daher ist vielleicht – trotz der nunmehrigen Klarstellung in § 602 – das letzte Wort im Schulenstreit noch nicht gesprochen.<sup>61</sup>

Auch ein rechtsvergleichender Blick zeigt, dass die Vermächtnistheorie nicht gänzlich *ad acta* zu legen ist. In der Schweiz ist gemäß Art 245 Abs 2 OR auf die Schenkung auf den Todesfall die Vermächtnistheorie anwendbar.<sup>62</sup> In meinem nächsten Schritt möchte ich die beiden Theorien daher eingehend vorstellen.

#### 4.1. VERTRAGSTHEORIE

Wie bereits im Vorstehenden ausgeführt, war der Dreh- und Angelpunkt der Diskussion die Behandlung der Schenkung auf den Todesfall im Verhältnis zu Pflichtteilsberechtigten.

Dies soll anhand des folgenden Beispiels dargestellt werden, welches zuerst anhand der Vertragstheorie und anschließend gemäß der Vermächtnistheorie behandelt werden soll:

*Der Verstorbene verstarb am 31.12. 2016. Er hinterließ Liegenschaftsvermögen im Wert von € 100.000,--, welches er bereits am 01.12.2014 auf den Todesfall an seinen Neffen geschenkt hat. Außerdem hinterlässt er*

---

<sup>55</sup> Kogler, Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen des neuen Erbrechts, EF-Z 2016, 60 (62):

<sup>56</sup> Vgl mwN: Keinert, Schenkung auf den Todesfall 23 ff.

<sup>57</sup> BG vom 15. 07. 1978, BGBl 1978/280.

<sup>58</sup> Rabl, NZ 2005, 129.

<sup>59</sup> Rabl, NZ 2005, 129 (134).

<sup>60</sup> Rabl, NZ 2005, 129 (132).

<sup>61</sup> Anknüpfungspunkt für eine Renaissance der Vermächtnistheorie könne etwa eine systematische Interpretation des § 603 ABGB sein, findet sich die Schenkung auf den Todesfall doch im erbrechtlichen Abschnitt des ABGB.

<sup>62</sup> Vgl Keinert, Schenkung auf den Todesfall 49.

ein Barvermögen von € 100.000,--. Im Todeszeitpunkt hat der Erblasser nur seinen Sohn als Pflichtteilsberechtigten. Er setzt seinen Neffen zum Alleinerben ein.

Die Vertragstheorie kommt hier zu folgendem Ergebnis: Als Erblassergläubiger geht der Geschenknahmer dem Pflichtteilsberechtigten bei der Vertragstheorie vor.<sup>63</sup> Daher wird argumentiert, dass die Vertragslösung dazu führen würde, dass der Erblasser durch eine Schenkung auf den Todesfall den reinen Nachlass verringern könnte, wodurch der gemeine Pflichtteil (Nachlasspflichtteil) gesenkt würde, was wiederum den Pflichtteilsanspruch des Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigen könnte.<sup>64</sup> Dabei stellt die Schenkung auf den Todesfall bei der Vertragstheorie nur einen wertneutralen Rechnungsposten dar.<sup>65</sup> Da die geschenkte Sache im Todeszeitpunkt noch im Besitz<sup>66</sup> des Verstorbenen steht, ist sie einerseits auf der Aktivseite zu inventarisieren.<sup>67</sup> Da der Geschenknahmer jedoch auch einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung der geschenkten Sache hat, ist diese Forderung andererseits zu passivieren.<sup>68</sup> Interessant ist, dass die stRsp, obwohl sie grundsätzlich der Vermächtnistheorie folgt, auch eine Passivierung des Anspruches des Geschenknahmers vornimmt.<sup>69</sup>

Der Schutz des Pflichtteilsberechtigten erfolgt nach der alten Rechtslage bei der Vertragstheorie über die Schenkungsanrechnung nach den §§ 785 und 951 aF.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer<sup>2</sup>, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 20 Rz 17.

<sup>64</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2271.

<sup>65</sup> Rabl, NZ 2005, 129 (129).

<sup>66</sup> Das Verfahren über die Inventarisierung stellt gemäß § 166 Abs 2 AußStrG grundsätzlich auf den Besitz des Verstorbenen im Todeszeitpunkt ab. Stand eine Sache im Todeszeitpunkt im Eigentum eines Dritte, befand sich aber im Besitz des Verstorbenen, so ist die Sache nur dann nicht in das Inventar aufzunehmen, wenn der Dritte dies durch unbedenkliche Urkunden nachweisen kann.

<sup>67</sup> So beispielsweise Keinert, Schenkung auf den Todesfall, 52; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2270; Weiß in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 321; Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 20 Rz 47 mwN; lediglich Tills, Analoge Anwendung des außerordentlichen Erbrechts – Vertragsabschluss als Indiz für das Vorliegen eines besonderen Naheverhältnisses, iFamZ 2016, 32 (33) vertritt die Ansicht, dass die Schenkung auf den Todesfall nicht zu inventarisieren ist. Tills Ansicht ist jedoch nicht zu folgen, da die Schenkung auf den Todesfall keinen automatischen Rechtserwerb des Geschenknahmers bewirkt, sondern ihm lediglich einen schuldrechtlichen Übereignungsanspruch verschafft. Die geschenkte Sache befindet sich daher im für die Inventarisierung maßgeblichen Todeszeitpunkt sowohl im Besitz als auch im Eigentum des Geschenkgebers.

<sup>68</sup> Schweda, Das Verlassenschaftsinventar II, EF-Z 2016, 247 (249).

<sup>69</sup> Vgl SZ 59/9 mwN; zuletzt OGH 07. 04. 2000, 7Ob56/00m.

<sup>70</sup> Keinert, Schenkung auf den Todesfall, 71.

Demnach kann der Pflichtteilsberechtigte verlangen, dass die Schenkung auf den Todesfall, so wie eine Schenkung unter Lebenden, dem reinen Nachlass hinzuge-rechnet würde und sein Pflichtteil von dieser Summe berechnet wird.<sup>71</sup> Allerdings kommt es bei der Anrechnung nach § 785 aF zu keiner unbeschränkten Schenkungsanrechnung. Vielmehr sind Schenkungen, die der Verstorbene ohne Schmä-lerung seines Stammvermögens gemacht hat, jene aus sittlicher Pflicht und jene, welche mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers an nicht pflichtteilsberech-tigte Personen erfolgten, von der Schenkungsanrechnung ausgeschlossen.<sup>72</sup> Erfolgt daher die Schenkung auf den Todesfall mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Ver-storbenen, hätte man davon ausgehen können, dass bei Anwendung der Vertrags-theorie diese Schenkung tatsächlich zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten geht.<sup>73</sup> Entscheidend ist aber hierbei, wann man die Zweijahresfrist beginnen lässt. Nach der einen Ansicht beginnt die Frist bereits mit dem Abschluss eines formgerechten Schenkungsvertrages zu laufen.<sup>74</sup> Nach einer anderen Ansicht beginnt die Frist je-doch erst mit der Erbringung des Vermögensopfers, also jenem Zeitpunkt, in dem der Geschenkgeber die Schenkung tatsächlich in seinem Vermögen spürt.<sup>75</sup>

Weiters sollte man bedenken, dass nicht jeder Pflichtteilsberechtigte die Hinzurech-nung jeder Schenkung verlangen kann. So konnten nach § 785 ABGB aF Ehegatten nur Schenkungen hinzurechnen, die während aufrechter Ehe gemacht wurden, und Kinder nur solche, die der Erblasser zu einem Zeitpunkt gemacht hat, zu dem er zumindest ein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte.<sup>76</sup> Diese Bestimmung wurde im We-sentlichen auch in § 782 Abs 2 übernommen und lediglich explizit auf den eingetra-genen Partner ausgedehnt.

In Hinblick auf die jüngste Judikatur des OGH<sup>77</sup> stellt sich aber die Frage, ob bei Anwendung der Vertragstheorie tatsächlich eine Benachteiligung des Pflichtteils-

---

<sup>71</sup> *Rabl*, NZ 2005, 129 (130).

<sup>72</sup> *Rabl*, NZ 2005, 129 (130).

<sup>73</sup> So anscheinend *Till*, iFamZ 2016, 32 (32).

<sup>74</sup> *Till*, iFamZ 2016, 32 (33); *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht III<sup>4</sup>, RZ 2361.

<sup>75</sup> *Schauer*, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personenhandelsgesellschaf-ten (1999) 117 ff; vergleiche hierzu auch die im Nachstehenden unter 1.3 näher beschrie-bene Judikatur, wann eine Schenkung gemacht sei.

<sup>76</sup> *Eccher*, Erbrecht<sup>4</sup>, Rz 12/10.

<sup>77</sup> OGH 11.09.2014, 2 Ob 39/14 w = JEV 2014, 146/11 – JEV 2014/11 = JBI 2014, 795 = EvBl-LS 2015/3 = Zak 2014/786 S 415 – Zak 2014, 415 = NZ 2015/6 S 20 (*Battlogg*) – NZ 2015, 20 (*Batt-logg*) = Jus-Extra OGH-Z 5704 = EF-Z 2015/26 S 38 (*Tschugguel*) – EF-Z 2015, 38 (*Tschugguel*) =

berechtigten entstünde. Die Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 aF begann mit dem Zeitpunkt, in dem die Schenkung *gemacht* worden ist.<sup>78</sup> Dabei ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen; dies gilt grundsätzlich auch für Schenkungen ohne tatsächliche Übergabe<sup>79</sup> und sollte auch bei der Schenkung auf den Todesfall gelten.<sup>80</sup> Ob diese Ansicht im Lichte der Judikatur des OGH zum Fruchtgenussrecht und zum Vermögensopfer aufrecht zu erhalten ist, erscheint jedoch fraglich.<sup>81</sup>

*Im vorstehenden Beispiel kommt man daher sowohl nach § 785 ABGB aF als auch nach § 781 iVm § 782 ABGB zu dem Ergebnis, dass der Pflichtteilsberechtigte auch an der Schenkung auf den Todesfall profitiert.*

## 4.2. VERMÄCHTNISTHEORIE

Grundannahme der Vermächtnistheorie ist, dass die Schenkung auf den Todesfall nach dem Tod des Geschenkgebers wie ein Vermächtnis zu behandeln ist. Dies wird damit begründet, dass die Schenkung auf den Todesfall ihre eigentliche Wirkung erst mit dem Tod des Geschenkgebers entfalte, wodurch sie sich von jeder anderen Schenkung unterscheide, daher sei sie ein Geschäft von Todes wegen.<sup>82</sup> Als Rechtsgeschäft von Todes wegen sei die Schenkung auf den Todesfall wie ein Vermächtnis zu behandeln und daher gemäß § 786 Satz 1 aF nicht bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen.<sup>83</sup> In weiterer Folge ist die geschenkte Sache als Aktivum, nicht aber als Passivum in das Verlassenschaftsinventar aufzunehmen.<sup>84</sup>

Beim unter 1.1 näher geschilderten Beispiel bedeutet dies Folgendes: Die geschenkte Sache ist im Verlassenschaftsinventar zu aktivieren. Da sie aber wie ein

---

iFamZ 2015/36 S 39 (Mondel) – iFamZ 2015, 39 (Mondel) = ecolex 2015/97 S 273 (Schoditsch) – ecolex 2015, 273 (Schoditsch).

<sup>78</sup> Dies und das Folgende dürfte auch nach dem neuen § 782 ABGB gelten, der explizit von einer *wirklich gemachten* Schenkung spricht.

<sup>79</sup> OGH 15.12.1992, 1 Ob 652/92 = EFSlg 68.982 = EFSlg 69.869 = NZ 1996, 88; Eccher in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB<sup>2</sup> (1997) § 785 Rz 7.

<sup>80</sup> OGH 16.09.1971, 1 Ob 198/71 = SZ 44/137.

<sup>81</sup> Vgl hierzu 1.3.

<sup>82</sup> Welser, NZ 1978, 161, (166); Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2271.

<sup>83</sup> Oberhumer, NZ 2008, 129 (131).

<sup>84</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2270; Rabl, NZ 2005, 129.

Vermächtnis zu behandeln ist, wäre sie grundsätzlich nicht zu passivieren. Damit ergibt sich eine Pflichtteilsbemessungsrundlage von € 200.000,--. In diesem Fall hätte der Pflichtteilsberechtigte in jedem Fall einen Pflichtteilsanspruch.

Das Hauptargument der Vertreter der Vermächtnistheorie war die vermeintliche Beeinträchtigung von Pflichtteilsberechtigten bei der Vertragstheorie.<sup>85</sup> Behandle man die Schenkung auf den Todesfall als Vertrag, wären die Ausnahmen des § 785 Abs 3 aF anwendbar.<sup>86</sup> Dies überzeugt jedoch gerade nicht, wenn man die Vertragstheorie im Lichte der Vermögensopfertheorie auslegt.<sup>87</sup>

Die Aszendenten des Verstorbenen profitierten bis zum ErbRÄG von der Anwendung der Vermächtnistheorie. Da die Schenkung auf den Todesfall wie ein Vermächtnis betrachtet wurde, konnten sie ihren Pflichtteilsanspruch auch in Hinblick auf die geschenkte Sache geltend machen.<sup>88</sup> Bei der Vertragslösung lief ihr Anspruch auf einen Schenkungspflichtteil jedoch ins Leere, da § 785 Abs 2 aF die Schenkungsanrechnung nur für Deszendenten und den Ehegatten vorsah.<sup>89</sup>

Was das Verhältnis zu Gläubigern und Pflichtteilsberechtigten angeht, unterteilte sich die Vermächtnistheorie wiederum in eine „pauschale“ und eine „punktuelle“ Vermächtnistheorie. Die Anhänger der punktuellen Vermächtnistheorie behandeln die Schenkung auf den Todesfall nur im Verhältnis zu Pflichtteilsberechtigten wie ein Vermächtnis, während die Anhänger der pauschalen Vermächtnistheorie das Vermächtnisrecht auch gegenüber Gläubigern anwendeten.

Bei der Vermächtnistheorie stellt sich außerdem die Frage nach dem Verhältnis zwischen Geschenknahmer und echten Vermächtnisnehmern. Dabei behandeln die Anhänger der „starken“ Vermächtnislösung den Geschenknahmer gleich wie die Legatäre. Die Vertreter der „schwachen“ Vermächtnislösung räumen hingegen dem Geschenknahmer eine bessere Stellung als Vermächtnisnehmern ein, da dieser über einen besseren Titel verfüge.<sup>90</sup> Die Rsp behandelte den Geschenknahmer

---

<sup>85</sup> *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall 75.

<sup>86</sup> OGH 18.04.2002, 6 Ob 37/02 p = ecolex 2002, 508 = EFSlg 100.580 = EFSlg 100.581 = EFSlg 100.592 = EFSlg 100.593 = EFSlg 100.594 = EFSlg 101.074 = EFSlg 101.075 = EFSlg 101.162 = EFSlg 101.163 = EFSlg 101.167 = EFSlg 101.262 = EFSlg 102.998 = ZLB 2012/74 S 117 – ZLB 2012, 117.

<sup>87</sup> Siehe soeben oben.

<sup>88</sup> *Rabl*, NZ 2005, 129 (131).

<sup>89</sup> *Weiß* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 414 f mwN.

<sup>90</sup> *Oberhumer*, NZ 2008, 129 (132); *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall 88f.

auch in Bezug auf die Beitragspflicht der Legatäre nach § 783 aF wie einen Vermächtnisnehmer. Dieser hatte daher im selben Umfang wie Vermächtnisnehmer zur Ausmessung des Pflichtteilsanspruches beizutragen.<sup>91</sup> Sie folgte daher der „starken“ Vermächtnistheorie.<sup>92</sup> Bei Anwendung der Vertragstheorie wäre die Beitragspflicht nach § 785 aF hingegen nur subsidiär gewesen.<sup>93</sup>

### 4.3. EIGENER STANDPUNKT

Meines Erachtens sprechen die besseren Argumente für die Anwendung der Vertragstheorie.

Einerseits entspricht die Vertragstheorie dem historischen Willen des Gesetzgebers. Zeiller stellte beispielsweise klar: „Eine Schenkung, die auf den Todesfall unwiderruflich geschieht, ist noch immer eine Schenkung unter Lebenden.“<sup>94</sup> Aber auch alle Teilnovellen, welche die Schenkung auf den Todesfall betrafen, sprechen sich in den Gesetzesmaterialien für die Vertragstheorie aus.<sup>95</sup>

Auch eine systematische Interpretation spricht für die Vertragstheorie. Die Schenkung auf den Todesfall wird im Kapitel über Schenkung behandelt und nicht beim Vermächtnis.<sup>96</sup>

Wie bereits im Vorstehenden gezeigt, war das Hauptargument der Vertreter der Vermächtnistheorie, dass die Vertragstheorie der Pflichtteilsschmälerung Tür und Tor

---

<sup>91</sup> OGH 26.06.1980, 7 Ob 615/80 = NZ 1981, 36 = JBl 1981, 593; OGH 19.11.1986, 8 Ob 527/86 in RIS-Justiz E10068 = NZ 1988, 42 (*Findeis*) = ÖJZ 1987/198 (EvBl); OGH 21.12.1987, 7 Ob 724/87 in RIS-Justiz E13024; OGH 25.08.1992, 1 Ob 586/92 in RIS-Justiz E30679 = NRsp 1993/1 = NRsp 1993/14 = Jus-Extra OGH-Z 1271 = EFSlg 69.004 = EFSlg 69.009 = EFSlg 69.012 = EFSlg 69.013 = EFSlg 70.467 = SZ 65/113; OGH 04.06.1997, 7 Ob 2373/96 p; OGH 27.06.2001, 9 Ob 98/01 d in RIS-Justiz E55393 = NZ 2000, 170 (*Zankl*) = SZ 69/108 = ÖJZ 2000/50 (EvBl) = EFSlg 89.985.

<sup>92</sup> Rabl, NZ 2005, 129.

<sup>93</sup> Keinert, Schenkung auf den Todesfall, 68.

<sup>94</sup> Zeiller, Kommentar III/1, 187.

<sup>95</sup> Rabl, NZ 2005, 129 (134).

<sup>96</sup> Anhänger der Vermächtnistheorie mögen hierbei jedoch einwenden, dass die Schenkung auf den Todesfall nur deshalb bei der Schenkung geregelt ist, weil der historische Gesetzgeber 1811 der Vertragstheorie anhing.

öffne. Dem ist jedoch nicht so. In 2 Ob 39/14 w<sup>97</sup> hielt der OGH fest, dass eine Schenkung zwar grundsätzlich *gemacht* sei, wenn ein formgerechter Schenkungsvertrag abgeschlossen worden sei. Er führt jedoch auch aus, dass eine Schenkung, welche unter weitreichender Beschneidung des übertragenen Eigentums gemacht wurde, iS der Vermögensopfertheorie bis zum Tod des Geschenkgebers keine *gemachte* Schenkung im Sinne des § 785 Abs 3 sei. Daher beginne die Frist für die Schenkungsanrechnung erst mit dem Tod des Geschenkgebers zu laufen.<sup>98</sup> Was für die weitgehende Beschneidung des Eigentumsrechtes durch ein Fruchtgenussrecht gilt, muss umso mehr für die Zurückbehaltung des Eigentumes gelten. Daher ist davon auszugehen, dass der OGH mit 2 Ob 39/14 w von seiner bisherigen Judikatur abgeht und bei der Schenkung auf den Todesfall für die Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 aF kein Anwendungsbereich mehr bliebe. Im Sinne der jüngeren Judikatur hätte der Pflichtteilsberechtigte daher auch bei Anwendung der Vertragstheorie bei einer Schenkung auf den Todesfall, die mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers abgeschlossen wurde, einen Pflichtteilsergänzungsanspruch.

Ein weiterer Kritikpunkt an der Vertragstheorie wurde darin gesehen, dass Aszendenten kein Recht auf den Schenkungspflichtteil hatten. Dies ist jedoch kein überzeugendes Argument gegen die Vertragstheorie. Dem Pflichtteilscharakter wohnte nämlich seit jeher ein Versorgungscharakter inne.<sup>99</sup> Bei den Aszendenten ist das Versorgungsbedürfnis allerdings in der Regel geringer als bei Deszendenten. Letztere sind teilweise noch minderjährig und zu ihrer Versorgung auf Leistungen angewiesen. Dasselbe gilt auch für den Ehegatten, der mit dem Verstorbenen durch die Ehe eine Wirtschaftsgemeinschaft gegründet und allenfalls für die Erziehung von Kindern Einkommensverluste hingenommen hat.<sup>100</sup> Bei den Aszendenten ist dies jedoch anders. Sie werden nur in den seltensten Ausnahmefällen auf eine Versorgung angewiesen sein. Diese geringere Schutzbedürftigkeit der Aszendenten kommt auch in §

---

<sup>97</sup> OGH 11.09.2014, 2 Ob 39/14 w = JEV 2014, 146/11 – JEV 2014/11 = JBI 2014, 795 = EvBl-LS 2015/3 = Zak 2014/786 S 415 – Zak 2014, 415 = NZ 2015/6 S 20 (*Battlogg*) – NZ 2015, 20 (*Battlogg*) = Jus-Extra OGH-Z 5704 = EF-Z 2015/26 S 38 (*Tschugguel*) – EF-Z 2015, 38 (*Tschugguel*) = iFamZ 2015/36 S 39 (*Mondel*) – iFamZ 2015, 39 (*Mondel*) = ecolex 2015/97 S 273 (*Schoditsch*) – ecolex 2015, 273 (*Schoditsch*).

<sup>98</sup> So auch *Kletečka*, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 93.

<sup>99</sup> *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 335.

<sup>100</sup> Dieser Versorgungscharakter wird besonders beim Ehegatten deutlich. Dieser konnte den Schenkungspflichtteil gemäß § 785 Abs 2 ABGB nur für jene Schenkungen geltend machen, welche während aufrechter Ehe erbracht wurden. Zuvor wäre er auch nicht schutzwürdig, da er mangels Ehe keinen Anspruch auf eine Versorgung durch den Ehegatten hatte.

785 Abs 1 aF zum Ausdruck, der die Aszendenten nicht in den Kreis der Anrechnungsberechtigten aufnimmt.<sup>101</sup> Daher ist es sachlich gerechtfertigt, die Aszendenten anders als die Deszendenten zu behandeln. Es spricht daher auch eine teleologische Interpretation des Schenkungspflichtteiles für die Anwendung der Vertragstheorie.

Ein weiteres Argument für die Vertragstheorie liegt darin, dass die Anwendung der Vermächtnistheorie mit § 781<sup>102</sup> nF nicht vereinbar sei. Nach der Vermächtnistheorie wäre die geschenkte Sache zu aktivieren, nicht aber zu passivieren. Dies widerspräche jedoch der auf alle Todesfälle nach dem 01.01.2017 anwendbaren Anordnung, dass Schenkungen dem Nachlass hinzuzurechnen und auf den Erb- oder Pflichtteil anzurechnen sind.<sup>103</sup> Interpretiert man § 956 aF hingegen anhand der Vertragstheorie, entsteht kein Wertungswiderspruch zu § 781 nF.

Letztlich spricht auch die Besserstellung des Geschenknehmers gegenüber dem Vermächtnisnehmer in Hinblick auf die Pflichtteilsdeckung für eine Anwendung der Vertragstheorie. Entscheidend ist hierbei das schutzwürdige Vertrauen des Geschenknehmers. Während der Vermächtnisnehmer meist gar nichts vom Vermächtnis weiß oder doch zumindest immer damit rechnen muss, dass das Vermächtnis widerrufen wird, kann der Geschenknehmer aufgrund des ausdrücklichen Widerrufsverzichtes auf die Zuwendung vertrauen. In der Praxis wird er in diesem Vertrauen auch oft durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot bestärkt.<sup>104</sup> Dies rechtfertigt seine Besserstellung gegenüber dem Vermächtnisnehmer.

---

<sup>101</sup> *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall, 62.

<sup>102</sup> Gemeint ist hier § 781 idF des ErbRÄG 2015.

<sup>103</sup> *Fischer-Czermak*, Verträge auf den Todesfall, EF-Z 2016, 228 (231).

<sup>104</sup> Vgl. Zulässigkeit eines OGH 04.09.2014, 5 Ob 39/14 t = immolex-LS 2015/9 = Zak 2015/23 S 17 – Zak 2015, 17 = RZ 2015, 41 EÜ15 – RZ 2015 EÜ15 = EvBl 2015/29 S 219 – EvBl 2015, 219 = NZ 2015/97 S 306 – NZ 2015, 306 = MietSlg 66.138 = SZ 2014/75.

#### 4.4. ANWENDUNG DES § 1253 AUF DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL

Gemäß § 1253 kann im Erbvertrag höchstens über  $\frac{3}{4}$  des Nachlasses verfügt werden, ein reines Viertel hat stets frei zu bleiben. Zweck dieser Norm ist es, die Testierfreiheit der Vertragsparteien zu wahren.<sup>105</sup> Verschenkt der Erblasser zu Lebzeiten jedoch sein gesamtes Vermögen auf den Todesfall, kommt man zu einer vergleichbaren Einschränkung der Testierfreiheit wie beim Erbvertrag.<sup>106</sup>

Es wurde daher bereits vor dem ErbRÄG 2015 die Ansicht vertreten, dass auch auf die Schenkung auf den Todesfall die Beschränkung des § 1253 anzuwenden sei. Begründet wurde dies damit, dass es unstrittig sei, dass auf den zulässigen Vermächtnisvertrag § 1253 anwendbar sei. Dies müsse dann jedoch auch für die Schenkung auf den Todesfall gelten.<sup>107</sup> Außerdem sei der Geschenkgeber bei der Schenkung auf den Todesfall schutzwürdiger als die Partei eines Erbvertrages. Während die Parteien eines Erbvertrages zu Lebzeiten grundsätzlich frei über ihr Vermögen verfügen dürfen, kann der Nachlass des Geschenkgebers allenfalls für dessen vertragswidrige Veräußerungen schadenersatzpflichtig werden.<sup>108</sup> Bei Anwendung der Vertragstheorie wäre es außerdem möglich, die Verpflichtungen aus dem Erbvertrag durch eine Schenkung auf den Todesfall auszuhöhlen.<sup>109</sup>

Zur Lösung dieses Problems wurde vorgeschlagen, die Verfügungsfreiheit für jene Rechtsgeschäfte einzuschränken, deren Erfüllung erst nach dem Tod des Erblassers erfolgt.<sup>110</sup> Außerdem sei § 1253 Satz 2 analog auf die Schenkung auf den Todesfall anzuwenden, da auch sie die Verfügungsfreiheit einschränke. Die Schenkung auf den Todesfall unterliege daher einer doppelten Beschränkung. Einerseits könne der Geschenkgeber nur über  $\frac{3}{4}$  seines dereinstigen Nachlasses verfügen, andererseits wäre aber auch die Beschränkung des § 944 zu beachten, der zufolge ein Geschenkgeber nur über die Hälfte seines zukünftigen Vermögens verfügen darf.<sup>111</sup>

---

<sup>105</sup> Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), *Erbrecht*<sup>2</sup> 5.307

<sup>106</sup> B. Jud, NZ 1999, 268.

<sup>107</sup> Zankl, NZ 1997, 311.

<sup>108</sup> Zankl, NZ 1997, 311.

<sup>109</sup> Keinert, Schenkung auf den Todesfall, 15.

<sup>110</sup> B. Jud, NZ 1999, 268.

<sup>111</sup> Keinert, Schenkung auf den Todesfall, 15.

Sollte der Geschenkgeber jedoch trotzdem durch eine Schenkung auf den Todesfall und einen Erbvertrag über mehr als  $\frac{3}{4}$  verfügt haben, sei das jeweils jüngere Rechtsgeschäft zu kürzen.<sup>112 113</sup>

Dem wurde entgegengehalten, dass zwischen der Schenkung auf den Todesfall und dem Erbvertrag grundlegende Unterschiede bestünden. Während die Todesfallschenkungen ein unentgeltliches Geschäft sei, sei der Erbvertrag ein entgeltfremdes Geschäft. Außerdem sei die Schenkung auf den Todesfall ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, während der Erbvertrag ein Rechtsgeschäft von Todes wegen sei.<sup>114</sup> Daher habe § 1253 Satz 2 nur eine Beschränkung der Testierfreiheit im formellen Sinn vor Augen.<sup>115</sup> Die Schenkung auf den Todesfall sei jedoch zu Lebzeiten als Vertrag unter Lebenden zu behandeln. Der Schutz der Testierfreiheit sei daher nicht so zu verstehen, dass dem Erblasser tatsächlich Vermögen bleibt, um darüber zu testieren. Daher würde eine analoge Anwendung des § 1253 Satz 2 in unzulässiger Weise in die Verfügungsfreiheit unter Lebenden eingreifen.<sup>116</sup> Letztlich sei eine analoge Anwendung des § 1254 auf die Schenkung auf den Todesfall auch mit deren Wesen unvereinbar, soll diese dem Geschenknehmer doch einen sicheren und unwiderruflichen Anspruch verschaffen. Die Höhe des freien Viertels wird jedoch aufgrund des Nachlasses berechnet. Da dieser jedoch bis zum Tod des Geschenkgebers nicht feststeht, bliebe der Geschenkgeber über das Ausmaß und die Gültigkeit der Todesfallschenkungen im Ungewissen.<sup>117</sup> Besonders die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, welches große Problem die fehlende Rechtssicherheit für den Geschenknehmer darstellt. In der Praxis nahmen die Schenkungen auf den Todesfall seit dem ErbRÄG deutlich ab, da sie den Geschenknehmer schlicht zu unsicher sind.

Meines Erachtens war vor dem ErbRÄG 2015 eine analoge Anwendung des § 1253 auf die Schenkung auf den Todesfall abzulehnen. Grundsätzlich erfordert die ana-

---

<sup>112</sup> Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), *Erbrecht*<sup>2</sup> Rz 5.309.

<sup>113</sup> Vgl zur Kürzung nach der neuen Rechtslage 7.1.3.

<sup>114</sup> Keinert, *Schenkungen auf den Todesfall*, 18.

<sup>115</sup> Fischer-Czermak, *EF-Z* 2016, 228 (231).

<sup>116</sup> Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, *Erbrecht und Vermögensnachfolge*<sup>2</sup>, § 20 Rz 34.

<sup>117</sup> Keinert, *Schenkungen auf den Todesfall*, 17.

loge Anwendung eine Bestimmung, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.<sup>118</sup> Wollte der Gesetzgeber hingegen, dass die Rechtsfolgen eines Tatbestandes nur eintreten, wenn dieser Tatbestand erfüllt wurde, spricht man von einem Umkehrschluss.<sup>119</sup>

Es stellt sich daher die Frage, ob der Umstand, dass § 956 bisher nicht auf § 1253 verweist, eine planwidrige Lücke darstellt. Hierbei wurde zu Recht eingewandt, dass es einen wesentlichen Unterschied zwischen der Schenkung auf den Todesfall und dem Erbvertrag gebe. Regelt der Gesetzgeber ein unentgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht, ein entgeltsfremdes von Todes wegen aber schon, bestünde bei einer analogen Anwendung der einen Norm auf die andere die große Gefahr, dem Gesetzgeber einen Willen unterzuschreiben, den dieser nicht hatte. Außerdem ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber in der Stammfassung des ABGB von der Vertragstheorie ausging.<sup>120</sup> Nach dieser hat der Geschenknehmer auch nach dem Tod des Geschenkgebers einen vertraglichen Anspruch auf Erfüllung. Der historische Gesetzgeber hat auch explizit einen Widerrufsverzicht normiert. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine unwiderrufliche und für den Geschenknehmer berechenbare Anwartschaft im Sinn hatte.<sup>121</sup> Wendet man § 1253 jedoch analog an, verliert der Geschenknehmer Sicherheit, da er im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht abschätzen kann, welchen Anteil am Nachlass die Schenkung auf den Todesfall haben wird. Diese mangelnde Rechtssicherheit, welche vom Geschenknehmer in keinsten Weise vorherzusehen, geschweige denn zu beherrschen ist, ist ein starkes Argument gegen die analoge Anwendung des § 1253 ABGB. Aber auch der Umstand, dass der Gesetzgeber dem Geschenkgeber durch den Widerrufsverzicht gerade vor Augen führen wollte, dass diese Schenkung unwiderruflich ist und explizit mit § 1 lit d NotAkteG<sup>122</sup> eine ausführliche Belehrung durch einen unparteiischen Experten vorgesehen hat, sollte einem davon ausgehen lassen, dass der Gesetzgeber dem Geschenkgeber die Unabänderlichkeit seiner Handlung

---

<sup>118</sup> F. Bydlinsky, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre* (2005), 59 f; Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*<sup>6</sup> (2020) zu § 7 Rz 2.

<sup>119</sup> OGH 26.04.1988, 10 ObS 81/88 = SZ 61/104 = SSV-NF 2/45.

<sup>120</sup> Vgl Zeiller, *Commentar §.956 S 187*.

<sup>121</sup> Zur vertrauensschützenden Funktion des Widerrufsverzichts für den Geschenknehmer siehe sogleich.

<sup>122</sup> Gesetz vom 25.07.1871, betreffend das Erforderniß der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte, RGBl. Nr. 76/1871.

auch zumutet. Da der Gesetzgeber in der Stammfassung des ABGB von der Vertragstheorie ausgeht, sollte man ihm die Wertungswidersprüche, welche sich aus einer Kürzung nach § 1253 ABGB ergäben, nicht unterstellen. Die praktischen Probleme, die eine Anwendung des § 1253 ABGB mit sich bringt, werden von der jüngeren Literatur deutlich aufgezeigt.<sup>123</sup>

#### 4.5. DER WIDERRUFSVERZICHT

§ 956 Satz 2 aF verlangte bisher, dass sich der Geschenkgeber der Befugnis, die Schenkung zu widerrufen, begeben hat. Der Geschenkgeber musste daher durch eine ausdrückliche Erklärung auf die ansonsten für das Vermächtnis typische Widerruflichkeit verzichten.<sup>124</sup> Seit jeher war dabei fraglich, worin der Zweck dieser Anordnung lag, sind doch Schenkungsverträge schon aufgrund der allgemeinen Vertragsnatur einseitig unwiderruflich.<sup>125</sup> Insoweit nahm der Widerrufsverzicht dem Geschenkgeber auch nicht die Möglichkeit, die Schenkung nach den §§ 947 ff rückgängig zu machen.<sup>126</sup> Der Geschenkgeber konnte die Schenkung auch nach § 1247 widerrufen, wenn er sie in Hinblick auf eine künftige Ehe gemacht hat und die Ehe ohne Verschulden des Geschenkgebers nicht geschlossen wurde.<sup>127</sup>

Der Widerrufsverzicht hatte dabei verschiedene Zwecke. Einerseits sollte er Beweissicherungszwecken dienen, indem er die Abgrenzung zwischen der eigentlichen Schenkung auf den Todesfall und dem Vermächtnis erleichterte.<sup>128</sup><sup>129</sup> Andererseits bestand der Zweck des Widerrufsverzichtes auch im Übereilungsschutz.<sup>130</sup> Dem Ge-

---

<sup>123</sup> Vgl. *Fischer-Czermak*, Verträge auf den Todesfall, EF-Z 2016, 228 (231); *Umlauft*, Die Anwendung des § 1253 ABGB auf die Schenkung auf den Todesfall, EF-Z 2017, 4.

<sup>124</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2268.

<sup>125</sup> *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 20 Rz 7; *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall, 201.

<sup>126</sup> *Binder* in *Schwimann*<sup>2</sup> § 956 Rz 21.

<sup>127</sup> *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall, 205.

<sup>128</sup> *B.Jud*, Die bedingte Schenkung auf den Todesfall, NZ 2004, 321; *Binder* in *Schwimann*<sup>2</sup> § 956 Rz 21; *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge, § 20 Rz 7; siehe auch RS0121158.

<sup>129</sup> Ohne das Erfordernis eines Widerrufsverzichtes könnte bei einer Schenkung auf den Todesfall, so wie bei anderen Schenkungen auch, ein freier Widerruf vereinbart werden, damit würden die Grenzen zwischen der Schenkung auf den Todesfall und dem Vermächtnis verschwimmen.

<sup>130</sup> *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall 213.

schenkgeber soll die „Endgültigkeit“ des Vertrages zu Bewusstsein gebracht werden.<sup>131</sup> Dabei bestünde aufgrund der potentiellen Langfristigkeit der Schenkung auf den Todesfall ein besonderer Bedarf, den Geschenkgeber vor Übereilung zu schützen.<sup>132</sup> Der Widerrufsverzicht war dabei nach hM nicht nur Form-, sondern materielle Gültigkeitsvoraussetzung.<sup>133</sup><sup>134</sup> Allerdings genügte nach der Rsp auch die Vereinbarung eines Belastungs- und Veräußerungsverbot.<sup>135</sup>

In Hinblick auf das Erfordernis eines Widerrufsverzichtes war bisher umstritten, ob eine Schenkung auf den Todesfall überhaupt unter einer Bedingung gemacht werden könne und wenn ja, welche Bedingungen zulässig seien.<sup>136</sup> Dabei stand das teilweise berechnete Interesse des Geschenkgebers, eine Bedingung aufzunehmen, dem Problem gegenüber, dass das Erfordernis eines Widerrufsverzichtes nicht ausgehöhlt werden durfte.<sup>137</sup> Nach der hM war dabei die Beifügung einer Potestativbedingung genauso unzulässig wie eine Schenkung auf den Überrest.<sup>138</sup> Eine Mindermeinung betrachtet die Schenkung auf den Todesfall jedoch nicht als ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft.<sup>139</sup> Von großer praktischer Bedeutung war in diesem Zusammenhang die Überlebensbedingung, der zufolge der Geschenknehmer die Schenkung nur erhielt, wenn er den Geschenkgeber überlebt. Durch eine solche Bedingung wurde die Schenkung auf den Todesfall dem Vermächtnis etwas angenähert, da der Vermächtnisnehmer den Anfall des Vermächtnisses erleben muss.<sup>140</sup> Die zutreffende herrschende Lehre und Rsp sah dabei die Überlebensbedingung als zulässig an, da sie einer Unvererblichkeitsbedingung gleichzusetzen sei.<sup>141</sup> Nach einer Mindermeinung sind jedoch sowohl Überlebensbedingung als auch Unvererblichkeitsbedingung unzulässig.<sup>142</sup>

---

<sup>131</sup> *Weiß* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht* 314.

<sup>132</sup> *Keinert*, *Schenkungen auf den Todesfall*, 214.

<sup>133</sup> *Bollenberger* in *KBB<sup>2</sup> § 956 Rz 3*.

<sup>134</sup> Zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen dieser Voraussetzungen siehe § 1432 ABGB.

<sup>135</sup> OGH 04.09.2014, 5 Ob 39/14 t = immolex-LS 2015/9 = Zak 2015/23 S 17 – Zak 2015, 17 = RZ 2015, 41 EÜ15 – RZ 2015 EÜ15 = EvBl 2015/29 S 219 – EvBl 2015, 219 = NZ 2015/97 S 306 – NZ 2015, 306 = MietSlg 66.138 = SZ 2014/75.

<sup>136</sup> *B.Jud.*, NZ 2004, 321 (321).

<sup>137</sup> *Keinert*, *Schenkungen auf den Todesfall*, 223.

<sup>138</sup> *Weiß* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht* 314.

<sup>139</sup> *B.Jud.*, NZ 2004, 321 (327).

<sup>140</sup> Zum neuen Recht siehe hierzu *Welser*, *Erbrecht*, 151.

<sup>141</sup> *Keinert*, *Schenkungen auf den Todesfall*, 214.

<sup>142</sup> *Kralik*, *Erbrecht* 167.

Aufgrund der Übergangsbestimmung des § 1503 Abs 7 z 5 ist auf Altverträge weiterhin § 956 aF anzuwenden. Kommt es daher nicht zu einem ausdrücklichen Widerrufsverzicht, ist die Schenkung auf den Todesfall ungültig.<sup>143</sup> Hinsichtlich der Zulässigkeit von Bedingungen ist daher für Altverträge weiterhin die alte Rsp und Lehre uneingeschränkt anwendbar.

Interessant ist die alte Rechtslage aber auch, weil § 603 keinen ausdrücklichen Widerrufsverzicht mehr verlangt. Es ist lediglich untersagt, sich ein Widerrufsrecht vorzubehalten. Führt dies zu einer erweiterten Zulässigkeit von Bedingungen?<sup>144</sup>

#### 4.6. EXKURS: DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL UND DER PFLEREGRESS

Unter dem Pflegeregress versteht man einen Anspruch des Trägers sozialer Hilfe gegen den Begünstigten oder dessen Angehörige. Dieser Regressanspruch wurde in den einzelnen Landesgesetzen unterschiedlich stark geregelt. Grundsätzlich wurde die Problematik des Pflegeregresses durch dessen Abschaffung deutlich entschärft.<sup>145</sup> Zuvor stellte sich jedoch stets die Frage, inwieweit der Sozialhilfeverband auf Vermögen zugreifen könne, das bereits auf den Todesfall verschenkt wurde. Beispielsweise waren nach dem oö Sozialhilfegesetz Geschenknehmer, die die Schenkung weniger als fünf Jahre vor dem Umzug in ein Alten- und Pflegeheim erhalten haben, zum Regress der Pflegekosten verpflichtet.

Bei der Schenkung auf den Todesfall stellte sich nun die Frage, wann diese Frist ausgelöst wurde. Die Verwaltungspraxis ging dabei davon aus, dass bereits der Vertragsabschluss die Frist auslöste. Dies wurde damit begründet, dass aus § 48 des oö. Sozialhilfegesetzes hervorgehe, dass die Fünfjahresfrist auch für die Schenkung auf den Todesfall gelte.

---

<sup>143</sup> Kogler, EF-Z 2016, 60 (62).

<sup>144</sup> Vgl zu dieser Frage unten 5.

<sup>145</sup> Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz und das Einkommensteuergesetz 1988 geändert werden (Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz – SV-ZG), BGBl. I 125/2017.

Diese Ansicht war jedoch unlogisch. § 48 des oö. Sozialhilfegesetzes regelte explizit nur den Regress gegen den Geschenknehmer, die Beitragspflicht des Empfängers sozialer Hilfe war hingegen in § 46 geregelt, welcher keine Frist vorsah. Solange der Geschenkgeber bei der Schenkung auf den Todesfall jedoch noch lebt, steht die geschenkte Sache in seinem Eigentum. Daher hätte der Sozialhilfeverband unbestimmt zugreifen können. § 48 des oö. Sozialhilfegesetzes hätte den Geschenknehmer daher erst geschützt, wenn es zu einer Eigentumsübertragung gekommen wäre. Solange die geschenkte Sache jedoch noch im Nachlass vorhanden war, war ein Regress in die geschenkte Sache auch möglich. Kam der Geschenknehmer dem Sozialhilfeverband jedoch zuvor und erlangte vor dem Sozialhilfeträger Eigentum, konnte er sich nach § 48 vor dem Pflegeregress schützen.

## 5. DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL NACH DEM ERBRÄG 2015

Durch das ErbRÄG wurde die Schenkung auf den Todesfall grundlegend reformiert. Gemäß § 603 ist sie auch nach dem Tod des Geschenkgebers als Vertrag zu behandeln, wenn sich dieser kein Widerrufsrecht vorbehalten hat und die Schenkung in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen wurde.

### 5.1. DER GESETZGEBUNGSPROZESS

Der Gesetzgeber nahm das Inkrafttreten der EuErbVO<sup>146</sup> am 17.08.2015 zum Anlass, das Erbrecht von Grund auf zu reformieren.<sup>147</sup> Mit den genaueren Gründen für die Reform halten sich die Gesetzesmaterialien aber leider etwas zurück.<sup>148</sup> Fest steht jedoch, dass man das ABGB sowohl in sprachlicher Hinsicht als auch in Hinblick auf die geänderten Bedürfnisse des 21. Jahrhunderts auf die Höhe der Zeit holen wollte. Exemplarisch wird hierbei die in den letzten 200 Jahren stark gestiegene Lebenserwartung der Bevölkerung erwähnt, die die Abhängigkeit der Pflichtteilsberechtigten von einer materiellen Versorgung verringert hätte.<sup>149</sup> Unter den Hauptgesichtspunkten der Reform nennt die Regierungsvorlage unter anderem eine Verbesserung der Übersichtlichkeit der Rechtsordnung,<sup>150</sup> eine Verbesserung der Fälschungssicherheit bei letztwilligen Verfügungen,<sup>151</sup> eine Anpassung des Pflichtteilsrechtes und eine teilweise Verbesserung der Stellung des Lebensgefährten.<sup>152</sup>

Die Gründe für die Reform gehen jedoch tiefer.<sup>153</sup> Schon seit langem waren manche Gebiete des Erbrechtes, wie beispielsweise das Pflichtteilsrecht und vor allem

---

<sup>146</sup> Verordnung Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl L 201/107.

<sup>147</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 1.

<sup>148</sup> Kathrein, Das neue Erbrecht, EF-Z 2016, 4.

<sup>149</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 1.

<sup>150</sup> Ob diese besonders in Hinblick auf die Schenkung auf den Todesfall, welche nach der neuen Rechtslage als Vertrag betrachtet wird, aber dennoch im Rahmen der letztwilligen Verfügungen behandelt wird, gelungen ist, scheint fraglich.

<sup>151</sup> Vgl zur Reform der Form letztwilliger Verfügungen: A Tschugguel, Neues zur Form letztwilliger Verfügungen, EF-Z 2016, 172.

<sup>152</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 1.

<sup>153</sup> Welser, Die Reform des österreichischen Erbrechts, NZ 2012, 1; Umlauft, Zwei wichtige Themen für die anstehende Erbrechtsreform, NZ 2012, 7.

dessen Anrechnung heftig umstritten.<sup>154</sup> Aber auch weitere Gebiete, wie die Stellung des Ehegatten und Lebensgefährten sowie die Unternehmensnachfolge erschienen reformbedürftig.<sup>155</sup> Die Erbrechtsreform brachte als Antwort auf die Dornbirner Testamentsfälschungsaffäre eine begrüßenswerte Verschärfung der Formvorschriften für fremdhändige letztwillige Verfügungen.<sup>156</sup> Der Gesetzgeber nütze die Reform auch für sprachliche Anpassungen. Beispielsweise wurde aus dem Noterben der Pflichtteilsberechtigte, aus der Fideikommissarischen Substitution die Nacherbschaft und aus dem Kodizill die sonstige letztwillige Anordnung. Während diese Änderungen in der Terminologie zu begrüßen sind, da aus der Praxis bekannt war, dass diese Begriffe vom ganz überwiegenden Teil der Bevölkerung nicht verstanden wurden, sind andere terminologische Änderungen missglückt. So wurde beispielsweise aus dem Erblasser der Verstorbene und aus dem Nachlass die Verlassenschaft.<sup>157</sup> Das Problem an der Terminologie des Verstorbenen liegt zum einen darin, dass sie bei der Testamentserrichtung zwangsläufig zu holprigen Satzkonstruktionen führt.<sup>158</sup> Vor allem bewirkt sie jedoch ein Auseinanderklaffen von ABGB und EuEr-bVO, Letztere spricht nämlich ausschließlich vom Erblasser und nicht vom Verstorbenen. Es verwendet auch den Begriff des Nachlasses anstelle der Verlassenschaft. Damit wird ohne Not ein Ziel des ErbRÄG, die Vereinheitlichung der Terminologie und deren bessere Verständlichkeit, verfehlt.

Auffällig ist, dass der Gesetzgeber diese umfangreiche Reform etwas überraschend und außerordentlich schnell durchgezogen hat.<sup>159</sup> Daran wurde kritisiert, dass dies eine geordnete, dem Umfang der Reform entsprechende Diskussion unmöglich gemacht habe.<sup>160</sup> Andererseits gehört das Erbrecht auch seit jeher zu den ideologisch wenig belasteten Rechtsgebieten, weswegen sich auch im Zuge des ErbRÄG 2015 die politischen Auseinandersetzungen in Grenzen hielten.<sup>161</sup>

---

<sup>154</sup> Welser, NZ 2012, 1 (4).

<sup>155</sup> Kathrein, EF-Z 2016, 5.

<sup>156</sup> Wendehorst in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 43 (51).

<sup>157</sup> Diese Änderung dürfte auf eine Stellungnahme des öffentlichen Notars Dr. Wilhelm Grander (46/SN-100/ME) zurückgehen, welcher den Begriff als „archaisch“ bezeichnet.

<sup>158</sup> Die Praxis zeigt, dass Mandanten sehr empfindlich reagieren, wenn man sie als *Verstorbener* bezeichnet.

<sup>159</sup> Kathrein, EF-Z 2016, 4.

<sup>160</sup> Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (322); vgl aber auch die Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (14/SN-100/ME), in welchem der Zeitraum für die Diskussion der Reform als ausreichend befunden wurde.

<sup>161</sup> Kathrein, EF-Z 2016, 5.

Den Beginn des Reformprozesses stellte ein hausinterner Entwurf des BMJ im Sommer 2014 dar.<sup>162</sup> Am 20.03.2015 langte der Ministerialentwurf im Nationalrat ein.<sup>163</sup> Bereits am 16.06.2015 wurde die etwas abgeänderte Regierungsvorlage<sup>164</sup> an den Justizausschuss des Nationalrates übersandt und von diesem am 24.06.2016 angenommen.<sup>165</sup> Am 30.07.2015 wurde das Gesetz im Bundesgesetzblatt kundgemacht.<sup>166</sup>

## 5.2. DER MINISTERIALENTWURF

Von besonderer Bedeutung für die Schenkung auf den Todesfall ist der Ministerialentwurf zum ErbRÄG 2015. Laut diesem verwies § 603 wie bisher auf § 956 ABGB. Dieser hatte aber folgenden Inhalt:

*„1) Eine Zuwendung, deren Erfüllung erst nach dem Tod des Schenkenden erfolgen soll, ist unter Einhaltung der dafür vorgeschriebenen Form als Vermächtnis anzusehen (§ 648).*

*(2) Eine Schenkung auf den Todesfall ist aber als ein Vertrag anzusehen, wenn sie der Geschenknehmer angenommen hat. Ist die geschenkte Sache beim Tod des Geschenkgebers noch in dessen Eigentum, so fällt sie in den Nachlass und ist wie ein Vermächtnis zu behandeln.*

Der Ministerialentwurf sah daher im Wesentlichen eine Fortschreibung der bereits bestehenden Judikatur vor, welche ohnehin der Vermächtnistheorie anhing. Die Beweggründe, die in den weniger als drei Monaten zwischen Ministerialentwurf und Regierungsvorlage bewirkt haben, dass der Gesetzgeber von der bisherigen Judikatur abging, sind leider nicht ersichtlich. Dies ist jedoch deshalb interessant, da der

---

<sup>162</sup> Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (322).

<sup>163</sup> 100/ME XXV. GP.

<sup>164</sup> Die Änderungen in der Regierungsvorlage sind besonders für die Schenkung auf den Todesfall von großer Bedeutung, da der Ministerialentwurf noch die Vermächtnistheorie vorsah, während sich in der Regierungsvorlage die Vertragstheorie findet.

<sup>165</sup> Am Abstimmungsverhalten kann man sehen, wie gering die politischen Spannungen im Erbrecht sind. Die Regierungsvorlage wurde mit den Stimmen der SPÖ, der ÖVP, der Grünen und der NEOS beschlossen.

<sup>166</sup> BGBl I Nr. 87/2015.

Gesetzgeber auf eine „kontinuierliche Rechtsentwicklung (...) besonders geachtet“ haben will.<sup>167</sup>

*Umlauft* vermutet, dass die Implementierung der Vermögensopfertheorie in § 782 ABGB der Grund für diesen Schwenk war.<sup>168</sup> Ob dies wirklich der Grund war, erscheint jedoch zweifelhaft. Die Judikatur zur Vermögensopfertheorie, welche besagt, dass eine Schenkung im Sinne des § 785 Abs 3 aF erst mit Erbringung des Vermögensopfers erbracht sei,<sup>169</sup> stammte aus dem Jahr 2014 und war daher bereits vor dem Ministerialentwurf bekannt. Außerdem war bereits im ME die Vermögensopfertheorie verankert. § 781 Abs 3 idF des Ministerialentwurfes hielt ausdrücklich fest, dass die Frist für die Schenkungsanrechnung erst mit Erbringung des Vermögensopfers zu laufen beginnt.<sup>170</sup>

Interessant ist auch, dass der Ministerialentwurf zwar noch an der Vermächtnistheorie festhält, die Schenkung auf den Todesfall aber dennoch im Schenkungsrecht und nicht im Erbrecht regelt. Meines Erachtens hätte, bei Beibehaltung der Vermächtnistheorie, eine Regelung im Erbrecht dem Wunsch des Gesetzgebers nach mehr Übersichtlichkeit besser entsprochen.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 1.

<sup>168</sup> *Umlauft*, EF-Z 2017, 4.

<sup>169</sup> OGH 11. 09. 2014, 2 Ob 39/14 w.

<sup>170</sup> Interessant ist das im ME geäußerte Verständnis des Vermögensopfers. Dieses liege dann nicht vor, wenn sich der Geschenkgeber ein Widerrufsrecht oder ein *Nutzungsrecht* vorbehalten hätte. Die Judikatur differenziert jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit zwischen einem Wohnungsgebrauchsrecht und einem Fruchtgenussrecht. Siehe hierzu OGH 29.09.2016, 2 Ob 220/15 i. Vgl hierzu die grundlegend andere Herangehensweise der dt Lehre und Rsp zu § 2325 BGB. Diese differenziert danach, ob der Geschenkgeber *im Wesentlichen darauf verzichtet hat, den geschenkten Gegenstand zu benutzen*. Dabei wird nicht zwischen dem Nießbrauchsrecht und dem Wohnungsrecht unterschieden (*Lange in Rixecker/Säcker* (Hrsg), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX<sup>5</sup> (2010), § 2325 Rz 62.).

<sup>171</sup> *Kathrein*, Das neue Erbrecht, EF-Z 2016, 5.

### 5.3. SYSTEMATISCHE STELLUNG DER SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL

Das ErbRÄG 2015 regelt die Schenkung auf den Todesfall in § 603. Dies ist sehr bemerkenswert, da eine Regelung in den §§ 938 ff der Vertragstheorie viel besser entsprochen hätte.<sup>172</sup> Die Materialien begründen dies nur mit systematischen Gründen.<sup>173</sup> Leider ist aus den Gesetzgebungsmaterialien nicht weiter ersichtlich, warum systematische Gründe für eine Einordnung im Erbrecht sprechen sollten. Es lag jedoch in jedem Fall eine bewusste Verlagerung der Regelung in das Erbrecht vor. Damit werden jedoch die Materialien in sich un schlüssig. Einerseits halten sie fest, dass die Schenkung auf den Todesfall, auch nach dem Tod des Geschenkgebers, als Vertrag zu behandeln ist. Dies spricht eindeutig für die Vertragstheorie. Andererseits stellen sie aber auch klar, dass man die Einordnung bewusst im Erbrecht vorgenommen habe, was wiederum an die Vermächtnistheorie erinnert. Eine größere Sensibilität des Gesetzgebers wäre hier, besonders in Hinblick auf die seit jeher bestehenden Schwierigkeiten bei der Einordnung der Schenkung auf den Todesfall, sehr zu begrüßen gewesen.<sup>174</sup>

### 5.4. ÜBERGANGSBESTIMMUNGEN

§ 1503 Abs 7 regelt die Übergangsbestimmungen des ErbRÄG 2015. Grundsätzlich trat das neue Erbrecht mit 01.01.2017 in Kraft. Vom Inkrafttreten ist jedoch die Anwendbarkeit zu unterscheiden.<sup>175</sup> Gemäß § 1503 Abs 7 Z 2 ist es grundsätzlich anzuwenden, wenn der Verstorbene nach dem 31.12.2017 verstorben ist. Ziffer 7 ordnet an, dass § 603 in der Fassung des ErbRÄG dann anzuwenden ist, wenn die Schenkung auf den Todesfall nach dem 31.12.2017 abgeschlossen wurde.

Begründet wird die teilweise Fortwirkung damit, dass für die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen oder Vereinbarungen aus Vertrauensschutzgründen auf den Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung oder des Vertragsabschlusses abzustellen ist.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> Keinert, JEV 2016, 18 (19).

<sup>173</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 12.

<sup>174</sup> So auch Keinert, JEV 2016, 18 (19); Ferrari in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht 57 (67).

<sup>175</sup> Kogler, EF-Z 2016, 60.

<sup>176</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 41.

Wie wichtig dieser Vertrauensschutz ist, lässt sich am besten an einer gültigen letztwilligen Verfügung eines Verstorbenen zeigen, der nach deren Errichtung testierfähig wird. Dessen ursprüngliche Verfügung wäre aufgrund eines Formmangels ungültig, er könnte jedoch auch keine neue Verfügung errichten.

Dabei lässt sich die Übergangsbestimmung auf zwei Arten interpretieren: Einerseits könnte man annehmen, dass § 1503 Abs 7 Z 5 nur die Formvorschriften dieser Rechtsgeschäfte betrifft.<sup>177</sup> Dieser Ansicht ist zumindest insoweit zuzustimmen, als die Formerfordernisse in jedem Fall unter Ziffer 5 zu subsumieren sind. Der Gesetzgeber verweist selbst mehrmals in den Materialien zu § 1503 auf den Vertrauensschutz, welcher besonders in Hinblick auf die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen zu wahren sei.<sup>178</sup> Andererseits könnte man Ziffer 5 auch so verstehen, dass § 603 jeweils in der Fassung anzuwenden ist, welche zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Geltung stand.<sup>179</sup>

Die beiden Auslegungen führen teilweise zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Ich möchte sie an einem kurzen Beispiel zeigen:

Vater und Sohn schlossen 2016 eine Schenkung auf den Todesfall über eine Liegenschaft ab. Einige Zeit später schenkte der Geschenkgeber einem anderen Sohn eine andere Liegenschaft. Hierbei wurde jedoch eine Schenkung unter Lebenden vereinbart. Durch die zweite Schenkung wurde das Vermögen des Geschenkgebers zur Gänze aufgeteilt.

---

<sup>177</sup> So anscheinend Kogler, EF-Z 2016, 60 (62); für eine Anwendung des § 1253 auch auf Altverträge spricht sich auch Blümel, ErbRÄG 2015 – Die Schenkung auf den Todesfall, ZAK 2016/494 aus; Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228 (231) kommt hingegen zu dem Schluss, dass § 1503 Abs 7 Z 5 die rechtliche Einordnung von Altverträgen unberührt lasse. Sie spricht sich jedoch für eine teleologische Reduktion dieser Bestimmung aus; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform § 603 Anm 3, halten fest, dass § 603 auf Schenkungen anzuwenden ist, welche nach dem 31.12.2016 errichtet wurden, sie scheinen damit auch zu meinen, dass auf Verträge, welche vor dem 01.01.2017 abgeschlossen wurden, die alte Rechtslage weiterhin angewendet werden solle.

<sup>178</sup> ErläutRV 688 BgNR XXV. GP, 41.

<sup>179</sup> Die Diskussion, inwieweit Übergangsbestimmungen auch die inhaltliche Interpretation des alten Rechtes betreffen, tauchte bereits bei der Erlassung des ABGB 1 auf. Damals stellte sich die Frage, ob Testamente, welche vor dem Inkrafttreten des ABGB errichtet wurden, unter dieses oder unter das ALR fallen. Diese Frage wurde durch eine authentische Interpretation in Form des Hofdecretes vom 16. November 1814, JGS 1111 gelöst. Demnach waren vor dem Stichtag errichtete letztwillige Verfügungen nach „den früheren, zur Zeit der Errichtung bestandenen Gesetzen zu beurtheilen“.

Betrachtet man § 1503 Abs 7 Z 5 nur als einen Verweis auf Formvorschriften, ist auf diese Schenkung auf den Todesfall auch § 1253 ABGB anwendbar. Daher hätte der Geschenknehmer auf den Todesfall eine Kürzung seiner Schenkung hinzunehmen. Betrachtet man § 1503 Abs 7 Z 5 auch als inhaltlichen Verweis, wäre § 1253 nicht anwendbar. Der Geschenknehmer müsste daher keine Kürzung hinnehmen.

Folgt man der Ansicht, dass § 1503 Abs 7 Z 5 zu einer unbeschränkten Fortwirkung der alten Rechtslage führt, hätte dies erhebliche Auswirkungen. Daher möchte ich mich im Folgenden eingehend mit dieser Frage auseinandersetzen.

#### 5.4.1. Wörtliche Interpretation

Aus einer wörtlichen Interpretation lässt sich eine Beschränkung auf die Formvorschriften aus § 1503 Abs 7 Z 5 nicht ableiten. Vielmehr ordnet diese Bestimmung an, dass § 603 in jener Form anwendbar ist, welche zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anwendbar ist. Hierbei ist grundlegend zwischen der Wirkung auf letztwillige Verfügungen (§§ 577 bis 591) und der Schenkung auf den Todesfall (§ 603) zu unterscheiden. Die §§ 577 bis 591 regeln nämlich ausschließlich die Formvorschriften letztwilliger Verfügungen. Damit ist klar, dass der Verweis auf diese Bestimmungen auch nur eine Fortwirkung der alten Formvorschriften meint. § 603 beinhaltet jedoch sowohl Formvorschriften (kein Widerrufsrecht und Notariatsakt) als auch materiellrechtliche Vorschriften (Behandlung als Vertrag, auch nach dem Tod des Geschenkgebers, Anwendbarkeit des § 1253). Eine wörtliche Interpretation des § 1503 Abs 7 Z 5 führt daher zu dem Ergebnis, dass der unbeschränkte Verweis auf § 603 auch dessen materiell-rechtlichen Teil umfasst.

#### 5.4.2. Historische Interpretation

Auch eine historische Interpretation führt bei näherer Betrachtung zu diesem Ergebnis. Aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ergibt sich, dass dem Gesetzgeber der Vertrauensschutz ein besonderes Anliegen war.<sup>180</sup> Wörtlich bezieht er sich hierbei stets auf die Formgültigkeit. Zu einer inhaltlichen Verweisung trifft er weder

---

<sup>180</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 41.

eine positive noch eine negative Aussage.<sup>181</sup> Diesbezüglich ist jedoch grundlegend zwischen letztwilligen Verfügungen und Verträgen zu unterscheiden. Während bei letztwilligen Verfügungen grundsätzlich kein Vertrauensschutz Dritter besteht<sup>182</sup>, handelt es sich bei der echten Schenkung auf den Todesfall sowohl nach der alten<sup>183</sup> als auch nach der neuen Rechtslage<sup>184</sup> um einen Vertrag. Die Materialien verweisen an mehreren Stellen auf das intertemporale Privatrecht.<sup>185</sup> In diesem Buch wird ebenfalls grundlegend zwischen letztwilligen Verfügungen und Verträgen unterschieden. Bei letztwilligen Verfügungen gibt es traditionell zwei Regelungstechniken. Einerseits kann nur die äußere Form, andererseits aber auch der Inhalt der Verfügung nach dem zum Zeitpunkt seiner Errichtung anwendbaren Recht beurteilt werden.<sup>186</sup> Dieser Regelungstechnik folgte der Gesetzgeber allerdings bereits seit der ersten Teilnovelle nicht mehr. Seitdem knüpft er, im Einklang mit der jüngeren Lehre, für das außerhalb der Formvorschriften liegende Recht immer an das im Todeszeitpunkt geltende Recht an.<sup>187</sup>

Für die jüngere Gesetzgebungstechnik sprechen gute Argumente. Grundsätzlich muss das Vertrauen des Testators nämlich nur hinsichtlich der Gültigkeit der Testamenterrichtung an diesen Zeitpunkt anknüpfen.<sup>188</sup> In den anderen Rechtsbereichen ist das Vertrauen jedoch unbeachtlich. Denn soweit der Testierfreiheit materiell-rechtliche zwingende Grenzen gesetzt werden, entfällt auch der intertemporale Vertrauensschutz.<sup>189</sup>

Die soeben beschriebenen Ideen dürften auch in der Regierungsvorlage mitschwingen.<sup>190</sup> Wegen des vertraglichen Charakters können diese Überlegungen jedoch nicht direkt auf die Schenkung auf den Todesfall übernommen werden. Grundsätzlich gelten vertragliche Obligationen als „klassische“ erworbene Rechte, auf die

---

<sup>181</sup> Vgl: „Die Gültigkeit der Errichtung von letztwilligen Verfügungen oder von Vereinbarungen ist aus Gründen des Vertrauensschutzes nämlich stets an den Zeitpunkt der Errichtung zu knüpfen.“

<sup>182</sup> Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 5.5.

<sup>183</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2268.

<sup>184</sup> Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228.

<sup>185</sup> ErläutRV 688 BgNR XXV. GP, 41 verweist hier explizit auf Vonkilch, Das intertemporale Privatrecht (1999), 264.

<sup>186</sup> Vgl JGS 1111 vom 16.11.1814.

<sup>187</sup> Vonkilch, Intertemporales Privatrecht, 263.

<sup>188</sup> Vonkilch, Intertemporales Privatrecht, 264.

<sup>189</sup> Vonkilch, Intertemporales Privatrecht, 264.

<sup>190</sup> ErläutRV 688 BgNR XXV. GP, 41.

spätere Rechtsänderungen nicht „zurückwirken“.<sup>191</sup> In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Geschenknehmer seinen Anspruch bereits zu Lebzeiten zedieren kann.<sup>192</sup> Es ist daher augenscheinlich, dass ihm ein vermögenswertes Recht zukommt. Hinsichtlich des Ausmaßes des Vertrauensschutzes ist zudem zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnissen zu unterscheiden. Während es dem Gesetzgeber zumutbar ist, vom Anwendungsbereich des neuen Rechtes die meist nach relativ kurzer Zeit erlöschenden Zielschuldverhältnisse auszunehmen, kann dies für teilweise unbefristete Dauerschuldverhältnisse nicht angenommen werden.<sup>193</sup> Daher ist bei der Schenkung auf den Todesfall, welche ja grundsätzlich ein Zielschuldverhältnis darstellt, von einer Fortwirkung des materiellen Rechtes auszugehen. Dies ergibt sich zumindest aus der vom Gesetzgeber explizit genannten Literatur. Andernfalls würde man dem Gesetzgeber, welcher ausdrücklich den Vertrauensschutz betont, unterstellen, dass er das Vertrauen des Geschenknehmers nicht schützen wolle. Somit spricht die historische Interpretation in Bezug auf die Schenkung auf den Todesfall für eine Fortwirkung des alten Rechtes.

#### 5.4.3. Teleologische Interpretation

Bei der teleologischen Interpretation steht der „natürliche Sinn“ der Norm im Zentrum der Auslegung.<sup>194</sup> Der eindeutige Zweck des § 1503 Abs 7 Z 5 besteht darin, berechtigtes Vertrauen zu schützen.

Wie im vorstehenden Beispiel gezeigt, birgt eine uneingeschränkte Anwendung des § 603 idF des ErbRÄG 2015 für den Geschenknehmer die Gefahr, dass er eine Kürzung seines Anspruches hinnehmen muss. Durch eine Fortwirkung des alten Rechtes wird hingegen dem vom Gesetzgeber mehrmals genannten Ziel der Wahrung des Vertrauensschutzes besser entsprochen. Dadurch wird nämlich das Vertrauen beider Parteien in die seinerzeitige Rechtslage geschützt.

Zwischen der Schenkung auf den Todesfall und der letztwilligen Verfügung gibt es einen grundlegenden Unterschied, der eine differenzierte Behandlung rechtfertigt: Während der Erblasser grundsätzlich jederzeit den letzten Willen einseitig an die neue Rechtslage anpassen kann, ist ihm dies bei einer Schenkung auf den Todesfall

---

<sup>191</sup> Vonkilch, Intertemporales Privatrecht, 175.

<sup>192</sup> Keinert, Schenkung auf den Todesfall 8.

<sup>193</sup> Vonkilch, Intertemporales Privatrecht, 177.

<sup>194</sup> Bydlinski in KBB<sup>6</sup> § 6 Rz 6

nur mit Zustimmung des Geschenknehmers möglich. Aber auch aus der Sicht des Geschenknehmers besteht bei der Schenkung auf den Todesfall ein größerer Vertrauensschutz als bei der letztwilligen Verfügung. Bei Letzterer weiß er oft nicht einmal, dass er nach dem Tod des Erblassers begünstigt sein wird – und selbst wenn er davon weiß, ist ihm bekannt, dass der Erblasser die Verfügung jederzeit abändern kann. Anders jedoch bei der Schenkung auf den Todesfall: Bei dieser erwirbt der Geschenknehmer mit Unterfertigung eine einseitig unwiderrufliche Anwartschaft auf die geschenkte Sache. Er ist daher auch in seinem Vertrauen zu schützen, dass dieser Vertrag nicht durch den Gesetzgeber grundlegend umgestaltet wird.

#### 5.4.4. Teleologische Reduktion des § 1503 Abs 7 Z 5

*Fischer-Czermak* scheint § 1503 Abs 7 Z 5 in gleicher Weise zu interpretieren.<sup>195</sup> Daher sei auf Schenkungen auf den Todesfall vor dem 01.01.2017 von der Rsp weiterhin die Vermächtnistheorie anzuwenden. Dies führe jedoch zu einem Widerspruch mit den Vorschriften über die Hinzu- und Anrechnung, welche bereits anwendbar sind, wenn der Erblasser nach dem 31.12.2016 verstirbt, unabhängig davon, wann diese Schenkungen gemacht worden seien (§ 1503 Abs 7 Z 1 und 2). Gemäß § 781 Abs 1 unterliege die Schenkung auf den Todesfall, wie für die Vertragslösung typisch, diesen Anrechnungsbestimmungen. Die Vertragslösung solle jedoch nach § 1503 Abs 7 Z 5 nicht gelten. Daher sei weiterhin die Vermächtnislösung anwendbar. Daher sei die geschenkte Sache zu aktivieren, nicht aber zu passivieren.<sup>196</sup> Dies widerspreche aber der Anordnung des § 781. Diese Antinomie könne man nur durch eine teleologische Reduktion des § 1503 Abs 7 Z 5 lösen, indem man dessen Anwendbarkeit ausschließlich auf die Gültigkeitsvoraussetzungen beschränke, für die rechtliche Beurteilung von Altverträgen jedoch auf die Rechtslage im Todeszeitpunkt abstelle. Somit seien die Formerleichterung und das freie Viertel nur auf Neuverträge anwendbar.<sup>197</sup> Für Verträge die vor dem 01.01.2017 abgeschlossen seien sei jedoch die Vertragstheorie anzuwenden.

---

<sup>195</sup> *Fischer-Czermak*, EF-Z 2016, 228 (231).

<sup>196</sup> Das hier beschriebene Problem dürfte sich unter Berücksichtigung der bisherigen Judikatur jedoch nicht ergeben. Der OGH nimmt trotz der Anwendung der Vermächtnistheorie eine Passivierung der Schenkung vor (vgl OGH 15.01.1986, 1 Ob 726/85).

<sup>197</sup> *Fischer-Czermak*, EF-Z 2016, 228 (232).

*Schauer* erkennt ebenfalls eine Antinomie zwischen § 1503 Abs 7 Z 5 und § 781. Anders als *Fischer-Czermak* tritt er aber für eine teleologische Reduktion des § 781 dahingehend ein, dass die Vertragstheorie nur auf Neuverträge anzuwenden sei. Das in § 5 normierte grundsätzliche Rückwirkungsverbot würde daher dazu führen, alte Schenkungsverträge auf den Todesfall weiterhin der von der Rsp bisher für richtig gehaltenen Vermächtnistheorie zu unterwerfen und die Vertragstheorie auf Schenkung auf den Todesfall nach dem 01.01.2017 zu beschränken.<sup>198</sup>

Auf *Schauers* Ansicht ausdrücklich replizierend führt *Fischer-Czermak* aus, dass § 5 hier nicht herangezogen werden könne, da bereits § 956 aF ursprünglich von der Vertragstheorie ausgegangen sei und dies auch in der Judikatur lange so gesehen wurde. Da die Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 unklar gewesen sei habe der Gesetzgeber nun lediglich eine authentische Interpretation nach § 8 vorgenommen, welche § 5 vorgehe.

Ich denke, dass der Ansicht von *Fischer-Czermak* grundsätzlich zu folgen ist, aber eine teleologische Reduktion auf die Gültigkeitsvoraussetzungen im gegebenen Fall nicht notwendig ist. Unter den bisherigen Wortlaut von § 603 iVm § 956 aF ließen sich nämlich sowohl die Vertrags- als auch die Vermächtnistheorie subsumieren. Es besteht daher, auch wenn man § 781 nF gleichzeitig mit § 956 aF anwendet, kein Widerspruch. Vielmehr muss man § 956 aF im Sinne der Vertragstheorie auslegen, da man bei der Auslegung dem Gesetzgeber gerade keine Antinomie unterstellen darf.<sup>199</sup> Dies erscheint besonders in Hinblick auf den Judikaturwechsel zur Vermögensopfertheorie bei der Schenkung auf den Todesfall als unproblematisch.<sup>200</sup> Die Auslegung des § 956 aF im Sinne der Vertragstheorie öffnet dann auch die Tür für eine Berücksichtigung der Ausnahmebestimmungen des § 784 nF<sup>201</sup>. Diese Lösung führt auch zu keinem erkennbaren Problem mit dem Rückwirkungsverbot des § 5 da die Vertragstheorie in Verbindung mit der Vermögensopfertheorie zu demselben Ergebnis gelangt wie die Vermächtnistheorie. Was die Rechte der Pflichtteilsberechtigten angeht kommen alle drei Varianten weitgehend zu dem Ergebnis, dass

---

<sup>198</sup> *Schauer*, Das neue Erbrecht, ÖJZ 2017, 53 (61).

<sup>199</sup> *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 6 Rz 151; *Schauer* in ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 6 Rz 26.

<sup>200</sup> Vergleiche hierzu 1.3.

<sup>201</sup> Auch nach der bisherigen Rechtslage konnte sich der Geschenknnehmer bei Anwendung der Vertragstheorie auf die Befreiungen des § 785 ABGB aF berufen.

eine unbefristete Hinzurechnung möglich ist. Unterschiede ergeben sich jedoch bei der Inventarisierung<sup>202</sup> und der daraus resultierenden Gerichtgebühr.

#### 5.4.5. Zusammenfassung

Es scheinen daher die besseren Argumente für einen vollständigen Verweis auf die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltende Form des § 603 und gegen eine teleologische Reduktion zu sprechen.

Dies hat jedoch einen großen Nachteil: Auf unbestimmte Zeit werden zwei verschiedenen Rahmenbedingungen für Schenkungen auf den Todesfall bestehen. Im Verlassenschaftsverfahren werden die Rechtsanwender daher stets zu beachten haben, wann die Schenkung auf den Todesfall abgeschlossen wurde und welches Recht auf diese anzuwenden ist. Für die Praxis liegt das größte Problem jedoch wahrscheinlich in den Problemen bei der Vertragserrichtung. Da es zwischen dem Abschluss der Schenkung auf den Todesfall und deren Durchführung grundsätzlich meist einen langen Zeitraum gibt, werden die ersten höchstgerichtlichen Entscheidungen erst einige Zeit nach dem Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 getroffen werden. In der Zwischenzeit besteht aber bei der Vertragserrichtung keine Rechtssicherheit dazu, wie die Schenkung auf den Todesfall ausjudiziert werden wird. Diese Rechtsunsicherheit erscheint jedoch im Vergleich zum schutzwürdigen Vertrauen des Geschenknehmers auch aus rechtspolitischen Gründen gerechtfertigt.

Die unbeschränkte Fortwirkung des § 956 aF entschärft auch ein anderes Problem. Wie bereits ausgeführt, ist die Schenkung auf den Todesfall sowohl nach dem alten<sup>203</sup> als auch nach dem neuen Recht<sup>204</sup> dem Grunde nach ein unwiderrufliches Rechtsgeschäft. Im neuen Recht wird die Unwiderruflichkeit dadurch verdeutlicht, dass sich der Geschenkgeber kein Widerrufsrecht vorbehalten darf. Durch den Verweis auf § 1253 erhält der Geschenkgeber aber die Möglichkeit, durch entsprechende Verringerung seines Vermögens die Schenkung auf den Todesfall insoweit zu unterlaufen, als dadurch das freie Viertel unterschritten wird.<sup>205</sup> Da aber in all jenen Verträgen, welche vor dem 01.01.2017 abgeschlossen wurden, nach der Rsp

---

<sup>202</sup> Nach *Schauen* wäre die Schenkung auf den Todesfall die vor dem 01.01.2017 abgeschlossen wurde nicht zu passivieren, während sie nach der Ansicht von *Fischer-Czermak* und mir zu Passivieren wäre.

<sup>203</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 57.

<sup>204</sup> *Fischer-Czermak*, EF-Z 2016, 228.

<sup>205</sup> *Umlauf*, EF-Z 2017, 4 (5).

und hL § 1256 ohnehin nicht zur Anwendung kommt, ist dieser Wertungswiderspruch etwas entschärft. Für die Neufälle ist der Geschenknehmer hingegen nicht mehr schutzwürdig. Er weiß, dass durch den Verweis auf § 1253 nur mehr eine verwässerte Unwiderruflichkeit vorliegt.

## 5.5. WEGFALL DER ANGEHÖRIGENSTELLUNG

Der Wegfall der Angehörigenstellung ist für die Schenkung auf den Todesfall aus zwei Blickpunkten interessant.

§ 725 ordnet an, dass eine Auflösung der Ehe, der eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft<sup>206</sup> davor errichtete letztwillige Verfügungen aufhebt, solange der Testator in diesen Verfügungen nichts Gegenteiliges angeordnet hat. Dasselbe gilt auch für die Aufhebung der Abstammung. Laut den Materialien soll diese Bestimmung dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprechen.<sup>207</sup> Dem ist zweifellos zuzustimmen. In der Praxis stellte das Schicksal letztwilliger Verfügungen im Falle einer Scheidung ein häufiges und kaum lösbares Problem dar. Zwar konnte auch bisher eine letztwillige Verfügung wegen eines Motivirrtums nach § 572 aF angefochten werden. Dies war jedoch nach der Rsp nur möglich, wenn das irri- ge Motiv der *einzig* und *alleinige* Beweggrund für die letztwillige Verfügung war.<sup>208209</sup> Diese strenge Auslegung wurde von der hL als zu eng empfunden.<sup>210</sup> Sie verlangte lediglich, dass das irri- ge Motiv mit hinlänglicher Wahrscheinlichkeit bewiesen werden konnte.<sup>211</sup>

§ 725 ist von seiner Wirkung auch mit den Erbu- nwürdigkeitsgründen der §§ 539 ff vergleichbar, da in beiden Fällen die Erben- stellung ohne ein Zutun des Erblassers

---

<sup>206</sup> Grundsätzlich wird die Feststellung, ob jemand der Lebensgefährte des Verstorbenen war, problematisch sein. Vgl hierzu auch Welser, NZ 2012, 1 (2).

<sup>207</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 20.

<sup>208</sup> Zuletzt OGH 15.05.2014, 6Ob168/13v = EvBl-LS 2014/119 = JEV 2014, 109/5 – JEV 2014/5 = Zak 2014/464 S 254 – Zak 2014, 254 = ZIK 2014/268 S 183 – ZIK 2014, 183 = EF-Z 2014/137 S 223 (Tschugguel) – EF-Z 2014, 223 (Tschugguel) = iFamZ 2014/195 S 273 – iFamZ 2014, 273 = JBl 2014, 741 = NZ 2014/139 S 378 – NZ 2014, 378.

<sup>209</sup> An dieser strengen Rsp dürfte sich außerhalb des Anwendungsbereiches des § 725 wenig ändern, da § 572 daran festhält, dass das irri- ge Motiv der *einzig* und *alleinige* Beweggrund war.

<sup>210</sup> Vgl Welser, NZ 2012, 1 (4).

<sup>211</sup> Weiß/Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 129 mwN.

wegfällt. Das neue Erbrecht differenziert dabei zwischen absoluten (§§ 539, 540) und relativen (§ 542) Erbenwürdigkeitsgründen. Während Erstere grundsätzlich zu einem Wegfall der Erbenstellung führen, bewirken Letztere nur dann eine Erbenwürdigkeit, wenn der Testator aufgrund seiner Testierunfähigkeit, Unkenntnis der Erbenstellungsmöglichkeit oder eines sonstigen Grundes nicht in der Lage war, eine Erbenstellung anzuordnen.<sup>212</sup> In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die Materialien in beiden Fällen damit argumentieren, dass dem wahren Willen des Verstorbenen zum Durchbruch verholfen werden soll.<sup>213</sup> Neben dieser Wirkung hat aber § 725, so wie die §§ 539 ff, eine besondere Wirkung im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Verstorbenen.<sup>214</sup>

Andererseits kann auch ein Erbvertrag im Falle einer Scheidung gemäß § 1266 von der Vertragspartei angefochten werden, welche an der Scheidung ein minderes oder kein Verschulden trifft. Im Falle einer einvernehmlichen Scheidung oder einer Scheidung aus gleichteiligem Verschulden erlischt der Erbvertrag automatisch.<sup>215</sup> § 1266 stellt dabei einen Sonderfall eines beachtlichen Motivirrtumes oder eines Wegfalles der Geschäftsgrundlage dar.<sup>216</sup> Daher entschied der OGH schon bisher in ständiger Rsp, dass eine Schenkung unter Lebenden nach § 1266 analog angefochten werden könne, wenn sie in Erwartung des Fortbestandes der Ehe gemacht wurde, was insbesondere anzunehmen sei, wenn die Schenkung bestimmenden Einfluss auf die Güterverteilung gehabt habe.<sup>217</sup> Auch eine Schenkung auf den Todesfall kann nach § 1266 analog widerrufen werden.<sup>218</sup> Der Wegfall der Angehörigenstellung kann aber auch als Wegfall der Geschäftsgrundlage, als wesentlicher

---

<sup>212</sup> *Christandl/Nemeth*, Das neue Erbrecht – ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016, 1 (6).

<sup>213</sup> Zu den §§ 539 ff siehe ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 5; zu § 725 siehe ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 20.

<sup>214</sup> Dies wird am folgenden Beispiel deutlich: Der Verstorbene war aufgrund einer Geisteskrankheit nicht mehr testierfähig. Aufgrund dieser Geisteskrankheit lässt sich seine Ehegattin gemäß § 51 EheG scheiden. In diesem Fall ist der Testator wegen seiner Testierunfähigkeit nicht mehr in der Lage, eine Erbenstellung der geschiedenen Ehegattin vorzunehmen. Durch § 725 wird seinem vermuteten Willen jedoch dennoch zum Durchbruch verholfen.

<sup>215</sup> *Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 5.313.

<sup>216</sup> *Rummel*, Schenkung unter Ehegatten und Scheidung, JBl 1976, 626 (630); *Graf*, Im Hinblick auf den Fortbestand der Ehe gemachte Schenkung – Ist das Recht zum Widerruf vererblich? NZ 2007, 321 (326).

<sup>217</sup> Zuletzt OGH 14.07.1994, 8 Ob 530/94; kritisch hierzu *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 209.

<sup>218</sup> *Fischer-Czermak*, Verträge auf den Todesfall zwischen Ehegatten und Scheidung, NZ 2001, 3 (5).

Motivirrtum oder als Anknüpfungspunkt einer Leistungskondition nach § 1435 analog betrachtet werden.<sup>219</sup> Diese Anknüpfungspunkte erlauben dem Geschenkgeber jedoch aus verschiedenen Gründen meist keinen Widerruf der Schenkung.<sup>220</sup> Soweit ersichtlich, gibt es keinen Grund, warum das ErbRÄG 2015 an dieser Ansicht etwas geändert haben sollte. Daher ist davon auszugehen, dass der Geschenkgeber im Falle einer Scheidung weiterhin die Schenkung widerrufen kann. Nach seinem Tod steht dieses Recht seinen Erben zu.<sup>221</sup>

Die analoge Anwendung des § 1266 ist jedoch im Vergleich zu einer analogen Anwendung des § 725 für die Erben aus mehreren Gründen nachteilig. Auch der Ehegatte, aus dessen alleinigem Verschulden die Ehe geschieden wird, könnte sich auf § 725 berufen, nicht aber auf § 1266. Aber auch wenn die Ehe geschieden wird, ohne dass eine der Vertragsparteien ein Verschulden trifft, ist § 1266 nicht anwendbar.<sup>222</sup> Fraglich ist zudem, ob sich auch andere Angehörige als der Ehegatte auf die analoge Anwendung des § 1266 berufen können. Hierbei wäre beispielsweise an eine Schenkung an ein vermeintliches Kind des Verstorbenen, welches nachträglich nicht von diesem abstammt, zu denken.

Mag der Wegfall der Angehörigenstellung im Falle einer Schenkung auf den Todesfall auf den ersten Blick wertungsmäßig mit § 725 vergleichbar sein, ergeben sich bei näherer Betrachtung erhebliche Bedenken. Eine direkte Anwendung dieser Bestimmung scheitert schon daran, dass § 725 lediglich von *letztwilligen Verfügungen* spricht. In Frage käme daher, wenn überhaupt, eine analoge Anwendung des § 725. Diese würde jedoch eine planwidrige Lücke des Gesetzgebers voraussetzen.<sup>223</sup> Eine solche ist jedoch im gegebenen Fall mE nicht anzunehmen. Dies liegt einerseits daran, dass der Gesetzgeber in § 603 ausdrücklich feststellt, dass die Schenkung auf den Todesfall als Vertrag zu behandeln ist. Die Anwendung einer sich explizit auf letztwillige Verfügungen beziehenden Norm widerspräche dem jedoch. In den meisten Fällen liegt ein weiterer Grund gerade in den Konsequenzen, welche eine Anwendung des § 725 auf die Schenkung auf den Todesfall hätte. Sie gäbe dem an der Scheidung Schuldigen das Recht, zusätzlich noch die Schenkung auf den

---

<sup>219</sup> Vgl. Graf, NZ 2007, 321 (321).

<sup>220</sup> Fischer-Czermak, NZ 2001, 3 (4).

<sup>221</sup> Graf, NZ 2007, 321 (326).

<sup>222</sup> Zu denken wäre hierbei an die Scheidungsgründe der §§ 50 – 52 EheG, vgl. zu diesen Kerschner, Familienrecht<sup>4</sup> (2010), Rz 2/117.

<sup>223</sup> Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7, Rz 16.

Todesfall anzufechten. Gerade in diesen Fällen erscheint es jedoch nicht sachgerecht, dem Geschenkgeber ein Abstandnehmen von der Schenkung zu gestatten, dies wäre mit dem Vertragscharakter der Schenkung auf den Todesfall und dem Vertrauensschutz des Geschenknehmers unvereinbar. Eine analoge Anwendung des § 725 käme daher nur in jenen Fällen in Frage, in denen weder der Geschenkgeber noch der Geschenknehmer ein Verschulden am Wegfall der Angehörigenstellung tragen (entweder durch Wegfall der Abstammung oder aufgrund einer Scheidung nach den §§ 50 ff EheG).<sup>224</sup> Wird die Nichtabstammung vom Geschenkgeber nachträglich festgestellt, wird man im Einzelfall zu prüfen haben, ob ein für die Schenkung beachtlicher Motivirrtum vorliegt. In diesem Fall wird der Geschenkgeber die Schenkung wegen Irrtums, nicht aber wegen Wegfalls der Angehörigenstellung anfechten können. Ist der Geschenkgeber bereits verstorben, steht dieses Recht dem Nachlass bzw den Erben zu. Praktisch ist hierbei, dass ein ehemaliger Angehöriger aufgrund des § 725 niemals ungewollt Erbe sein kann.

## 5.6. ZWECK DER NOTARIELLEN FORM

*„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkühr, die Zwillingschwester der Freiheit.“<sup>225</sup>*

Mögen Formvorschriften zwar einerseits Sicherheit bieten, können sie jedoch andererseits unbequem und lästig sein.<sup>226</sup> Daher herrscht im ABGB gemäß § 883 bezüglich des Vertragsabschlusses Formfreiheit. Bestimmte Formvorschriften müssen daher stets vom Gesetzgeber angeordnet werden. Somit besteht keineswegs bei jedem

---

<sup>224</sup>Der Anwendungsbereich für eine analoge Anwendung des § 725 schränkt sich hierbei ein weiteres Mal ein, da eine Scheidung nach den §§ 50 – 52 EheG dennoch einen Ausspruch über das Verschulden beinhalten kann, siehe hierzu *Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft*<sup>7</sup> (2003), Rz 155.

<sup>225</sup> *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II (1858) 32.

<sup>226</sup> *Welser*, Zivilrechtliche Formgebote und Notariatsakt in Rechberger (Hrsg) *Formpflicht und Gestaltungsfreiheit*, Schriftenreihe des Österreichischen Notariats, Band 20 (2002), 1 (2).

„wichtigen“ Geschäft eine besondere Formvorschrift, vielmehr können auch Liegenschaftsverträge<sup>227</sup> und GsBR-Gesellschaftsverträge formfrei und konkludent abgeschlossen werden.<sup>228</sup> Bei Rechtsgeschäften von Todes wegen sind besondere Formvorschriften jedoch sogar eine Grundregel.<sup>229</sup> Stellt der Gesetzgeber Formvorschriften auf, will er damit verschiedene Ziele erreichen.<sup>230</sup> Dieser Normzweck muss für jede Formvorschrift eigens geklärt werden, um deren Reichweite zu bestimmen.<sup>231</sup> Dabei führen die Formvorschriften üblicherweise zu einer reiflicheren Überlegung, zu einer Konkretisierung des Inhalts des Geschäftes sowie zu einer erleichterten Beweisführung und ermöglichen fachmännische Beratung.<sup>232</sup> Außerdem verhindern Formvorschriften häufig Rechtsstreitigkeiten und Prozesse und führen daher gesamtwirtschaftlich zu einer Kostenersparnis.<sup>233</sup> Teilweise werden aber auch öffentliche Interessen für Formvorschriften betont, etwa bei Abtretungsverträgen über GmbH-Geschäftsanteile.<sup>234</sup>

Meist liegt der Normzweck für die Notariatsaktpflicht darin, eine fachkundige und objektive Beratung der Parteien zu gewährleisten.<sup>235</sup> Dabei trifft den Notar gemäß § 52 eine besondere Beratungspflicht gegenüber den Parteien.<sup>236</sup> Dabei erlaubt ihm seine Spezialisierung auf Liegenschafts-, Erb- und Gesellschaftsrecht eine besonders umfassende Beratung seiner Mandanten.<sup>237</sup> Neben der Beratungspflicht trifft den Notar aber auch die Verpflichtung, die Geschäftsfähigkeit der Parteien zu

---

<sup>227</sup> Soll der Vertrag über eine Liegenschaft jedoch in das Grundbuch eingetragen werden, verlangt § 32 BGB eine öffentliche Urkunde oder eine Privaturkunde, auf der die Unterschrift der Parteien beglaubigt ist.

<sup>228</sup> *Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 883 Rz 1.

<sup>229</sup> *Welser* in *Rechberger, Formgebote*, 1 (3).

<sup>230</sup> *Kalss* in *Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>1.04</sup> § 883 Rz 3.

<sup>231</sup> Zuletzt 9ObA110/15i ARD 6478/6/2015 = JBI 2016, 58 = ZAS-Judikatur 2016/7 = RdW 2016/89 S 123 – RdW 2016, 123 = ZIIR 2016, 5 = ZIIR-Slg 2016/7 = wbl 2016, 100/29 – wbl 2016/29 = EvBl-LS 2016/41 = ZAS 2016/15 S 85 (Köck) – ZAS 2016, 85 (Köck) = ecolex 2016/104 S 241 – ecolex 2016, 241 = DRdA-infas 2016/53 S 86 – DRdA-infas 2016, 86 = Schnittler, *justIT* 2016/22 S 47 – Schnittler, *justIT* 2016, 47 = DRdA 2016, 339/37 (*Trost*) – DRdA 2016/37 (*Trost*) = Arb 13.269 = JAS 2017, 63 (*Geiblinger*).

<sup>232</sup> *Keinert*; *Schenkung auf den Todesfall* 145.

<sup>233</sup> *Welser* in *Rechberger, Formgebote*, 1 (4).

<sup>234</sup> *Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 883 Rz 1.

<sup>235</sup> *Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 883 Rz 2.

<sup>236</sup> *Gruber*, *Studien zur Teleologie der notariellen Form in Rechberger (Hrsg), Formpflicht und Gestaltungsfreiheit, Schriftenreihe des Österreichischen Notariats*, Band 20 (2002), 55 (65).

<sup>237</sup> *Welser* in *Rechberger, Formgebote*, 1 (9).

prüfen.<sup>238</sup> Diese Verpflichtung ist schon jetzt von großer Bedeutung und dürfte mit zunehmender Lebenserwartung nochmals wichtiger werden.<sup>239</sup>

Die Formbedürftigkeit von Schenkungen ohne tatsächliche Übergabe war schon im Urentwurf des ABGB anerkannt.<sup>240</sup> Zeiller führte hierzu aus, dass ein Notariatsakt notwendig sei, da sich „junge, leichtsinnige, oder schwache Gemüther durch Erhitzung der Einbildungskraft, oder in einer oft absichtlich herbeygeführten Aufwallung des Geblüts zu unbesonnen, gar bald wieder bereuten, mündlichen Verheißungen“ bewegen lassen.“<sup>241</sup> Zu einer tatsächlichen Übergabe oder Abfassung einer schriftlichen Urkunde würde man sich hingegen nicht so schnell entschließen. Auch im BGB wird für die Schenkung ohne tatsächliche Übergabe die notarielle Beurkundung verlangt.<sup>242</sup>

In den Erläuterungen zum ErbRÄG 2015 findet sich keine Begründung, warum man an der Notariatsaktspflicht festgehalten hat. Auch Barth/Pesendorfer treffen keine Aussage, warum der Gesetzgeber diese Formvorschrift beibehalten wollte.<sup>243</sup> Dabei kann die Notariatsaktspflicht mehreren Zwecken gleichzeitig dienen.<sup>244</sup>

### 5.6.1. Übereilungsschutz

Viele Parteien, insbesondere ältere Mandanten, sind nicht in der Lage abzuschätzen, wie sehr sie sich durch Schenkungs- und Übergabsverträge schaden können.<sup>245</sup> Daher ist der Übereilungsschutz wesentlicher Normzweck bei Geschäften, welche dazu verleiten, ihre Wirkung zu unterschätzen; hierzu zählen insbesondere die Schenkung auf den Todesfall und die Schenkung ohne wirkliche Übergabe.<sup>246</sup> Anders als bei der Handschenkung, bei welcher der Geschenkgeber sofort die Sache

---

<sup>238</sup> Gruber in Rechberger, Formgebote, 55 (63).

<sup>239</sup> In diesem Zusammenhang soll an die Wertungen des Erwachsenenschutzgesetzes erinnert werden, welches sich zum Ziel setzt, die Autonomie von Menschen zu fördern, die nicht mehr in der Lage sind, ihre eigenen Angelegenheiten zu verwalten. Dabei müsse man sich „an den Bedürfnissen, den Wünschen und dem feststellbaren Willen der betroffenen Menschen orientieren.“ 222/ME XXV. GP.

<sup>240</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 145.

<sup>241</sup> Zeiller, Commentar III/1, 159.

<sup>242</sup> Gruber in Rechberger, Formgebote, 55 (80).

<sup>243</sup> Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 § 603.

<sup>244</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 146.

<sup>245</sup> Welser in Rechberger, Formgebote, 1 (13).

<sup>246</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 146.

aus der Hand gibt, verspricht der Geschenkgeber auf den Todesfall die Leistung erst zum Todeszeitpunkt, daher verspürt er den Verlust nicht so deutlich, daher bedarf der Geschenkgeber zu seinem eigenem Schutz einer besonderen Warnung.<sup>247</sup> Interessant ist, dass ursprünglich vom Gesetz in § 943 lediglich die Schriftform für einen Schenkungsvertrag ohne wirkliche Übergabe gefordert wurde. Dies wurde jedoch in weiterer Folge als ungenügend erachtet, da „*sich Leute planmäßig an ältere vermögende Männer herandrängen, diesen alle möglichen Aufmerksamkeiten erweisen, ihnen sodann in einer schwachen Stunde ein Versprechen ablocken, nachdem sie das Versprechen Schwarz auf Weiß erhalten, ihrem Wohltäter den Rücken kehren und aufgrund solcher Zeilen sogar die Hilfe des Gerichtes in Anspruch nehmen.*“<sup>248</sup>

Bei der Schenkung auf den Todesfall ist die Schutzbedürftigkeit des Geschenkgebers aus zwei Gründen besonders groß: Einerseits treffen ihn die Folgen seiner Großzügigkeit nicht mehr persönlich, was die Gefahr unüberlegter Zuwendungen besonders erhöht. Andererseits darf sich der Geschenkgeber nach dem Gesetzeswortlaut kein Widerrufsrecht vorbehalten.<sup>249</sup>

Der in der Praxis häufige Fall, dass die Schenkung auf den Todesfall zur Vorwegregelung der Erbschaft verwendet wird, birgt dabei die Gefahr, dass die Parteien das Gefühl bekommen, eine Schenkung auf den Todesfall sei ebenso leicht zu widerrufen wie eine letztwillige Anordnung.<sup>250</sup> Dabei kommt es leider sehr häufig vor, dass Parteien einerseits glauben, dass durch ein Testament das Vermögen unwiderruflich versprochen sei, andererseits sich aber auch manche Parteien der Rechtsfolgen eines Vertragsabschlusses in der Familie nicht bewusst sind. Diese Fälle haben bereits in der Rsp Niederschlag gefunden.<sup>251</sup>

---

<sup>247</sup> Gruber in Rechberger, Formgebote, 55 (82).

<sup>248</sup> So der seinerzeitige Justizminister über die Notwendigkeit des Notariatsaktes auch für Schenkungsversprechen; siehe hierzu Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 32.

<sup>249</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 147.

<sup>250</sup> Gruber in Rechberger, Formgebote, 55 (83).

<sup>251</sup> OGH 02.02.2005, 9 Ob 149/04 h ÖJZ-LSK 2005/138 = ÖJZ-LSK 2005/139 = EvBl 2005/133 S 633 – EvBl 2005, 633 = Jus-Extra OGH-Z 3943 = ecolex 2005, 687 = SZ 2005/12 = MietSlg 57.109 = MietSlg 57.213 = NZ 2006, 340 = Giller/Binder, EF-Z 2015/58 S 105 – Giller/Binder, EF-Z 2015, 105 = Giller/Binder, EF-Z 2015/86 S 153 – Giller/Binder, EF-Z 2015, 153

### 5.6.2. Belehrungsfunktion

Mit der Warnfunktion aufs Engste verknüpft ist die Belehrungsfunktion. Durch die Belehrung des Notars soll der Geschenknehmer die Folgen seines Handelns vor Augen geführt bekommen und so vor übereilten Handlungen geschützt werden.<sup>252</sup> Die Belehrungspflicht des Notars ist in § 52 NO normiert. Demnach hat sich der Notar über die persönlichen Fähigkeiten der Parteien ein Bild zu machen, die Parteien über den Sinn und die Folgen des Vertrages zu belehren und sich von ihrem ernstlichen und wahren Willen zum Vertragsabschluss zu überzeugen. Der Umfang der Belehrungspflicht richtet sich dabei nach dem gegebenen Bildungs- und Intelligenzgrad der Parteien sowie danach, ob die Parteien bereits vorab durch einen Juristen belehrt wurden.<sup>253</sup> Daher ist das Ausmaß der Belehrungspflicht immer abhängig von den Parteien und dem abzuschließenden Rechtsgeschäft. Aufgrund der rechtlichen Komplexität und des Umstands, dass Schenkungen auf den Todesfall auch von rechtsunkundigen Laien abgeschlossen werden, wird den Notar bei diesen Verträgen meist eine besonders eingehende Belehrungspflicht treffen.

Die Belehrungsfunktion der Notariatsaktspflicht wird überdies durch § 68 Abs 1 lit f NO unterstützt. Gemäß dieser Bestimmung hat der Notar bei der Aufnahme eines Notariatsaktes den Vertrag selbst vorzulesen oder zumindest bei dessen Verlesung physisch anwesend zu sein.<sup>254</sup> Es ist damit zumindest einmal sichergestellt, dass sich die Parteien mit dem gesamten Vertragsinhalt auseinandersetzen. Mag diese Bestimmung auch häufig als „Lesestunde“ beim Notar belächelt werden, trägt sie doch zu einer signifikanten Entschleunigung des Beratungsprozesses bei und zwingt die Parteien und den Notar, sich vor Vertragsunterschrift eingehend mit dem Vertragsinhalt auseinanderzusetzen. Außerdem besteht bei bestimmten Bevölkerungsgruppen noch immer Bedarf danach, dass ihnen jemand den Vertrag vorliest, da ihre Lesekompetenz nicht ausreicht, um den Vertrag selber lesen zu können. Laut der PIAAC-Studie der OECD verfügen 17 % der Österreicher über eine niedrige Lesekompetenz und haben daher massive Probleme beim Lesen von Textpassagen,

---

<sup>252</sup> Gruber in Rechberger, Formgebote, 55 (82).

<sup>253</sup> Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 52 NO Rz 7.

<sup>254</sup> Lediglich wenn die Partei taub ist, kann unter Einhaltung weiterer Formvorschriften auf eine Verlesung des Aktes verzichtet werden. Vgl. Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 68 NO Rz 10.

in diesem Zusammenhang wird auch von funktionalem Analphabetismus gesprochen.<sup>255</sup>

Letztlich wird die Belehrungsfunktion auch durch die Beratung durch einen objektiven unabhängigen und unparteiischen Vertragserrichter unterstützt.<sup>256</sup> Gemäß § 33 NO darf der Notar in eigenen Angelegenheiten oder in Sachen seiner Angehörigen, wozu auch der Lebensgefährte zählt, keine Notariatsakte aufnehmen.<sup>257</sup>

Somit führen die Form des Notariatsaktes und die damit verbundene Verpflichtung zur Belehrung der Parteien und Vorlesung der Urkunde zu einer eingehenden und nachhaltigen Beratung der Parteien, die den Parteien die Konsequenzen ihrer Handlungen vor Augen führt.

### 5.6.3. Beweisfunktion

Bereits aus den Gesetzgebungsmaterialien zum Notariatsaktsgesetz zeigt sich, dass der Normzweck dieser Formvorschrift darin liegt, eine sichere und dauernde Aufbewahrung der Urkunden zu gewährleisten und zu verhindern, dass diese im Laufe der Zeit verloren gehen.<sup>258</sup> Ein Vorteil der Notariatsaktspflicht liegt dabei darin, dass stets eine Urschrift in der Kanzlei des Notars bleiben muss und daher sicher verwahrt ist. Durch die auf der Urkunde abgedruckte Geschäftszahl, welche als fortlaufende Nummer in das Geschäftsregister des Notars einzutragen ist, kann die Urschrift auch immer wieder aufgefunden werden. In diesem Zusammenhang wird daher von manchen vorgebracht, dass die Vorschriften über Registrierung von Notariatsakten eine vergleichbare Publizitätswirkung wie öffentliche Register, beispielsweise das Grundbuch oder das Firmenbuch, bewirken würden.<sup>259</sup> Ob die Registrierungs- und Verwahrungspflichten des Notars tatsächlich zu einer Publizität führen, welche mit jener von öffentlichen Registern vergleichbar ist, erscheint jedoch fraglich. § 36 NO normiert eine umfassende Verschwiegenheitspflicht des Notars gegenüber seinen

---

<sup>255</sup> *Bönisch/Reif*, Schlüsselkompetenzen von Erwachsenen, Vertiefende Analysen der PIAAC-Erhebung 2011/2012, 226.

<sup>256</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 146.

<sup>257</sup> Wie weit die Befangenheitsgründe gehen, sieht man daran, dass der Notar auch nach Wegfall der Angehörigenstellung keinen Notariatsakt aufnehmen darf.

<sup>258</sup> Vgl. *Liedermann*, NZ 2011, 321 mwN.

<sup>259</sup> *Gruber* in *Rechberger*, Formgebote, 55 (76).

Parteien. Daher dürfen grundsätzlich nur die Parteien in die Urkunden Einsicht nehmen. Im Grundbuchsrecht herrscht demgegenüber gemäß § 7 GBG<sup>260</sup> das formelle Publizitätsprinzip, dem zufolge jedermann Einsicht nehmen kann.<sup>261</sup> Dieses formelle Publizitätsprinzip gilt gemäß § 1 Abs 2 FBG<sup>262</sup> auch im Firmenbuchrecht. In das zentrale Testamentsregister darf jedoch nicht jedermann Einsicht nehmen. Die fehlende Publizität der Schenkung auf den Todesfall stellt besonders in Hinblick auf die doppelte Schenkung ein Problem dar.<sup>263</sup>

Dabei hat die Registrierungs- und Archivierungspflicht des Notars bei der Schenkung auf den Todesfall eine besonders große Bedeutung, da zwischen dem Abschluss des Schenkungsvertrages und der Erfüllung meist viele Jahre liegen. Außerdem ist es bei der Schenkung auf den Todesfall im Erfüllungszeitpunkt naturgemäß nicht mehr möglich, den Geschenkgeber zu befragen.

Vor der Aufnahme eines Notariatsaktes hat sich der Notar über die persönlichen Fähigkeiten der Parteien gemäß § 52 NO Gewissheit zu verschaffen. Er hat daher insbesondere zu prüfen, ob die Parteien die für den Vertragsabschluss notwendige Geschäftsfähigkeit besitzen. Gemäß § 34 Abs 2 NO ist es dem Notar untersagt, eine Amtshandlung vorzunehmen, bei der er weiß oder annehmen muss, dass einer der Parteien die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Demnach hat der Notar vor Aufnahme eines Notariatsaktes zumindest durch ein kurzes Gespräch mit den Parteien festzustellen, ob diese geschäftsfähig sind.<sup>264</sup> Tatsächlich wird sich der Notar jedoch schon alleine wegen der umfassenden Belehrungspflicht ein genaueres Bild von der Geschäftsfähigkeit der Partei machen müssen. Bestehen beim Notar Zweifel, ob die Partei geschäftsfähig ist, hat er weitere Erkundigungen einzuholen.<sup>265</sup> Bestehen auch dann noch Zweifel an der Geschäftsfähigkeit, hat er den Notariatsakt zwar dennoch aufzunehmen,<sup>266</sup> jedoch einen Zweifelsvermerk nach § 36 NO in den Notariatsakt aufzunehmen.

---

<sup>260</sup> Bundesgesetz vom 2. Feber 1955 über die Grundbücher StF: BGBl. Nr. 39/1955.

<sup>261</sup> *Rassi*, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 2.33.

<sup>262</sup> Firmenbuchgesetz (FBG) StF: BGBl. Nr. 10/1991.

<sup>263</sup> Vgl. zu diesem Problem unten 7.1.

<sup>264</sup> LGZ Graz 25.11.1981, 1b R 190/81 = NZ 1982, 75.

<sup>265</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 34 NO Rz 8.

<sup>266</sup> Rechtlich befindet sich der Notar in diesem Moment in einem Zwiespalt. Einerseits gehört es zu seinen Amtspflichten, Notariatsakte aufzunehmen, wenn dies die Parteien wünschen, andererseits darf er keinen Notariatsakt mit einer geschäftsunfähigen Person aufnehmen.

Gemäß § 2 NO sind die von einem Notar aufgenommenen Notariatsakte, bei Einhaltung sämtlicher Formvorschriften, öffentliche Urkunden. Gemäß § 292 ZPO begründen Urkunden, welche von einem Notar innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises aufgenommen und in der vorgeschriebenen Form errichtet wurden, vollen Beweis dessen, was darin vom Notar bezeugt wurde.<sup>267</sup> Demgegenüber liefern Privaturkunden lediglich den Beweis, dass die Erklärung von der Partei stammt, welche die Privaturkunde unterschrieben hat.

Den Unterschied dieser beiden Rechtsfolgen möchte ich im nachstehenden Beispiel kurz zeigen.

*Die bereits betagte Frau A unterschreibt bei einem Notar einen Schenkungsvertrag auf den Todesfall. Dieser wird entsprechend § 603 ABGB in Form eines Notariatsaktes errichtet. Am Ende des Notariatsaktes findet sich die Bestimmung, dass dieser Vertrag den Parteien vorgelesen sowie als ihrem wahren Willen entsprechend erklärt und genehmigt wurde. Ein Zweifelsvermerk nach § 36 NO findet sich nicht.*

*Anschließend unterschreibt sie einen Schenkungsvertrag in Form einer Privaturkunde. Nach dem Tod von A behaupten deren Erben, dass A zum Zeitpunkt der Schenkungen nicht mehr geschäftsfähig gewesen sei. Während der Notariatsakt gemäß § 52 NO auch vollen Beweis dazu liefert, dass die Geschenkgeberin im Zeitpunkt der Schenkung auf den Todesfall geschäftsfähig war, ist dies bei der Privaturkunde eigens zu prüfen. Der Notariatsakt dient daher eindeutig der Beweissicherung.*

Dennoch steht die Rsp dem Normzweck der Beweissicherung reserviert gegenüber und meint, dass diese wegen ihrer offenbaren Unerreichbarkeit gegenüber dem Übereilungsschutz zu vernachlässigen sei.<sup>268</sup> Meines Erachtens bestehen jedoch Übereilungs- und Beweisschutz nebeneinander, wobei dem Übereilungsschutz der Vorrang gebührt.<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> Gruber in Rechberger, Formgebote, 55 (76).

<sup>268</sup> OGH 20.10.1999, 5 Ob 266/99 z = RdW 2000, 344 = ecolex 2000, 354 (Wilhelm) = MietSlg 51.098 (Hoyer, 145) = wobl 2001, 271 = RZ 2019, 62 EÜ36 – RZ 2019 EÜ36.

<sup>269</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 149.

#### 5.6.4. Gläubigerschutz

In der Lit wird häufig vorgebracht, dass die Aufnahme eines Notariatsaktes auch Gläubigerschutzinteressen diene.<sup>270</sup> Dies mag zwar für die im Notariatsaktgesetz aufgestellten Formgebote zutreffen, kann jedoch bezüglich § 603 ABGB nicht mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers begründet werden. Außerdem greift in diesen Fällen stets § 58 IO, welcher die übrigen Gläubiger ohnehin privilegiert. Da bei der Schenkung auf den Todesfall daher keine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen droht, kann der Formvorschrift auch kein Gläubigerschutzinteresse zuge-dacht werden.

#### 5.6.5. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der primäre Normzweck der Notariatsaktspflicht im Übereilungsschutz liegt.<sup>271</sup> Dabei sollen die Belehrung über den Vertrag und dessen Verlesung dazu beitragen, dass sich der Geschenkgeber der Auswirkungen des Schenkungsvertrages bewusst wird. Dabei dient die Verlesung des Notariatsaktes einerseits dem sicheren Verständnis des Geschenkgebers, aber auch der notwendigen Entschleunigung beim Vertragsabschluss. Aber auch die Beweissicherung ist ein Zweck des Notariatsaktes und als solche bei der Gesetzesinterpretation zu berücksichtigen. Anders als nach § 1 NotAkteG dient die Formvorschrift des § 603 ABGB jedoch nicht dem Gläubigerschutz, da der Gläubigerschutz bereits durch § 58 IO verwirklicht wird.

Damit ist der Notariatsakt in mehrfacher Hinsicht der einfachen Schriftform überlegen. Er schützt die Parteien durch die Einschaltung einer objektiven und unparteiichen Urkundsperson in einzigartiger Weise und dient außerdem der Beweissicherung und Streitvermeidung.<sup>272</sup> Der Beweissicherung kommt bei der Schenkung auf

---

<sup>270</sup> Welser in Rechberger, Formgebote, 1 (16).

<sup>271</sup> So auch zuletzt OGH 03.05.2018, 2 Ob 122/17f = Zak 2018/399 S 216 – Zak 2018, 216 = ÖBA 2018, 657/2498 – ÖBA 2018/2498 = Jus-Extra OGH-Z 6416 = NZ 2018/115 S 351 – NZ 2018, 351 = AnwBl 2018/231 S 653 – AnwBl 2018, 653 = EF-Z 2018/112 S 233 (Tschugguel) – EF-Z 2018, 233 (Tschugguel) = JBl 2018, 713 = Eliskases, ZFR 2018/258 S 549 – Eliskases, ZFR 2018, 549 = ZFR 2018/266 S 569 – ZFR 2018, 569 = EvBl 2019/15 S 119 (Parapatits) – EvBl 2019, 119 (Parapatits) = RZ 2019, 15 EÜ4 – RZ 2019 EÜ4 = Mayr, JAP 2018/2019/19 S 169 – Mayr, JAP 2018/2019, 169 = Angyan/Pehm, ÖJZ 2019/73 S 615 – Angyan/Pehm, ÖJZ 2019, 615.

<sup>272</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 152;

den Todesfall besondere Bedeutung zu, da zwischen Versprechen und Erfüllung meist ein langer Zeitraum liegt. Daher ist die sichere Verwahrung von Urkunden von besonderer Bedeutung. Außerdem lässt sich die Geschäftsfähigkeit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nachträglich kaum noch feststellen. Eine Vorwegprüfung durch eine unabhängige Urkundsperson bringt hier deutliche Vorteile für die Rechtssicherheit.

## 6. ZULÄSSIGKEIT VON BEDINGUNGEN BEI DER SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL

---

Ein wesentlicher Unterschied zwischen § 956 aF ABGB und § 603 ABGB liegt darin, dass § 956 aF ABGB einen ausdrücklichen Widerrufsverzicht beinhaltet. § 603 ABGB sieht hingegen nur vor, dass sich der Geschenkgeber kein Widerrufsrecht vorbehalten darf.<sup>273</sup> Allerdings konnten auch nach der bisherigen Rechtslage Schenkungen auf den Todesfall aus den Gründen der §§ 947 ff ABGB widerrufen werden.<sup>274</sup> Das Erfordernis eines Widerrufsverzichts führte daher nie zu einer gänzlichen Unwiderruflichkeit der Schenkung. Vielmehr sind aufschiebende Bedingungen, welche ja nie in Widerspruch mit dem Widerrufsverzicht kommen können, zulässig.<sup>275</sup> Außerdem durfte die grundsätzliche Unwiderruflichkeit nicht mit Unbedingtheit verwechselt werden.<sup>276</sup>

Klar ist daher, in all jenen Fällen, in denen schon bisher eine Bedingung zulässig war, ist auch weiterhin eine Bedingung zulässig. Jedoch könnte der Wegfall des ausdrücklichen Widerrufsverzichts auch zu einer Liberalisierung im Bereich der Bedingungen führen. Zur Schenkung unter Lebenden war schon bisher anerkannt, dass die Parteien über die § 947 ff ABGB hinausgehende Widerrufsgründe vereinbaren können.<sup>277</sup> Die Zulässigkeit von Bedingungen wurde dabei auch für Schenkungen ohne tatsächliche Übergabe anerkannt.<sup>278</sup> Dabei ist auch der Widerruf nach den §§ 947 ABGB nicht durch einen Widerrufsverzicht erfasst, sondern weiterhin zulässig.<sup>279</sup> Vielmehr sind die Widerrufsgründe der § 947 ff ABGB zwingend, daher wäre ein Verzicht ungültig.<sup>280</sup>

---

<sup>273</sup> Der Unterschied wird vor allem deutlich, wenn bei der Vertragserrichtung irrtümlich auf den ausdrücklichen Widerruf vergessen wurde. Nach § 956 aF ist die Schenkung auf den Todesfall in diesen Fällen nichtig, nach § 603 besteht hingegen kein Problem; vgl hierzu Kogler, EF-Z 2016, 60 (62).

<sup>274</sup> Kralik, Erbrecht (1983), 167. B.Jud, NZ 2004, 321.

<sup>275</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 227.

<sup>276</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 224.

<sup>277</sup> OGH 07.05.2008, 9 Ob 8/07 b = EF-Z 2008/88 S 146 – EF-Z 2008, 146 = ecolex 2008/261 S 731 – ecolex 2008, 731 = iFamZ 2008/129 S 258 – iFamZ 2008, 258 = EFSlg 119.875 = EFSlg 119.960 = MietSlg 60.009 = MietSlg 60.102 = MietSlg 60.113.

<sup>278</sup> B.Jud, NZ 2004, 321 (325); kritisch: Keinert; Schenkung auf den Todesfall 202.

<sup>279</sup> Liedermann in Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> (2015) § 956 ABGB Rz 6; Parapatits in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2014) zu § 956 ABGB Rz 9.

<sup>280</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 204.

Da die Übergangsbestimmungen hinsichtlich des anwendbaren Rechtes zwischen Alt- und Neuverträgen unterscheiden, muss für die Zulässigkeit von Bedingungen auch zwischen diesen unterschieden werden.

### 6.1.1. Altverträge

Für Verträge, welche vor dem 01.01.2017 abgeschlossen wurden, kann auf die bisherige Lehre und Rsp zurückgegriffen werden. Nach der hM sind Bedingungen nicht von vornherein unzulässig, aber nur eingeschränkt zulässig.<sup>281</sup> Die Rsp sieht daher die Vereinbarung einer Potestativbedingung als unzulässig an, da deren Erfüllung oder Nichterfüllung im Belieben des Geschenkgebers steht, wodurch der Normzweck des Widerrufsverzichtes umgangen werden könnte.<sup>282</sup> Entscheidend war dabei stets, ob der Eintritt der Bedingung *im Wesentlichen* vom Entschluss des Geschenkgebers abhängt.<sup>283</sup> Die hM lehnte dabei all jene Bedingungen ab, die dem Geschenkgeber das Recht einräumten, die Schenkung auf den Todesfall aus eigenem Willensentschluss aufzuheben.<sup>284</sup> Eine Mindermeinung sah den Widerrufsverzicht jedoch durch die Einführung des NotZwG derogiert. So wenig wie die Aushändigung der Urkunde sei daher ein Widerrufsverzicht nötig.<sup>285</sup> Eine dritte Ansicht ließ Bedingen so lange zu, bis das Schenkungsobjekt erkennbar bezeichnet wurde. Daher sei die Schenkung auf den Todesfall einer Liegenschaft zulässig, bei der sich der Geschenkgeber das Recht zurückbehielt, die Liegenschaft zu belasten.<sup>286</sup>

Potestativbedingungen, deren Erfüllung hingegen ausschließlich in der Hand des Geschenknehmers stehen, sind eindeutig zulässig, da hierdurch der Geschenkgeber nicht in die Lage versetzt wird, die Schenkung einseitig zu widerrufen.<sup>287</sup> Es ergäbe auch wenig Sinn, dem Geschenknehmer betreffende Potestativbedingungen zu verbieten. Schließlich ist unstrittig, dass die Parteien einvernehmlich eine Schenkung auf den Todesfall jederzeit aufheben oder abändern können.<sup>288</sup> Würde

---

<sup>281</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 224.

<sup>282</sup> OGH 10.05.1984, 8 Ob 569/83 (8 Ob 570/83).

<sup>283</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 226.

<sup>284</sup> *Weiß* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 314 mwN.

<sup>285</sup> *B.Jud.*, NZ 2004, 321.

<sup>286</sup> *Binder* in *Schwimann*<sup>2</sup> § 956 Rz 22.

<sup>287</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 226.

<sup>288</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 206.

man eine Potestativbedingung untersagen, würden die Parteien daher den Vertrag meistens einfach einvernehmlich aufheben.

Strittig war auch, inwieweit die Parteien berechtigt waren, eine Überlebensbedingung in den Schenkungsvertrag aufzunehmen.<sup>289</sup> Weiters bestand auch Einigkeit dahingehend, dass die Schenkung auf den Todesfall unter den allgemeinen Voraussetzungen angefochten werden konnte.<sup>290</sup> Teilweise wurde auch angenommen, dass eine Widerrufsmöglichkeit analog der Enterbungs- und Erbunwürdigkeitsgründe zulässig sei.<sup>291</sup>

Eine Mindermeinung<sup>292</sup> sah jedoch grundsätzlich kein Problem in der Vereinbarung von Potestativbedingungen. Der Widerrufsverzicht des § 956 aF sei durch Inkrafttreten des NotZwangsG 1871 durch die strengere Form des Notariatsaktes ersetzt worden. Daher sei kein ausdrücklicher Widerruf mehr nötig, weswegen die Vereinbarung von Bedingungen unproblematisch sei.<sup>293</sup>

### 6.1.2. Neuverträge

Bei Neuverträgen stellt sich die Frage, ob Bedingungen in einem weiteren Umfang zulässig sind als bisher oder nicht.<sup>294</sup> Grundsätzlich bleibt die Trennlinie für zulässige Bedingungen gleich.<sup>295</sup> Allerdings bewirkt die Reform im dazwischenliegenden Graubereich eine Änderung. Eine Bedingung, die weder ein eindeutiger Widerrufsverzicht noch ein eindeutiger Widerrufsvorbehalt ist, wäre nach altem Recht unzulässig, nach neuem jedoch zulässig.<sup>296</sup> Daher muss die Zulässigkeit von Bedingungen

---

<sup>289</sup> Die hM ließ eine Überlebensbedingung zu, vgl hierzu *Weiß* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht* 316 mwN; hingegen lehnt *Kralik*, *Erbrecht* 167, eine Überlebensbedingung ab, da hierdurch eine zu starke Annäherung an ein Rechtsgeschäft von Todes wegen erreicht würde; auch im Römischen Recht war eine Schenkung auf den Todesfall mit Überlebensbedingung unzulässig; siehe etwa *Kaser*, *Das Römische Privatrecht*, 764; letztlich unterscheidet auch das BGB zwischen Schenkungen mit und ohne Überlebensbedingungen, vgl *Müßig* in *Nomos-Kommentar-BGB<sup>4</sup> V* (2014) § 2301 Rz 1. vgl hierzu auch die Ausführungen unter 2.5.

<sup>290</sup> *Binder* in *Schwimann<sup>2</sup>* § 956 Rz 21.

<sup>291</sup> Hierzu kritisch *Keinert*; *Schenkungen auf den Todesfall* 205.

<sup>292</sup> *B. Jud.*, NZ 2004, 321 (327).

<sup>293</sup> Diese Ansicht ablehnend: *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, § 20 Rz 6.

<sup>294</sup> Gegen eine erweiterte Zulässigkeit von Bedingungen spricht sich *Ferrari* in *Rabl/Zöchling-Jud.*, *Das neue Erbrecht* 57 (67) aus.

<sup>295</sup> *Keinert*; *Schenkungen auf den Todesfall* 285.

<sup>296</sup> *Keinert*, *JEV* 2016, 18 (20).

in jedem Fall von der entgegengesetzten Seite betrachtet werden.<sup>297</sup> Bereits in den Gesetzgebungsmaterialien wurde festgestellt, dass sich der Geschenkgeber auf den Todesfall jedenfalls ein Widerrufsrecht im Rahmen der §§ 947 ff ABGB vorbehalten darf.<sup>298</sup> Allerdings gehen die Materialien auch davon aus, dass ein über die §§ 947 ff ABGB hinausgehendes Widerrufsrecht die Schenkung auf den Todesfall nichtig machen würde.

Für eine erweiterte Zulässigkeit von Bedingungen spricht auch eine Betrachtung des Normzwecks des Widerrufsverbotes. Die Rsp sah einen der Normzwecke des Widerrufsverzichts darin, den Geschenkgeber vor Übereilung, dh übereilter Fassung des Schenkungswillens zu schützen.<sup>299</sup> Dies wurde auch in der Lehre so gesehen. Da den Geschenkgeber die Folgen seiner Großzügigkeit nicht mehr treffen, sei die Gefahr einer unbedachten Zuwendung besonders groß.<sup>300</sup> Genau diesen Übereilungsschutz erfüllt das Verbot des Vorbehaltes eines Widerrufs jedoch nicht mehr. Tatsächlich erfüllt ja auch ein Vertrag, der sich mit dem Widerruf nicht auseinandersetzt, das Erfordernis des § 603. Der Übereilungsschutz wird vielmehr durch das Erfordernis eines Notariatsaktes verwirklicht. Normzweck des Widerrufsverbotes kann daher nur die verbesserte Rechtssicherheit durch ein klares Unterscheidungskriterium zwischen der Schenkung auf den Todesfall und dem Vermächtnis sein.<sup>301</sup> Die ihrem Wesen nach unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall soll nicht durch Widerrufsrechte zu einem „Quasivermächtnis“ werden. Allerdings hat der Gesetzgeber durch den Verweis auf § 1253 die Unwiderruflichkeit der Schenkung auf den Todesfall etwas verwässert.<sup>302</sup>

Grundsätzlich hat sich durch das ErbRÄG nichts daran geändert, dass die Annahme einer Bedingungsfeindlichkeit einer besonderen Rechtfertigung bedürfe.<sup>303</sup>

---

<sup>297</sup> Einen umfassenden Überblick, welche Bedingungen nach der alten Rechtslage zulässig waren und welche nicht, bietet *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 226 ff.

<sup>298</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 12.

<sup>299</sup> OGH 13.12.1994, 5 Ob141/94.

<sup>300</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998), 69.

<sup>301</sup> Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, warum dem Gesetzgeber die Unterscheidung so wichtig ist. Durch die unterschiedlichen Formvorschriften wäre eine Unterscheidung eindeutig zu treffen. Liegt ein Notariatsakt ohne Zeugenunterschriften vor, wird man von einer Schenkung auf den Todesfall ausgehen können. Sind hingegen nur die Formvorschriften einer letztwilligen Anordnung erfüllt, wird ein widerrufliches Vermächtnis vorliegen.

<sup>302</sup> Zur Problematik siehe auch *Umlauf*, EF-Z 2017, 4 (.

<sup>303</sup> Vgl *B.Jud*, NZ 2004, 321 (326).

Daher könnten auch nur solche Bedingungen unzulässig sein, welche die Schenkung auf den Todesfall von einem Vermächtnis ununterscheidbar machen. Die Vereinbarung eines völlig freien Widerrufsrechtes wird daher in jedem Fall unzulässig sein. Was aber, wenn es sich um Potestativbedingungen handelt, welche von vorneherein klar festlegt, unter welchen Bedingungen sie eintritt?<sup>304</sup> Meines Erachtens sollten auch diese zulässig sein, da trotzdem noch eine Unterscheidung zum völlig frei widerruflichen Vermächtnis gewährleistet wäre. Dies würde auch dem Gedanken der im ABGB verankerten Privatautonomie besser Rechnung tragen.

Auch eine systematische Interpretation legt dieses Ergebnis nahe. Die Schenkung auf den Todesfall ist einem durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot abgesicherten Vermächtnisvertrag äußerst ähnlich. Letzterer ist jedoch weder bedingungsfeindlich, noch ist ein Widerruf unzulässig.<sup>305</sup> Auch ein Erbvertrag kann nach hM unter einer Bedingung abgeschlossen werden.<sup>306</sup> In der Tat steht der Erbvertrag sogar gewissermaßen unter der aufschiebenden Bedingung des Fortbestandes der Ehe.

## 6.2. EINSCHRÄNKENDE INTERPRETATION UNZULÄSSIGER BEDINGUNGEN

Grundsätzlich regelt das Gesetz die Auslegung von Bedingungen an zwei Stellen.

Bevor man sich die Frage stellt, ob eine Bedingung zulässig ist, ist immer zuerst die Bedingung an sich auszulegen. Das ABGB regelt dabei die Vertragsauslegung in den §§ 914 und 915. Gemäß § 914 „*ist bei Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.*“

---

<sup>304</sup> Zu denken wäre etwa an eine Klausel, welche die Schenkung durch eine Scheidung auflösend bedingt, unabhängig davon, aus wessen Verschulden die Ehe geschieden wird oder wer die Scheidungsklage eingebracht hat.

<sup>305</sup> Zum Vermächtnisvertrag siehe unten 3.6.4.

<sup>306</sup> Vgl. *B.Jud.*, NZ 2004, 321 (326).

Daher ist primär zwar immer der Wortsinn der strittigen Bestimmung heranzuziehen, aber es muss zusätzlich immer der wirkliche Wille der Parteien erforscht werden.<sup>307</sup> Im Zweifel ist der Vertrag als sinnvolle Einheit zu verstehen. Zusätzlich kann auch die teleologische Auslegung eine Rolle spielen, weshalb im Zweifel der mit dem Vertrag verbundene Geschäftszweck verwirklicht werden soll.<sup>308</sup> Unterschieden wird außerdem zwischen der ergänzenden und der einfachen Vertragsauslegung. Treten demnach nach Vertragsabschluss Umstände auf, die von den Parteien nicht beachtet waren, somit auch nicht ausdrücklich geregelt wurden, und besteht hierzu kein dispositives Recht, ist eine ergänzende Vertragsauslegung heranzuziehen.<sup>309</sup> Dabei dient die ergänzende Vertragsauslegung auch zur Aufrechterhaltung von Verträgen, die zur Gänze oder teilweise gegen zwingendes Recht verstoßen.<sup>310</sup> Dies erscheint sachgerecht, da der Parteiwille meist ergeben wird, dass ein rechtsgültiger Vertrag zustande kommt.

Allerdings kann die ergänzende Vertragsauslegung und damit auch die gesetzeskonforme Interpretation grundsätzlich nicht dazu dienen, um von einer bereits im Vertrag getroffenen Regelung wieder abzugehen; an diese Regelung bleiben die Parteien vielmehr gebunden.<sup>311</sup> Das Gesagte möchte ich an zwei Varianten der auflösenden Bedingung der Scheidung erläutern.

*Beispiel 1: Die vertragsgegenständliche Schenkung auf den Todesfall erfolgt in erkennbarer Absicht des Fortbestandes der Ehe und ist somit durch die Scheidung der Ehe auflösend bedingt.*

*Beispiel 2: Die vertragsgegenständliche Schenkung auf den Todesfall erfolgt in erkennbarer Absicht des Fortbestandes der Ehe und ist somit durch die Scheidung der Ehe auflösend bedingt. Dies gilt unabhängig davon, aus welchem Rechtsgrund und aus wessen Verschulden die Scheidung erfolgt.*

Wenn in weiterer Folge der Geschenkgeber die Scheidung nach § 55 EheG begehrt, obwohl er selbst für die unheilbare Zerrüttung verantwortlich ist, ergeben sich bei den beiden Klauseln unterschiedliche Rechtsfolgen.

---

<sup>307</sup> Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht<sup>15</sup> I (2018) Rz 349.

<sup>308</sup> Karollus, Praxisfragen der Vertragsauslegung, AnwBl 1996, 818.

<sup>309</sup> Bollenberger, in KBB<sup>6</sup> §914, Rz 8.

<sup>310</sup> Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 (Stand 1.8.2017, rdb.at), Rz 95.

<sup>311</sup> Karollus, Praxisfragen der Vertragsauslegung, AnwBl 1996, 818.

Bei der ersten Klausel ist die Scheidung nach § 55 nicht ausdrücklich miterfasst. Kommt es daher zur auf den alleinigen Willensentschluss des Geschenkgeber zurückgehenden Scheidung, läge eine reine Potestativbedingung vor. Demnach ist die Klausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung so auszulegen, dass eine Scheidung nach § 55 EheG, die vom Geschenkgeber verursacht und von demselben eingebracht wurde, durch die Klausel nicht umfasst sein kann. In diesem Fall bleibt die Schenkung auf den Todesfall daher aufrecht. Lediglich die Klausel bleibt unangewendet. Bei dieser gesetzeskonformen Auslegung würde die Bedingung daher kein Widerrufsrecht darstellen und wäre somit nach dem neuen Recht zulässig. Nach dem alten Recht stellt sich weiterhin die Frage, ob neben der Klausel noch ein ausdrücklicher Widerrufsverzicht aufgenommen wurde.

Die zweite Klausel umfasst jedoch explizit auch die Scheidung nach § 55 EheG. Somit bleibt hier für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Platz. Da somit auch die vom Geschenkgeber aus eigenem Willensentschluss herbeizuführende Schenkung umfasst ist, liegt eine unzulässige Bedingung vor. Hinsichtlich der Rechtsfolgen wäre sodann zu unterscheiden, ob die Schenkung nach dem alten oder neuen Recht abgeschlossen wurde. Nach dem alten Recht würde das Widerrufsrecht ein Fehlen des Widerrufsverzichtes darstellen, welcher nach der hM eine materielle Gültigkeitsvoraussetzung darstellt.<sup>312</sup> Damit wäre die Schenkung auf den Todesfall an sich nichtig, was zu dem eigenwilligen Ergebnis führt, dass der Geschenknehmer erst recht ohne Schenkung dasteht.<sup>313</sup>

Nach dem neuen Recht kann, wie unter 5.1.2\* gezeigt, nicht von einem materiellen Gültigkeitserfordernis des Widerrufsverzichtes ausgegangen werden. Somit ist man in diesem Fall im Bereich der teilweisen Nichtigkeit einer Bedingung und kommt somit wohl zu einem sachgerechten Ergebnis, welches mit jenem der ersten Klausel vergleichbar ist. Der Geschenkgeber könnte daher die Schenkung nicht widerrufen.

---

<sup>312</sup> Vgl. *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 218.

<sup>313</sup> Dieses augenscheinlich widersinnige Ergebnis ließe sich dadurch abwenden, dass man entweder den Widerrufsverzicht nicht als materielles Gültigkeitserfordernis ansieht oder die Notwendigkeit eines ausdrücklichen Widerrufsverzichtes für diesen Fall teleologisch reduziert.

### 6.3. RECHTSFOLGEN UNZULÄSSIGER BEDINGUNGEN

Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer unzulässigen Bedingung ist zur alten Rechtslage § 698 ABGB<sup>314</sup> und zur neuen § 697 ABGB maßgeblich, denen zufolge aufschiebende unmögliche, gesetzwidrige oder unerlaubte Bedingungen eine letztwillige Verfügung zur Gänze ungültig machen, wohingegen auflösende unerlaubte oder unmögliche Bedingungen als nicht beigesetzt gelten.<sup>315</sup> Hingegen bewirken diese Bedingungen bei Geschäften unter Lebenden gemäß § 898 die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäftes.<sup>316</sup> Aber auch die §§ 878 und 879 spielen in diesem Zusammenhang eine beachtliche Rolle, insbesondere da die Schenkung auf den Todesfall nach der neuen Rechtslage als Vertrag auszulegen ist. Gemäß § 878 2. Satz bleibt bei einem teilunmöglichen Vertrag der mögliche Vertragsteil aufrecht, solange die Vertragsparteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben. Dieser Grundsatz wird von der hL analog auf andere Fälle der Teilunwirksamkeit angewendet.<sup>317, 318</sup> Daher ist § 898 teilweise teleologisch zu reduzieren, insbesondere kann es erforderlich sein, aus dem Zweck einer Verbotsvorschrift abzuleiten, dass nur die unzulässige Bedingung nichtig sein soll, der Rest des Vertrages jedoch aufrecht bleiben soll.<sup>319</sup> Ist eine Vertragsbedingung nichtig, stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage, ob die Nichtigkeit von Amts wegen wahrzunehmen ist, also gar keiner Vertragsanfechtung bedarf, oder ob es einer Geltendmachung einer Partei bedarf, um wirksam zu werden.<sup>320</sup> Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer unzulässigen Bedingung ist außerdem zwischen der alten und der neuen Rechtslage zu unterscheiden.

#### 6.3.1. Alte Rechtslage

Grundsätzlich hat die alte Rechtslage auch weiterhin Bedeutung, da gemäß § 1500 Abs 7 Z 5 die alte Rechtslage weiterhin auf jene Schenkungen auf den Todesfall anzuwenden ist, welche vor dem 01.01.2017 abgeschlossen wurden.<sup>321</sup>

---

<sup>314</sup> IdF vor dem ErbRÄG.

<sup>315</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>131</sup> (2013) 195.

<sup>316</sup> *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 898 (Stand 1.10.2017, rdb.at), Rz 1.

<sup>317</sup> *Welser/Kletečka*, Bürgerliches I<sup>15</sup> Rz 549.

<sup>318</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das deutsche Recht diese Problematik in § 129 BGB genau gegenteilig löst und das gesamte Rechtsgeschäft für nichtig erklärt.

<sup>319</sup> *Welser/Kletečka*, Bürgerliches I<sup>15</sup> Rz 606.

<sup>320</sup> *Illedits*, Teilnichtigkeit im Privatrecht (1991), 13.

<sup>321</sup> *Kogler*, EF-Z 2016, 60 (62).

Nach der wohl herrschenden Ansicht zum alten Recht führte die Beifügung einer unzulässigen Bedingung zur Unwirksamkeit des Widerrufsverzichtes. Somit fehlte der Schenkung auf den Todesfall eine Gültigkeitsvoraussetzung, wodurch diese als Ganzes ungültig wurde.<sup>322</sup> Hingegen wurde auch zur alten Rechtslage die Ansicht vertreten, dass eine unzulässige Bedingung unwirksam sei, die aber an sich nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages führe.<sup>323</sup> Für die letztere Ansicht spricht, dass § 698 iVm § 897 ABGB, der sowohl auf Rechtsgeschäfte von Todes wegen als auch für solche unter Lebenden anzuwenden ist,<sup>324</sup> anordnet, dass unzulässige aufschiebende Bedingungen als nicht beigesetzt gelten. Steht eine Bedingung daher in Widerspruch zum Widerrufsverzicht, ist sie unzulässig und würde daher nach der Grundregel des § 698 ABGB als nicht beigesetzt gelten. Die besseren Gründe sprechen jedoch bei der alten Rechtslage für eine gänzliche Unwirksamkeit der Schenkung auf den Todesfall. Die herrschende Ansicht zum Wesen des Widerrufsverzichtes sieht diesen als materielle Gültigkeitsvoraussetzung.<sup>325</sup> Dieser Fall ist dabei mit der absoluten Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes zu vergleichen, welche von Amts wegen wahrzunehmen ist.<sup>326</sup> Daher kann die Nichtigkeit der Schenkung auf den Todesfall sowohl von Geschenknehmer als auch Geschenkgeber wahrgenommen werden. Dies überzeugt unter anderem auch deshalb, da nach Rsp und hL Nichtigkeit bereits dann vorliegt, wenn der Verbotszweck der Norm die Nichtigkeit des gesamten Geschäftes verlangt.<sup>327</sup> Fehlt der Widerrufsverzicht daher auch bei gesetzeskonformer Interpretation, fehlt eine materielle Gültigkeitsvoraussetzung, sodass keine Schenkung auf den Todesfall zustande kommt. Daher sind Bedingungen, welche zu einer Umgehung des Widerrufsverzichtes führen, genauso unzulässig wie ein Widerrufsrecht.<sup>328</sup> Demnach führt eine unzulässige Bedingung genauso wie ein Widerrufsvorbehalt zur Ungültigkeit der gesamten Schenkung auf den Todesfall.

Folgt man hingegen der bisherigen Mindermeinung, dass der Widerrufsverzicht eine bloße Formvorschrift ist, würde man auch bei der alten Rechtslage zum Ergebnis

---

<sup>322</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 257 mwN.

<sup>323</sup> *Schubert* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 956 ABGB Rz 2.

<sup>324</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>131</sup> (2013) 195.

<sup>325</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 218 mwN.

<sup>326</sup> *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 ABGB, Rz 511.

<sup>327</sup> *Riedler* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 879 Rz 3.

<sup>328</sup> *Welser*, Schenkung auf den Todesfall – Widerrufsverzicht und Bedingungen, NZ 2005, 161 (.).

gelangen, dass die dem Widerrufsverzicht widersprechende Regelung als nicht beige-  
gesetzt gilt.

### 6.3.2. Neue Rechtslage

Wie bereits im Vorstehenden gezeigt, bewirkt die Änderung beim Widerrufsverzicht  
mehr als einen bloßen Wegfall einen anachronistischen Formalismus. Vielmehr sind  
Bedingungen in einem weiteren Umfang zulässig als bisher.

Das Wegfallen eines ausdrücklichen Widerrufsverzichts führt dazu, dass dieser Wi-  
derrufsverzicht auch nicht als materielle Gültigkeitsvoraussetzung gesehen werden  
kann. Damit unterscheidet sich jedoch die neue Rechtslage in einem grundlegen-  
den Aspekt von der alten. Vielmehr beinhaltet ein unzulässiges Widerrufsrecht bzw  
eine unzulässige Bedingung eine gesetzwidrige Vertragsklausel. Nach der allgemei-  
nen Regel des § 697 ABGB gelten unverständliche, unbestimmte sowie gesetz- oder  
sittenwidrige Bedingungen als nicht beige-<sup>329</sup>gesetzt.

Aber auch in Hinblick auf § 878 2.Satz erscheint es sinnvoller, lediglich die unzuläs-  
sige Bedingung für nichtig zu erklären und nicht gleich die gesamte Schenkung auf  
den Todesfall. Grundsätzlich ist die Frage, ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit vorliegt,  
nach dem Zweck der Verbotsnorm zu beurteilen.<sup>330</sup> Der Verbotszweck des Wider-  
rufsverbotes liegt darin, die Schenkung auf den Todesfall vom Vermächtnis unter-  
scheidbar zu halten. Dabei stellt das wesentliche Unterscheidungskriterium der Ver-  
tragscharakter und damit die Verbindlichkeit der Schenkung auf den Todesfall für  
beide Seiten dar. § 603 hält ausdrücklich fest, dass sich der Geschenkgeber kein  
Widerrufsrecht vorbehalten darf. Somit erscheint lediglich der Geschenkgeber Nor-  
madressat des Widerrufsverbotes zu sein. Die strenge Rechtsfolge der absoluten  
Nichtigkeit soll aber vor allem bei Verstößen gegen solche Gesetze eintreten, die  
dem Schutz von Allgemeininteressen oder der öffentlichen Ordnung und Sicherheit  
dienen.<sup>331</sup> <sup>332</sup> Da dies hier nicht gegeben erscheint, liegt wohl relative Nichtigkeit  
vor. Zu bedenken ist, dass der Vertragspartner, gegen den sich das Verbot richtet,

---

<sup>329</sup> Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 697 (Stand 1.1.2017, rdb.at), Rz 5.

<sup>330</sup> Bollenberger, in KBB<sup>6</sup> §879, Rz 29.

<sup>331</sup> Krejci in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 879 ABGB, Rz 511.

<sup>332</sup> Ob § 603 explizit die Nichtigkeit der Schenkung auf den Todesfall anordnet oder nicht, ist  
dabei nicht wesentlich, da auch im Falle der ausdrücklichen Anordnung der Nichtigkeit der  
Normzweck unter Umständen eine teleologische Reduktion der Rechtsfolgenanordnung  
rechtfertigen kann. Vgl. Krejci in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 879 ABGB, Rz 23.

die Unwirksamkeit des Geschäftes nicht zu seinen Gunsten geltend machen kann. Richtet sich das Verbot daher nur gegen eine Partei, hat der Vertrag grundsätzlich Bestand.<sup>333</sup> Damit bleibt das Anfechtungsrecht nur dem Geschenk-nehmer. Gelangt man daher nach gesetzeskonformer Interpretation noch immer zu dem Ergebnis, dass die Klausel ein Widerrufsrecht darstellt, ist diese Bedingung teilnichtig, wobei sich lediglich der Geschenknehmer auf die Nichtigkeit berufen kann. Die teilweise Nichtigkeit führt dabei dazu, dass die Schenkung auf den Todesfall an sich aufrecht bleibt und nur die unzulässige Bedingung wegfällt. Diese Auslegung hat dabei den Vorteil, dass der vom Gesetzgeber gewollte Vertragscharakter der Schenkung auf den Todesfall gestärkt wird. Nähme man nämlich eine umfassende und absolute Nichtigkeit an, könnte sich auch der Geschenkgeber auf die Nichtigkeit berufen und somit die Schenkung auf den Todesfall, ähnlich wie ein Vermächtnis, aufheben. Damit käme es aber erst recht zu einer Vermischung von Schenkung auf den Todesfall und Vermächtnis.

Dem Geschenkgeber bleibt in diesem Fall nur der Schadenersatzanspruch gegen den Vertragsserrichter, der ihn allenfalls nicht ausreichend über die Rechtsfolgen einer derartigen Bedingung aufgeklärt hat. Gelingt es ihm zu beweisen, dass er die Schenkung auf den Todesfall bei Kenntnis der unzulässigen Bedingung nicht abgeschlossen hätte, haftet der Vertragsserrichter.

### 6.3.3. Vergleichbarkeit des Widerrufsrechtes nach dem PSG<sup>334</sup>

Grundsätzlich ist eine Stiftung unwiderruflich. Ein Widerruf ist gemäß § 34 PSG nur dann zulässig, wenn sich der Stifter in der Stiftungserklärung ein Widerrufsrecht vorbehalten hat. Das vorbehaltene Widerrufsrecht stellt nach der hL und Rsp ein pfändbares Recht dar, wenn der Stifter zumindest zum Teil Letztbegünstigter der Privatstiftung ist oder sich ein Änderungsrecht vorbehält.<sup>335</sup> Die Pfändbarkeit kann jedoch ausgeschlossen werden, wenn das Widerrufsrecht an die Zustimmung bestimmter

---

<sup>333</sup> *lledits*, Teilnichtigkeit 21.

<sup>334</sup> Bundesgesetz über Privatstiftungen und Änderungen des Firmenbuchgesetzes, des Rechtspflegergesetzes, des Gerichtsgebührengesetzes, des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes, des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes und der Bundesabgabenordnung BGBl. Nr. 694/1993.

<sup>335</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017), Rz 7/58.

dritter Personen gebunden ist.<sup>336</sup> Ein Widerrufsrecht nach § 34 PSG wirkt sich dabei auch nachteilig auf eine Gläubigeranfechtung aus. Demnach beginnt die Frist für die Gläubigeranfechtung erst, wenn der Stifter keine Möglichkeit mehr hat, an das Vermögen zu gelangen, und eine vollständige Sphärentrennung eingetreten ist. Dies träte nur dann ein, wenn sich der Stifter kein Widerrufsrecht vorbehalten hat oder nachträglich auf dieses verzichtet. Auch im Verhältnis zu Pflichtteilsberechtigten ist ein Widerrufsrecht problematisch, da dieses verhindert, dass die Zweijahresfrist für die Schenkungsanrechnung ausgelöst wird.<sup>337</sup>

In der Praxis wird das Widerrufsrecht daher häufig so ausgestaltet, dass dennoch das Vermögensopfer erbracht wurde. Dabei begibt sich der Errichter der Stiftungserklärung immer auf eine Gratwanderung. Einerseits soll dem Stifter ein möglichst umfassendes Widerrufsrecht zukommen, andererseits darf dieses jedoch nicht so weit gehen, dass es den Pflichtteilsberechtigten oder Gläubigern einen Zugriff auf die Stiftung erlaubt. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die Gedanken zum Widerrufsrecht nach dem PSG auf § 603 anwendbar sind.

Hierbei gibt es jedoch einen grundlegenden Unterschied. Während § 603 ein Widerrufsrecht untersagt, erlaubt § 44 PSG ein Widerrufsrecht ausdrücklich. Während ein Widerrufsrecht eine Schenkung auf den Todesfall daher ungültig macht, bleibt die Privatstiftung trotz Zurückbehaltung eines Widerrufsrechtes rechtswirksam errichtet. Der Umstand, dass eine solche Stiftung häufig nicht den Interessen des Stifters entspricht, da Gläubiger und Pflichtteilsberechtigte dennoch Zugriff auf das Stiftungsvermögen haben, ist nicht mit einer an sich ungültigen Schenkung zu verwechseln.

Betrachtet man das Widerrufsverbot des § 603 jedoch lediglich als Verbot eines im alleinigen Belieben des Geschenkgebers stehenden Widerrufs,<sup>338</sup> wären die bisherigen Gedanken zur Ausgestaltung der Stiftungserklärung auch auf die Schenkung auf den Todesfall anwendbar.

---

<sup>336</sup> Arnold, Kommentar zum PSG<sup>3</sup> (2013), § 33 Rz 75.

<sup>337</sup> Schauer, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 252. Dabei ist der Verweis auf die Vermögensopfertheorie sowohl für § 785 Abs 3 aF als auch für § 782 anzuwenden.

<sup>338</sup> Siehe hierzu 5.1.2.

## 6.4. ZULÄSSIGKEIT VON BEDINGUNGEN IM EINZELNEN

### 6.4.1. Überlebensbedingung

Grundsätzlich muss der Geschenknehmer den Tod des Geschenkgebers nicht erleben. Stirbt er vor dem Geschenkgeber, kann er sein Recht aus der Schenkung auf den Todesfall wie jedes andere vermögenswerte Recht weitervererben.<sup>339</sup> Nach der bisherigen Rechtslage war jedoch strittig, ob eine Überlebensbedingung zulässig sei. Die hM ließ eine Überlebensbedingung zu.<sup>340</sup> Eine Mindermeinung lehnte sie jedoch mit dem Argument ab, dass hierdurch die Schenkung auf den Todesfall zu sehr einem Rechtsgeschäft von Todes wegen angenähert würde.<sup>341</sup>

Meines Erachtens sprechen die besseren Argumente für eine Zulässigkeit einer Überlebensbedingung. Einerseits ist es gerade nicht vom Willen des Geschenkgebers abhängig, ob ihn der Geschenknehmer überlebt, weswegen hier keine den Widerrufsrecht beeinträchtigende Potestativbedingung vorliegt.<sup>342</sup> Andererseits ist eine Überlebensbedingung tatsächlich dasselbe wie die Vereinbarung der Unvererblichkeit, welche als zulässig angesehen wird.<sup>343</sup> Somit sprechen die besseren Argumente dafür, die Überlebensbedingung auch schon für Altverträge zuzulassen. Wie bereits im Vorstehenden festgestellt, müssen jedoch alle Bedingungen, welche schon nach dem alten Recht zulässig waren, auch nach dem neuen Recht zulässig sein.

### 6.4.2. Bedingung des Fortbestandes der Ehe

Nach der bisher hL und Rsp konnte ein Geschenkgeber eine Schenkung (auch eine Schenkung auf den Todesfall) anfechten, wenn die Ehe ohne sein überwiegendes Verschulden geschieden wurde und die Schenkung in der erkennbaren Absicht des Fortbestandes der Ehe gemacht wurde.<sup>344</sup> Diese Ansicht wird auch weiterhin gültig

<sup>339</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2269.

<sup>340</sup> *Liedermann in Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> (2015) § 956 ABGB Rz 6; *Weiß in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 323; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2269; *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 250 f; OGH 10.05.1984, 8 Ob 569/83 (8 Ob 570/83) = SZ 57/91 = JBl 1985, 290. Zur neuen Rechtslage siehe auch *Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht<sup>2</sup> 9.12.

<sup>341</sup> *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 168.

<sup>342</sup> Vgl *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 250 f

<sup>343</sup> Vgl OGH 10.05.1984 8 Ob 569/83.

<sup>344</sup> Siehe hierzu 4.5.

sein. Daher sollen hier nur jene Bedingungen behandelt werden, die dem Geschenkgeber ein verschuldensunabhängiges Widerrufsrecht einräumen. Schon bisher war strittig, ob eine Schenkung auf den Todesfall vom Fortbestand der Ehe abhängig gemacht werden könne.<sup>345</sup> Dabei stellt sich im Wesentlichen die Frage, ob eine Scheidung ein willentlich herbeiführbares Ereignis sei. Hiergegen, und somit für eine Zulässigkeit einer Bedingung, wurde vorgebracht, dass eine Scheidung immer auch der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfe oder die im Gesetz genannten Scheidungsgründe vorliegen müssten.<sup>346</sup> Auch wenn der eine Ehegatte die häusliche Gemeinschaft für mehr als drei Jahre aufhebe und sich danach scheiden lasse, was in diesem Fall auch aus eigenem Verschulden und ohne Zustimmung des Ehegatten möglich sei<sup>347</sup>, stehe der Bedingungseintritt nicht unter einer reinen Potestativbedingung. Daher sei es zulässig, die Schenkung auf den Todesfall mit einer verschuldensunabhängigen auflösenden Scheidungsbedingung abzuschließen<sup>348</sup>.

Die Rechtsprechung hatte sich bereits mit der Bedingung auseinandersetzen, dass über mehr als zehn Jahre ein harmonisches Eheleben geführt werde. Im konkreten Fall trat die Bedingung durch den Selbstmord des Geschenkgebers nicht ein.<sup>349</sup> Dabei sei es auch unerheblich, ob der Geschenkgeber nur deshalb den Selbstmord begangen habe, um den Eintritt der Bedingung zu verhindern. Eine vertragliche Verpflichtung des Erblassers, sein Leben nicht zu verkürzen, ist ähnlich wie die Veräußerung eines zukünftigen Erbrechtes nach § 879 Abs 2 Z 3 ABGB sittenwidrig. In der Entscheidungssammlung finden sich keine weiteren Angaben zu diesem Fall. Diese Entscheidung hat bei näherer Betrachtung einen interessanten Inhalt. Auf den ersten Blick stellt sich nämlich die Frage, warum das Gericht die Schenkung auf den Todesfall nicht schon deshalb verneint hat, weil die Bedingung nicht eingetreten ist. Dies lässt sich nur damit erklären, dass seitens der Geschenknehmerin vorgebracht wurde, dass trotz der Bedingung eine gültige Schenkung auf den Todesfall vorliege, der Geschenkgeber den Eintritt der Bedingung aber „rechtsmissbräuchlich“ verhindert habe. Damit bedeutet die Entscheidung, dass die Bedingung, über mehr als zehn Jahre ein harmonisches Eheleben zu führen, grundsätzlich zulässig sei.

---

<sup>345</sup> Zustimmend *Fischer-Czermak*, NZ 2001, 3 (6); ablehnend *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 209, 245ff.

<sup>346</sup> *Fischer-Czermak*, NZ 2001, 3 (6).

<sup>347</sup> *Stabentheiner* in *Rummel* ABGB<sup>3</sup> § 55 EheG § 55 Rz 1.

<sup>348</sup> *Fischer-Czermak*, NZ 2001, 3 (6).

<sup>349</sup> LGZ Wien 26.3.1991, 43 R 131/91 = EFSlg 66.237.

Diese Bedingung durch Selbstmord zu vereiteln, stelle jedoch ein Recht des Geschenknehmers dar, welches keinen Rechtsmissbrauch darstellt.<sup>350</sup> Daher scheint das LGZ Wien der Ansicht *Fischer-Czermaks* zu folgen.

Anders beurteilt *Keinert* diesen Fall. Ihr zufolge liegt im gegebenen Fall eine reine Potestativbedingung vor. Der Geschenkgeber habe es hier alleine in der Hand, die Ehe durch unleidiges Verhalten unharmonisch zu machen. Daher könnte er durch eigenen Willensentschluss den Eintritt der Bedingung vereiteln. Das Führen einer harmonischen Ehe sei dabei ein gemeinsames Projekt, wobei die Beiträge des Geschenkgebers und des Geschenknehmers nicht zu trennen seien. Somit liege eine unzulässige Bedingung vor.<sup>351</sup>

Auch ich halte die Bedingung der *harmonischen Ehe* für problematisch. Dabei sehe ich aber zwei Probleme: Einerseits stellt sich die Frage, was unter einer „harmonischen“ Ehe zu verstehen ist. Was der eine noch als harmonisch empfindet, kann für den anderen schon eine Entfremdung sein. Damit weist diese Bedingung ein besonders großes Maß an Unbestimmtheit auf. Zwar wird das von § 697 ABGB geforderte Ausmaß noch nicht erreicht sein, bei dem die Bedingung als nicht beigelegt gilt, es bleibt aber dennoch eine große Rechtsunsicherheit, wann die Bedingung eintritt. Hierbei würde ich in einem ersten Schritt daher eine gesetzeskonforme Auslegung anstreben, die gerade im Fall der Unleidlichkeit des Geschenkgeber den Begriff der *harmonischen Ehe* weit auslegt. In den meisten Fällen wird man damit zu einer Auslegung gelangen, dass die Ehe unter den von beiden Ehegatten geschaffenen Bedingungen harmonisch zu sein hat. Diese Auslegung würde den Begriff der *harmonischen Ehe* daher so auslegen, dass keine Potestativbedingung vorliegt. Verhält sich daher ein Ehegatte besonders unleidlich und erzwingt daher das Scheitern des Ehebandes, wird man bei dieser Auslegung zum Ergebnis gelangen, dass die Schenkung auf den Todesfall weiterhin aufrecht bleibt. Vorausgesetzt hierbei ist jedoch, dass die Bedingung der *harmonischen Ehe* noch ausreichend Interpretationsspielraum für eine gesetzeskonforme Auslegung offenlässt. Dieses Ergebnis ist auch in der Gesamtwertung überzeugender. Würde man in jedem Fall eine Nich-

---

<sup>350</sup> Ganz grundsätzlich stellt sich mir jedoch die Frage, wie es in diesem Fall ein harmonisches Eheleben gegeben haben kann. Aus der Entscheidungssammlung ist dazu jedoch nichts ersichtlich.

<sup>351</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 243.

tigkeit der Schenkung auf den Todesfall annehmen, würde man den Geschenkgeber für seine Unleidlichkeit auch noch belohnen. Dies widerspricht aber den erkennbaren Wertungen der §§ 49 ff EheG.

Daher kann ich der Ansicht *Keinerts* in den überwiegenden Fällen nicht beipflichten, dass ein Ehegatte genüge, um eine Ehe unharmonisch zu gestalten, weswegen es der Geschenkgeber alleine in der Hand hätte, die Schenkung auf den Todesfall aufzulösen. Diese Rechtsfolge wird man nur in jenen Altfällen heranziehen können, bei denen kein Auslegungsspielraum besteht.

Ich gehe daher davon aus, dass diese Bestimmung bei gesetzeskonformer Auslegung sowohl nach der alten als auch nach der neuen Rechtslage zulässig sein müsste. Fehlt jedoch der Spielraum für eine gesetzeskonforme Auslegung, ist zwischen der alten und der neuen Rechtslage zu unterscheiden. Nach der alten Rechtslage läge in der Tat eine Potestativbedingung vor, was dem Gebot des Widerrufsverzichtes und somit dem Übereilungsschutz widerspräche. Somit wäre diese Klausel absolut nichtig. Nach der neuen Rechtslage wäre jedoch nur Teilnichtigkeit anzuwenden, welche die Schenkung auf den Todesfall an sich bestehen ließe.

Eine andere Lösung bestünde darin, eine Bedingung aufzunehmen, der zufolge der Geschenknehmer den Geschenkgeber stets „freundlich zu behandeln“ hat. Hier ergibt sich zwar das Problem, dass diese Bedingung besonders unklar formuliert wird, es liegt aber jedenfalls keine Potestativbedingung seitens des Geschenkgebers vor, da es der Geschenknehmer alleine in der Hand hat, ob er den Geschenkgeber freundlich behandelt.<sup>352</sup> Ob der Geschenknehmer den Geschenkgeber ausreichend freundlich behandelt hat, kann in diesem Fall als Tatsachenfrage im Prozesswege geklärt werden.

Dies heißt aber jedenfalls nicht, dass die Bedingung des Fortbestandes der Ehe an sich nicht zulässig ist. Es mag zwar sein, dass der Geschenkgeber durch Herbeiführung der Scheidung nach § 55 EheG<sup>353</sup> in die Lage versetzt wird, die Schenkung aus eigenem Willensentschluss zu widerrufen. In diesem Zusammenhang ist *Fischer-Czermak* zu folgen, dass die Scheidung eine gemischte Bedingung sei, die sowohl vom

---

<sup>352</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 247 mwN.

<sup>353</sup> Scheidung wegen Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft für drei bzw sechs Jahre.

Willen des Geschenkgebers als auch des Geschenknehmers abhängen.<sup>354</sup> In jedem Fall wird daher eine Bedingung zulässig sein, die die Scheidung aus alleinigem oder überwiegendem Verschulden des Geschenkgebers ausschließt. Nach dem neuen Erbrecht sollte aber auch eine generelle Bedingung des Fortbestandes der Ehe zulässig sein. Schließlich bleibt trotz dieser Bedingung die Schenkung auf den Todesfall von einem Vermächtnis unterscheidbar. Der Geschenkgeber kann daher die Schenkung auf den Todesfall nur dann anfechten, wenn er auch bereit ist, die Nachteile einer Scheidung hinzunehmen. Durch die Scheidung ändert sich auch in der Lebenssphäre des Geschenkgebers so viel, dass nicht von einer freien Widerruflichkeit gesprochen werden kann. Insbesondere, da eine streitige Scheidung stets ein gerichtliches, häufig aber auch ein kostspieliges und länger dauerndes Gerichtsverfahren beinhaltet. Letztlich wird man sich in krassen Ausnahmefällen außerdem mit dem Institut des Rechtsmissbrauches behelfen können.

#### 6.4.3. Aufhebung wegen Pflegebedürftigkeit

Die Vertragsparteien können die Schenkung auf den Todesfall auch unter der auflösenden Bedingung abschließen, dass der Geschenkgeber die verschenkte Sache zur Finanzierung von Pflege benötigt. Hierbei gibt es folgende Parameter zu beachten.

Einerseits kann der Geschenkgeber auch ohne eine Bedingung vereinbart zu haben im Falle seiner Bedürftigkeit der Schenkung auf den Todesfall nach § 947 ABGB anfechten. In diesem Fall kann der Geschenknehmer aber nur die gesetzlichen Zinsen vom Wert der geschenkten Sache verlangen.<sup>355</sup> Im Falle einer auflösenden Bedingung wäre der Geschenkgeber aber in der Lage, die geschenkte Sache an sich zu verwerten, um seinen Pflegebedarf zu decken.

Gegen eine solche Bedingung spräche, dass der Geschenkgeber meist die Wahl hat, ob er Pflege im Rahmen eines öffentlichen Alten- und Pflegeheimes in Anspruch nimmt oder sich für eine private Pflege entscheidet. Da die Pflege in öffentlichen Einrichtungen (zumindest ab dem 01.01.2018) für den Gepflegten weitaus geringere Kosten verursacht, wäre der Geschenkgeber daher in der Lage, die

---

<sup>354</sup> Fischer-Czermak, NZ 2001, 3 (6).

<sup>355</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 855.

Schenkung aus eigenem Willensentschluss anzufechten. Dies spricht gegen die Zulässigkeit einer solchen Bedingung.

Andererseits ist die § 947 ABGB zugrundeliegende Wertung zu beachten. Diese besagt, dass dem Geschenkgeber im Falle der Not geholfen werden soll. Es gibt daher eine gesetzlich normierte Wertung, die den Geschenkgeber vor Übereilung schützen will. Diese Wertung ist zu beachten, weswegen die Zulässigkeit einer solchen Bedingung sowohl für das alte als auch für das neue Recht anzunehmen ist.

#### 6.4.4. Aufhebung wegen Geburt oder Nichtgeburt von Kindern

Häufig wollen Geschenkgeber, dass die auf den Todesfall geschenkte Sache langfristig im Familienbesitz erhalten wird. Daher wollen sie die Schenkung auf den Todesfall davon abhängig machen, dass der Geschenknehmer im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers Nachkommen hat. Andererseits wollen gerade jüngere Geschenkgeber nur dann einer Schenkung auf den Todesfall zustimmen, wenn sie aufgelöst wird, wenn sie eigene Kinder bekommen.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit ist zu bedenken, dass sittenwidrige Bedingungen unzulässig sind.<sup>356</sup> Nach der hM führt die Beifügung einer sittenwidrigen Bedingung bei einer Schenkung auf den Todesfall daher nur zur Teilnichtigkeit, wenn dies der Normzweck der Sittenwidrigkeit verlangt.<sup>357</sup> Daher gilt die beigefügte sittenwidrige Bedingung als nicht begründet, während die Schenkung auf den Todesfall an sich weiterhin gültig bleibt. Der Geschenknehmer kann daher auch im Falle des Eintrittes/Nichteintrittes der Bedingung die Schenkung auf den Todesfall verlangen.

Klar ist auch, dass die Bedingung, dass der Geschenknehmer bis zum Tod des Geschenkgebers Kinder zeugen muss, auf den Geschenkgeber einen erheblichen Druck ausüben kann.

Nach § 700 ABGB aF war die Bedingung der Nichtverheichelung an sich unzulässig.<sup>358</sup> Sie musste jedoch eingehalten werden, wenn der Begünstigte bereits einmal verheiratet war und zumindest ein Kind hatte. Auch das Verbot, eine bestimmte

---

<sup>356</sup> Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 697 Rz 2 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

<sup>357</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 259 mwN.

<sup>358</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2034.

Person zu heiraten, war zulässig.<sup>359</sup> Diese Bestimmung wurde vom Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 wegen der starken Beeinträchtigung des höchstpersönlichen Lebensbereiches aufgehoben. Die Bedingung der Nichtverheirlichung sei bereits nach § 697 ABGB sittenwidrig.<sup>360</sup> Aber auch andere Bedingungen, welche den Begünstigten zu einem Verhalten motivieren wollen, welches von einer inneren Überzeugung getragen werden sollte (zB.: Scheidung, Religion, politische Einstellung und Lebensgemeinschaft), gelten als sittenwidrig.<sup>361</sup> Daher ist die auflösende Bedingung der Geburt von Kindern auf Seiten des Geschenknehmers grundsätzlich als sittenwidrig abzulehnen. Lediglich bei Altverträgen zwischen Ehegatten, die dem Geschenknehmer, welcher im Schenkungszeitpunkt bereits Kinder hatte, die Zeugung neuer Kinder nach dem Tod des Geschenkgebers verbieten wird, wird man aufgrund der erkennbaren Wertung des § 700 ABGB aF als zulässig ansehen können.

Etwas anders stellt sich die Situation dar, wenn die auflösende Bedingung auf die Geburt von Kindern des Geschenkgebers abstellt, wenn sich der Geschenkgeber also für den Fall, dass er selber noch Kinder bekommt, eine Art Widerrufsrecht zurückbehält. Hier liegt zumindest keine sittenwidrige Bedingung vor, da es verständlich sein kann, dass der Geschenkgeber primär seine eigenen Nachkommen begünstigen will. Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit eine solche Bedingung eine unzulässige Potestativbedingung darstellt. Klar ist, dass in den meisten Fällen eine Zeugung von Kindern nicht ohne Einwilligung eines Dritten möglich sein wird. Außerdem spielt der Zufall bei der Zeugung von Kindern eine große Rolle. Hier liegt daher eine gemischte Bedingung vor, welche einerseits vom Willen des Geschenkgebers, andererseits aber auch vom Zufall abhängt. Bei der gemischten Bedingung vertreten die hL und Rsp eine strenge Ansicht. Diese sei bereits dann unzulässig, wenn die Entscheidung des Geschenkgebers neben dem Zufall eine Ursache für deren Eintritt sei.<sup>362</sup> Dabei seien nach der Rsp auch keine Überlegungen zur Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintrittes anzustellen.<sup>363</sup> Eine andere Ansicht geht jedoch zu Recht davon aus, dass gemischte Bedingungen dann zulässig seien, wenn deren Eintritt gänzlich vom Zufall abhängt.<sup>364</sup> Was die alte Rechtslage betrifft, halte ich daher

---

<sup>359</sup> Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 697 Rz 6 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

<sup>360</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, 18.

<sup>361</sup> Niedermayr in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 4<sup>5</sup> (2018) § 697 ABGB Rz 3.

<sup>362</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 260.

<sup>363</sup> OGH 03.08.2006, 8 Ob 107/05 a.

<sup>364</sup> Keinert; Schenkung auf den Todesfall 234.

eine aufschiebende Bedingung der Zeugung von Kindern dann für zulässig, wenn dies nicht mehr unbedingt wahrscheinlich ist. Die Zulässigkeit einer solchen Bedingung würde dann etwa vom Alter der Ehegatten oder anderen die Fruchtbarkeit objektiv beeinflussenden Umständen abhängen. Nach dem neuen Recht sehe ich jedoch weniger große Probleme, da von Anfang an klar geregelt ist, unter welchen Umständen die Bedingung eintritt. Somit ist die Unterscheidbarkeit zum Vermächtnis gegeben und die Bedingung nach dem ErbRÄG zulässig.

Eine andere Frage ist, ob die Schenkung auf den Todesfall durch die Zeugung von Kindern aufschiebende bedingt sein kann. Die Gründe hierfür können vielfältig sein. Zwischen Eltern und Kindern kann der Grund darin liegen Vermögen langfristig im Familienbesitz zu halten. Zwischen Ehegatten oder Lebensgefährten hingegen in der Versorgung des Partners. In einer Entscheidung zur Sittenwidrigkeit einer Testamentsklausel sprach der OGH jüngst aus, dass die Einsetzung eines Nacherben für den Fall, dass der Vorerbe keine leiblichen Nachkommen hinterlässt, zulässig ist.<sup>365</sup> Grundsätzlich lässt sich diese Judikatur wohl auch auf die Schenkung auf den Todesfall übertragen. Man wird jedoch etwas zwischen Fremden, Eltern und Kindern und Ehegatten/Lebensgefährten einerseits und den Beweggründen für die Aufnahme einer solchen Bedingung andererseits, unterscheiden müssen.

Erfolgt die Schenkung auf den Todesfall zwischen Eltern und Kindern und beinhaltet sie eine aufschiebende Bedingung der Zeugung von Kindern ist darauf abzustellen, ob die Eltern die Kinder zur Zeugung von Kindern erst motivieren wollen oder in jedem Fall das Vermögen in der Familie halten wollen, oder ob sie ihre Kinder und Enkelkinder durch die Schenkung auf den Todesfall wirtschaftlich absichern möchten. Im Ersten Fall widerspricht die Bedingung den Wertungen des Art 8 EMRK. Diese Bedingungen sollen den Geschenknehmer zu einem Verhalten motivieren, welches von einer inneren Überzeugung getragen werden sollte. Steht bei der Bedingung jedoch der Versorgungscharakter im Vordergrund wird man die Bedingung als zulässig ansehen können. Letzteres dürfte jedoch eher unwahrscheinlich sein, da man davon ausgehen kann, dass der Geschenknehmer trotz Kindern prinzipiell selbsterhaltungsfähig ist. Es stünde den Geschenkgebern in diesen Fällen ja auch frei bis zur

---

<sup>365</sup> OGH 25.07.2019, 2 Ob 15/19y.

Geburt von Kindern zu warten und dann eine unbedingte Schenkung auf den Todesfall zu vereinbaren.

Einen Sonderfall stellt die aufschiebende Bedingung der Geburt von ehelichen Kindern zwischen Ehegatten dar. Nach einer Ansicht beinhaltet § 44 ABGB die Pflicht zur Zeugung von Kindern.<sup>366</sup> Die wohl herrschende Ansicht geht jedoch davon aus, dass der beiderseitige Wille zu Zeugung von Kindern einer Ehe nicht wesensimmanent ist.<sup>367</sup> Nach der Judikatur bedeutet die aus § 44 abzuleitende Zeugungspflicht heute lediglich, dass ein Ehegatte nicht berechtigt ist, eine Empfängnis gegen den Willen des anderen Teiles zu verhüten.<sup>368</sup> Daher lässt sich auf den ersten Blick nichts aus § 44 ABGB gewinnen. Die Zeugung von Kindern stellt aber wie gezeigt keine Potestativbedingung dar, somit stellt sich lediglich die Frage der Sittenwidrigkeit. Hier wird man nach den konkreten Lebensumständen der Ehegatten differenzieren müssen. Soll die Schenkung auf den Todesfall lediglich den Einkommensausfall, den der Ehegatte durch die Betreuung und Erziehung der Kinder erleidet, kompensieren und mindert sohin die Schenkung auf den Todesfall lediglich die wirtschaftliche Abhängigkeit des Geschenknehmers vom Geschenkgebers, wird man die Bedingung als zulässig ansehen können. Die Schenkung auf den Todesfall erfüllt sohin eine Art Unterhalt.

Soll die Schenkung den Geschenknehmer jedoch „überreden“ Kinder zu bekommen liegt eine Sittenwidrigkeit der Bedingung zumindest nahe. Entscheidend werden daher die Beweggründe der Ehegatten für die Aufnahmen einer derartigen Bedingung sein. Wollen beide Ehegatten Kinder und dient die Schenkung lediglich der Absicherung des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten ist sie somit jedenfalls zulässig. Daher scheint es empfehlenswert bei derartigen Bedingungen stets eine Präambel über die Beweggründe der Ehegatten aufzunehmen. Dasselbe wird man auch für Lebensgefährten annehmen können, die in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft leben.

Zwischen Ehegatten sollte aber auch die Bedingung zulässig sein, dass die Schenkung auf den Todesfall durch die Zeugung von Kindern als widerrufen gilt. Die hM interpretiert das Fehlen einer Verpflichtung zur Zeugung von Kindern in § 90 EheG

---

<sup>366</sup> Kerschner, Familienrecht<sup>4</sup>, Rz 2/9.

<sup>367</sup> Stabentheiner in Rummel, ABGB<sup>3</sup>

<sup>368</sup> Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 44 (Stand 1.8.2019, rdb.at), Rz 41.

dahingehend, dass die Ehegatten auch Kinderlosigkeit vereinbaren können.<sup>369</sup> In diesem Fall wird es dem Ehegatten weiterhin verboten sein, im Rahmen einer außerehelichen Lebensgemeinschaft Kinder zu zeugen. Da es daher nach dem ABGB und EheG zulässig ist, Kinderlosigkeit bindend zu vereinbaren, muss es auch zulässig sein, dies durch eine Schenkung auf den Todesfall abzusichern. Zur Frage, ob hier eine unzulässige Potestativbedingung vorliegt, ist auf die vorstehenden Ausführungen zur Zeugung von Kindern zu verweisen.

---

<sup>369</sup> Koch in KBB<sup>6</sup> §44 Rz 1.

## 7. ANWENDUNG DES § 749 AUF DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL

In jüngster Vergangenheit wurde die Ansicht vertreten, dass das außerordentliche Erbrecht der Legatäre auch auf den Geschenknehmer auf den Todesfall anwendbar sei.<sup>370</sup> Begründet wird diese Ansicht damit, dass das Naheverhältnis zwischen den Parteien bei der Schenkung auf den Todesfall und dem Vermächtnis vergleichbar sei. Bei der Schenkung auf den Todesfall sei sogar von einem größeren Naheverhältnis auszugehen.<sup>371</sup> Daher wäre es dem Geschenkgeber in der Regel lieber, wenn der Geschenknehmer zum Erben berufen würde als ein Heimfall an den Staat.

Diese Ansicht wurde zu Recht heftig kritisiert.<sup>372</sup> Eine direkte Anwendung des § 749 ABGB scheitert schon am äußersten möglichen Wortlaut, da diese Bestimmung explizit nur von Vermächtnisnehmern spricht. Eine Subsumtion des Geschenknehmers unter den Begriff des Vermächtnisnehmers scheitert unter anderem daran, dass der Gesetzgeber in § 603 ausdrücklich festhält, dass die Schenkung auf den Todesfall auch nach dem Tod des Geschenkgebers als Vertrag zu behandeln ist; sie soll also gerade nicht wie ein Vermächtnis behandelt werden.

Daher wäre, wenn überhaupt, nur eine analoge Anwendung des § 749 ABGB möglich. Dies setzt jedoch eine planwidrige Gesetzeslücke voraus.<sup>373</sup> *Till* scheint das Vorliegen einer planwidrigen Lücke damit zu begründen, dass der Geschenknehmer auf den Todesfall dem Verstorbenen zumindest gleich nahestünde wie einem Vermächtnisnehmer.<sup>374</sup> An dieser Ansicht kritisiert *Ludvik* zu Recht, dass es keine Gründe für die Annahme eines vergleichbaren Naheverhältnisses gebe. Vielmehr würde die Unwiderruflichkeit der Schenkung auf den Todesfall gegen die Annahme eines besonderen Naheverhältnisses im Todeszeitpunkt sprechen. Fällt der Vermächtnisnehmer nämlich in Ungnade, kann der Verstorbene das Vermächtnis jederzeit widerrufen; bei der Todfallschenkung geht dies hingegen nicht.<sup>375</sup> *Tills* Argument, dass der Geschenkgeber die Schenkung auch nach den §§ 947 ABGB ff widerrufen könne,

---

<sup>370</sup> *Till*, iFamZ 2016, 32.

<sup>371</sup> *Till*, iFamZ 2016, 32 (33).

<sup>372</sup> *Ludvik*, Kein außerordentliches Erbrecht bei Schenkung auf den Todesfall, NZ 2016, 401.

<sup>373</sup> *F. Bydlinsky*, Methodenlehre, 59 f.

<sup>374</sup> *Till*, iFamZ 2016, 32 (33).

<sup>375</sup> *Ludvik*, NZ 2016, 401 (402).

überzeugt dabei nicht. Die §§ 947 ABGB ff sehen nämlich einen Widerruf nur aus bestimmten, taxativ aufgezählten Gründen vor. Eine tiefe Zerrüttung des Verhältnisses stellt jedoch noch kein Widerrufsrecht dar. Vielmehr müsste der Geschenknehmer den Geschenkgeber beispielsweise „*am Leibe, an Ehre, an Freyheit, oder am Vermögen*“ in strafrechtswidriger Weise verletzen. Dieser Maßstab ist jedoch um ein Vielfaches strenger als die freie Widerruflichkeit des Vermächtnisses.

Unverständlich ist auch, warum das außerordentliche Erbrecht des Geschenknehmers nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn es auch keine Vermächtnisnehmer gibt.<sup>376</sup> Selbst wenn man eine Analogie bejaht, müssten die Geschenknehmer und die Vermächtnisnehmer entweder nebeneinander erben<sup>377</sup> – ihre Quote würde sich demnach nach dem Wert der zugewandten Sache bestimmen – oder es käme der aus der jeweils jüngeren Anordnung Begünstigte zum Zug. Die zweite Ansicht hätte damit den Vorteil, dass sie wertungsmäßig mit § 713 ABGB gleichlautend wäre, der anordnet, dass ein älteres Testament durch ein jüngeres Testament aufgehoben wird. Außerdem widerspricht die Schlechterstellung des Geschenknehmers der Behauptung *Tills*, nach der aufgrund der größeren Formstrenge der Schenkung auf den Todesfall bei dieser sogar ein größeres Naheverhältnis bestehen müsste. Warum sollte die nächststehende Person gegenüber einer Person benachteiligt werden, zu der es ein geringeres Naheverhältnis gibt?

Letztlich verkennt *Till* auch den praktischen Anwendungsbereich des § 749. Dieser kommt am häufigsten bei letztwilligen Anordnungen zur Anwendung, welche ohne vorausgegangene juristische Belehrung errichtet wurden. Die Erblasser neigen dabei dazu, ihre Vermögenswerte einzeln zuzuweisen. Verfügen sie dabei über den Großteil des Vermögens, liegt ohnehin eine Erbeinsetzung vor,<sup>378</sup> welche ein außerordentliches Erbrecht ausschließt. Dieses kommt daher nur zur Anwendung, wenn im Vermächtnis nur unwesentliche Teile des Vermögens vermacht wurden. Bei der Schenkung auf den Todesfall ist die Lage jedoch grundlegend anders. Da diese einen Notariatsakt verlangt, wurde der Geschenkgeber vor dessen Errichtung von einem fachkundigen Juristen beraten. Eine Nichtbedenkung des Geschenknehmers wird daher in den allerseltensten Fällen unabsichtlich sein. Da der Geschenkgeber bei der Schenkung auf den Todesfall also weiß, dass der Geschenknehmer

---

<sup>376</sup> *Till*, iFamZ 2016, 32 (33).

<sup>377</sup> *Ludvik*, NZ 2016, 401 (403).

<sup>378</sup> *Eccher* in in *Schwimann*<sup>2</sup> § 535 Rz 2.

nur das Geschenk und nichts darüber hinaus bekommt, ist nicht von einer planwidrigen Lücke auszugehen.

## 8. § 1253 UND DIE SCHENKUNG AUF DEN TODES- FALL

Da § 603 ABGB nunmehr direkt auf § 1253 verweist, besteht zumindest Klarheit dahingehend, dass der Geschenkgeber nicht sein gesamtes Vermögen auf den Todesfall verschenken darf. Vielmehr muss stets wie beim Erbvertrag ein freies Viertel frei bleiben. Dies wurde von einer Mindermeinung auch schon zur bisherigen Rechtslage behauptet.<sup>379</sup> Das frei Nachlassviertel darf dabei weder durch Pflichtteilsansprüche noch durch andere Forderungen belastet sein.<sup>380</sup> Es stellt sich nun die Frage, auf welchen Zeitpunkt man bei der Berechnung des freien Viertels abstellt. *Eccher* geht davon aus, dass man auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellen müsse, da nur so für die Parteien Klarheit über die Bindungswirkung der Schenkung auf den Todesfall bestünde.<sup>381</sup> *Fischer-Czermak* geht jedoch mit Recht davon aus, dass man für die Berechnung des freien Nachlassviertels auf den Todeszeitpunkt abstellen muss, da man sonst den Verweis des Gesetzgeber auf § 1253 nicht ausreichend ernst nähme.<sup>382</sup>

Schon bisher war § 944 auf die Schenkung auf den Todesfall anwendbar. Demzufolge kann man zwar sein gesamtes gegenwärtiges, jedoch nur die Hälfte seines zukünftigen Vermögens verschenken. Zweck dieser Norm ist der Schutz der Erwerbsfreiheit des Geschenkgebers, aber auch seiner Angehörigen.<sup>383</sup> Daher steht die Schenkung auf den Todesfall nun unter einer doppelten Beschränkung, wobei jeweils der strengere Maßstab gilt.<sup>384</sup>

Einerseits ist auf das Vermögen im Todeszeitpunkt zu achten, da nur über  $\frac{3}{4}$  verfügt werden darf. Andererseits ist aber auch auf die Vermögenslage im Schenkungszeitpunkt zu achten, da nur die Hälfte des zukünftigen Vermögens verschenkt werden

---

<sup>379</sup> *Zankl*, NZ 1997, 311.

<sup>380</sup> *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*<sup>2</sup>, § 20 Rz 32.

<sup>381</sup> *Eccher*, Die österreichische Erbrechtsreform (2016) 54.

<sup>382</sup> *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 20 Rz 37.

<sup>383</sup> *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 944 (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 1.

<sup>384</sup> *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 20 Rz 33.

darf. Zu beachten ist jedoch, dass die Anwendung von § 944 ABGB kaum praktische Bedeutung hat und hatte.<sup>385</sup>

Fraglich ist jedoch, wie das freie Viertel berechnet werden soll. Hier möchte im Nachstehenden die folgenden drei Fragen eingehender beantworten:

1. Was passiert, wenn dieselbe Sache auf den Todesfall an zwei verschiedene Personen geschenkt wird?
2. Kann der Geschenkgeber eine Kürzung der Schenkung auf den Todesfall durch bewusste Vermögensminderung herbeiführen?
3. Was passiert genau, wenn die  $\frac{3}{4}$ -Grenze überschritten wird?

### 8.1.1. Doppelte Schenkung auf den Todesfall

Die Anwendbarkeit des § 1253 ABGB kann in der Praxis zu einem erheblichen Rechtsproblem führen. Grundsätzlich hat § 1253 ABGB primär den Erbvertrag vor Augen. Dieser kann als Ehepakt nur zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern abgeschlossen werden.<sup>386</sup> Schließen Brautleute einen Erbvertrag, ist dieser durch die wirksame Eheschließung aufschiebend bedingt.<sup>387</sup> Damit unterscheidet sich der Erbvertrag in einem wesentlichen Punkt von der Schenkung auf den Todesfall, da Letztere mit jedermann abgeschlossen werden kann. Somit ist eine doppelte Schenkung auf den Todesfall anders als ein doppelter Erbvertrag möglich.<sup>388</sup>

Dieser Fall dürfte in der Praxis nicht so selten sein. Man stelle sich nur folgenden Fall vor:

*A und B schenken sich, kurz nachdem sie geheiratet und gemeinsam ein Haus gebaut haben, die jeweilige Liegenschaftshälfte auf den Todesfall. Nach mehreren Jahrzehnten haben sie diese Schenkung auf den Todesfall jedoch vergessen<sup>389</sup> und schenken die Liegenschaft ihrem Sohn C.*

---

<sup>385</sup> Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228 (230).

<sup>386</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2197.

<sup>387</sup> M. Bydlinski in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1249 ABGB (Stand 1.1.2002, rdb.at) Rz 3.

<sup>388</sup> Ein doppelter Erbvertrag erscheint nur im extrem seltenen Fall einer unrichtigen Todeserklärung eines Ehegatten möglich.

<sup>389</sup> Die Praxis zeigt, dass sich sehr viele Witwen und Witwer nicht mehr an einen einmal abgeschlossenen Erbvertrag erinnern können.

Bis zum ErbRÄG war diese Rechtsfrage durch § 951 Abs 3 ABGB aF in geringem Ausmaße geregelt. Nach dieser Bestimmung haftete der zuletzt Beschenkte vor dem Vorhergehenden für den Schenkungspflichtteil. Nur bei einer gleichzeitigen Schenkung hatten beide Geschenknehmer verhältnismäßig zur Pflichtteilsdeckung beizutragen. Diese Bestimmung wurde auch auf jene Fälle angewandt, in denen ein Erbvertrag und eine Schenkung auf den Todesfall kollidierten.<sup>390</sup>

*Demnach erhielt im obigen Beispiel die Ehegattin die Liegenschaftshälfte. Sie wäre somit Alleineigentümerin.*

Das ErbRÄG hat § 951 ABGB aF aufgehoben. Eine vergleichbare Bestimmung findet sich jedoch in § 789 ABGB. Neu ist jedoch, dass mehrere Geschenknehmer verhältnismäßig zur Pflichtteilsdeckung beizutragen haben. Daraus wird zutreffend abgeleitet, dass bei einer doppelten Schenkung auf den Todesfall beide Geschenknehmer eine quotenmäßige Kürzung hinnehmen müssen.<sup>391</sup> Diese Reform ist zu begrüßen, da die Geschenknehmer weder von Pflichtteilsberechtigten noch von den übrigen Schenkungen wissen müssen. Daher erscheint es gerecht, sie gleich zu behandeln.

Diese Bestimmung gilt auch in jenen Fällen, in denen der Geschenkgeber zwei verschiedene Sachen auf den Todesfall verschenkt hat und daher im Todeszeitpunkt über mehr als  $\frac{3}{4}$  seines Vermögens verfügt hat.

Die quotenmäßige Kürzung kann jedoch nicht gelten, wenn sich der Geschenknehmer durch ein verbüchertes Belastungs- und Veräußerungsverbot abgesichert hat. In diesem Fall kommt das positive Publizitätsprinzip des § 443 ABGB zur Anwendung. Da der zweite Geschenknehmer daher hätte wissen müssen, dass die geschenkte Sache bereits verschenkt ist, ist er weniger schutzwürdig. Für diese Ansicht spricht auch, dass sich der Geschenknehmer auf den Todesfall gegen eine Beeinträchtigung seines Forderungsrechtes zur Wehr setzen kann.<sup>392</sup> In der Praxis empfiehlt es sich daher, eine Schenkung auf den Todesfall stets durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot abzusichern.

---

<sup>390</sup> Weiß in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 323.

<sup>391</sup> Löcker in Klefečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 603 (Stand 1.1.2017, rdb.at) Rz 15.

<sup>392</sup> Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> 9.19.

*Im obigen Beispiel würden die Ehegattin und der Sohn jeweils ein Viertel der Liegenschaft bekommen. Die Witwe wäre dann zu  $\frac{3}{4}$  Eigentümerin<sup>393</sup> und der Sohn zu  $\frac{1}{4}$ . Hat sich die Witwe jedoch von Anfang an durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot abgesichert, würde sie wiederum die gesamte Liegenschaft erhalten und der Sohn leer ausgehen.*

### 8.1.2. Vermögensverminderung des Geschenkgebers

Ein anderer wesentlicher Unterschied zwischen der Schenkung auf den Todesfall und dem Erbvertrag besteht darin, dass die Parteien eines Erbvertrages zu Lebzeiten frei über ihr Vermögen verfügen können.<sup>394</sup> Hingegen darf der Geschenkgeber auf den Todesfall nach Vertragsabschluss nicht mehr über die geschenkte Sache verfügen. Ihn trifft eine Erhaltungspflicht, welche ihn dazu verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Erfüllung des Schenkungsvertrages nach seinem Tod vereiteln würde.<sup>395</sup> Zur Sicherung dieser Erhaltungspflicht steht dem Geschenknehmer ein Unterlassungsanspruch zu.<sup>396</sup>

Durch den Verweis auf § 1253 ABGB werden jedoch beide Verträge über einen Kamm geschoren. Während es aber unerheblich ist, wenn der Begünstigte eines Erbvertrages weniger aus der Gesamtrechtsnachfolge erhält, wird der Geschenknehmer in seinem Vertrauen auf die zugewendete Sache enttäuscht. Damit stellt sich die Frage, wie die Anwendbarkeit des § 1253 mit der durch die Reform akzentuierten Vertragsnatur der Schenkung auf den Todesfall vereinbar ist.<sup>397</sup> Außerdem widerspricht dieser Verweis dem Grundsatz, dass die Schenkung auf den Todesfall ein unwiderrufliches Rechtsgeschäft darstellt.<sup>398</sup> In der Tat ist es unverständlich, warum sich der Geschenkgeber kein Widerrufsrecht vorbehalten darf, andererseits aber die Schenkung auf den Todesfall durch Veräußerung seines sonstigen Vermögens teilweise widerrufen können soll.

---

<sup>393</sup> Vorsicht: Wenn die Witwe stirbt, ist nur die ursprüngliche Liegenschaftshälfte von der Schenkung auf den Todesfall erfasst. Hinsichtlich des  $\frac{1}{4}$ , welches sie auf den Todesfall geschenkt bekommen hat, greift die gesetzliche oder testamentarische Erbfolge.

<sup>394</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2208.

<sup>395</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall 9.

<sup>396</sup> *Oberhumer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht<sup>2</sup> 9.19.

<sup>397</sup> *Fischer-Czermak*, EF-Z 2016, 228 (229ff).

<sup>398</sup> So auch *Umlauf*, EF-Z 2017, 4 (5).

*Umlauf* hat folgenden Lösungsansatz vorgeschlagen.<sup>399</sup> § 1253 sei teleologisch zu reduzieren und nur in jenen Fällen anzuwenden, in denen das Vermögen des Geschenkgebers zwischen Abschluss des Schenkungsvertrages und dem Todestag durch Zufall verringert wird. Hingegen seien willentliche Vermögensverminderungen oder der Umstand, dass bereits durch die Schenkung an sich das freie Viertel überschritten sei, außer Acht zu lassen. Auch fahrlässige Vermögensminderungen seien für das freie Viertel unerheblich, da auch diese der Sphäre des Geschenkgebers zuzurechnen seien.

Dieser Ansicht ist meines Erachtens nicht zu folgen. Grundannahme ist, dass die Rechtssicherheit des Geschenknehmers geschützt werden soll, was grundsätzlich zu begrüßen ist. Ziel des Gesetzgebers dürfte aber gewesen sein, den Geschenkgeber auf den Todesfall in vergleichbarer Weise zu schützen wie die Parteien eines Erbvertrages. An den Geschenknehmer dürfte der Gesetzgeber aber weniger gedacht haben. Da der Gesetzgeber eine Wertungsentscheidung zu Gunsten des Geschenkgebers und zu Lasten des Geschenknehmers getroffen hat, erscheint es fragwürdig, das Rechtsschutzinteresse des Geschenknehmers ins Zentrum zu stellen. Das von *Umlauf* vorgeschlagene Lösungskonzept hat außerdem den methodischen Nachteil, dass es den Anwendungsbereich des § 1253 ABGB extrem einschränkt. In den meisten Fällen wird es zudem schwierig sein, die Grenze zwischen zurechenbarer und zufälliger Vermögensverminderung zu ziehen. Was, wenn der Geschenkgeber in wirtschaftliche Schwierigkeiten stolpert und sein verbleibendes Vermögen veräußern muss? In diesem Fall wäre es kaum möglich, die Grenze zum Verschulden zu ziehen.

Eine andere Interpretationsmöglichkeit könnte die Erhaltungspflicht des Geschenkgebers ins Zentrum stellen. Da der Geschenkgeber alles zu unterlassen hat, was die Erfüllung der Schenkung vereiteln würde, hätte der Geschenknehmer bei Anwendung des § 1253 ABGB nicht nur Unterlassungsansprüche, wenn der Geschenkgeber die geschenkte Sache beeinträchtigt, sondern bereits, wenn er über sein sonstiges Vermögen in einer Art verfügt, welche eine Gefahr für das freie Viertel darstellt. Diese Ansicht beeinträchtigt jedoch die Privatautonomie des Geschenkgebers in

---

<sup>399</sup> *Umlauf*, EF-Z 2017, 4 (6).

unzulässiger Weise. Ziel des Gesetzgebers war es ja, den Geschenkgeber zu schützen, nicht ihn in ein noch engeres Korsett zu zwingen.

Ich halte folgendes Lösungskonzept für am besten geeignet: Grundsätzlich muss bei der Auslegung der Wille des Gesetzgebers, den Geschenkgeber zu schützen, ins Zentrum gestellt werden. Zweck des Verweises auf § 1253 ABGB ist, dem Geschenkgeber auch nach Abschluss des Schenkungsvertrages eine größere Verfügungsmöglichkeit über das im Todeszeitpunkt vorhandene Vermögen zukommen zu lassen. Er soll insofern an die Partei eines Erbvertrages angenähert werden. Dies ist aber nur möglich, wenn man von der Maxime, dass die Schenkung auf den Todesfall vollständig unwiderruflich sein soll, abgeht. Vielmehr sollte man sich daran gewöhnen, dass der Gesetzgeber die Schenkung auf den Todesfall dem Vermächtnisvertrag angenähert hat. Zu dieser Ansicht passt auch, dass, wie bereits oben gezeigt<sup>400</sup>, Bedingungen in einem weiteren Umfang zulässig sein dürften als bisher.

### 8.1.3. Kürzung der Schenkung durch das freie Viertel

Es stellt sich nun die Frage, wie das freie Viertel genau zu berechnen ist und wie es zu hinterlassen ist.

Zur Berechnung des freien Viertels wurden schon bisher zum Erbvertrag drei Theorien entwickelt, die sich mit der Frage auseinandersetzen, wie im Innenverhältnis die Schulden und Pflichtteilsansprüche zwischen Vertrags- und Testamentserben aufzuteilen sind:

1. Die Rsp und ein Teil der Lehre zogen vom Nachlass in einem ersten Schritt die Erbfalls- und Erbgangsschulden ab und berechneten hiervon das freie Viertel.<sup>401</sup> Damit würden die Pflichtteilsansprüche alleine zu Lasten des Vertragserben gehen.<sup>402</sup>
2. Eine andere Ansicht geht hingegen davon aus, dass die Erbgangs- und Erbfallsschulden, aber auch die bereits konkret gewordenen Pflichtteilsansprü-

---

<sup>400</sup> Siehe 5.1.2.

<sup>401</sup> OGH 30.03.1938, 3 Ob 186/38 = SZ 20/92.

<sup>402</sup> Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> 5.309.

che vom Nachlass abzuziehen seien und erst dann das freie Viertel zu berechnen sei.<sup>403</sup> Damit würden auch die Pflichtteilsschulden verhältnismäßig zwischen Vertrags- und Testamentserben aufgeteilt.

3. Nach einer dritten Ansicht wird das freie Viertel sofort von den Nachlassaktiven abgezogen, was für den Viertelerben die günstigste Variante ist.<sup>404</sup>

Diese drei Theorien werden sich grundsätzlich auch für die Berechnung des freien Viertels bei der Schenkung auf den Todesfall heranziehen lassen. Da der Gesetzgeber die bisherige Rechtslage weitestgehend beibehalten wollte<sup>405</sup>, wird man davon ausgehen können, dass weiterhin dem ersten Lösungsansatz der Vorzug zu geben ist. Daher gehen Pflichtteilsansprüche alleine zu Lasten den Geschenknehmers. Da der Geschenknehmer jedoch schutzwürdiger erscheint als der Vertragserbe, wäre meiner Meinung nach grundsätzlich die zweite Ansicht gerechter.

Eine andere Frage ist, ob der Geschenknehmer ein Viertel an der Sache oder ein Viertel am Wert der Sache bekommen muss. Der Unterschied wird an folgendem Beispiel deutlich:

*A schenkt seiner Ehegattin B auf den Todesfall sein Haus. Im Todeszeitpunkt hat er jedoch eine außereheliche Lebensgemeinschaft mit C, welche er zur Alleinerbin einsetzt. Außer dem Haus ist kein Vermögen vorhanden.*

*Wenn nun B nur den Wert des Viertels herausgeben muss, bleibt ihr zumindest das gesamte Haus. Wenn sie aber ein Viertel der geschenkten Sache herausgeben muss, würde die Lebensgefährtin zu einem Viertel Miteigentümerin des Hauses.*

Soweit ersichtlich, wurde diese Problematik in der Literatur bisher nicht behandelt. Der Verweis auf § 1253 würde dabei nahelegen, dass das freie Viertel, so wie beim Erbvertrag, real zu hinterlassen ist. Allerdings erfolgt beim Erbvertrag der Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge, während der Geschenknehmer auf den Todesfall nur ein Forderungsrecht gegen die Verlassenschaft hat. Diesbezüglich ist er dem

---

<sup>403</sup> Koch in KBB<sup>6</sup> §1253 Rz 2.

<sup>404</sup> Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht<sup>9</sup>, 158 ff.

<sup>405</sup> Kathrein, EF-Z 2016, 4 (8).

Pflichtteilsberechtigten, welcher gemäß § 761 ABGB nur einen wertmäßigen Anspruch hat,<sup>406</sup> jedoch ähnlicher. Betrachtet man den Verweis auf § 1253 nun aus der Sicht der zugrundeliegenden Wertung, nämlich dass dem Geschenkgeber ein Vermögensrest zur freien Verfügung bleiben soll, wird man zu dem Ergebnis gelangen, dass der Geschenknehmer ein Recht an der Sache selbst erhält und lediglich den Wert des freien Viertels ausbezahlen muss. Diese Ansicht hätte den Vorteil, dass der Geschenknehmer damit genau die vertraglich bedungene Leistung erhält und so dem Geschenknehmer zumindest ein letztes bisschen Rechtssicherheit lässt. Daher ist meines Erachtens davon auszugehen, dass der Geschenknehmer ein Recht an der gesamten Sache hat und lediglich das freie Viertel auszubezahlen hat.

Aus kautelarjuristischer Sicht lässt sich das obige Problem zwischen Ehegatten mit einer beschränkten Gütergemeinschaft auf den Todesfall lösen. Grundsätzlich hat der überlebende Ehegatte dabei gemäß § 1234 das Recht auf die Hälfte jenes Vermögens, das der Gütergemeinschaft unterliegt.<sup>407</sup> Allerdings kann nach der hM auch eine andere Quote zwischen den Ehegatten vereinbart werden.<sup>408</sup> Die Zuwendung aus der Gütergemeinschaft bietet außerdem auch den großen Vorteil, dass sie als entgeltliches Geschäft nicht der Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil unterliegt.<sup>409</sup> Zusätzlich könnte man diese besondere Gütergemeinschaft auf den Todesfall auch noch durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot absichern, um den Geschenknehmer bereits zu Lebzeiten zu schützen.

Wenn der Geschenknehmer jedoch nicht der Ehegatte des Geschenkgebers ist, kann man eine Lösung verwenden, die man bereits aus den Erbverträgen kennt. In diesen wurde dem überlebenden Ehegatten oft ein Aufgriffsrecht am gesamten Nachlassvermögen eingeräumt. Ein derartiges Aufgriffsrecht könnte man dem Ge-

---

<sup>406</sup> Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 756 (Stand 1.1.2017, rdb.at) Rz 4.

<sup>407</sup> Fischer-Czermak, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 20 Rz 107.

<sup>408</sup> M. Bydlinski in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1234 ABGB Rz 10.

<sup>409</sup> OGH 07.07.2011, 5 Ob 245/10f = EF-Z 2012/51 = Zak 2011/581 S 314 – Zak 2011, 314 = Jus-Extra OGH-Z 5020 = EvBl-LS 2011/170 = NZ 2011/112 S 339 – NZ 2011, 339 = JBl 2012, 47 = ecolex 2012/54 S 137 – ecolex 2012, 137 = EF-Z 2012/51 S 84 – EF-Z 2012, 84 = EFSlg 130.988 = EFSlg 131.028 = SZ 2011/88.

schenknehmer vorsichtshalber auch am potentiell freizuhaltenden Viertel der geschenkten Sache einräumen.<sup>410</sup> Damit könnte man zumindest versuchen, den Geschenknnehmer in jedem Fall über die Sache als Ganzes verfügen zu lassen.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang auch die bisherige Rechtsprechung zum Aufgriffsrecht bei Erbverträgen zu bedenken. Anfänglich hielt der OGH in mehreren Entscheidungen noch fest, ein derartiges Aufgriffsrecht sei als Vertrag unter Lebenden zu interpretieren und daher nicht einseitig widerruflich.<sup>411</sup> In einer jüngeren Entscheidung setzte sich der OGH mit der bis dahin uneinheitlichen Rechtsprechung und Lehre auseinander und sprach sich gegen die Zulässigkeit eines Aufgriffsrechtes aus.<sup>412</sup> Von dieser Ansicht dürfte der OGH in einer jüngsten Entscheidung wiederum abgegangen sein.<sup>413</sup> Dieser Entscheidung lag ein in einer ehelichen Gütergemeinschaft zugrundeliegendes Aufgriffsrecht zu Grunde, welches einem jüngeren Testament widersprach. Hier genehmigte der OGH das Aufgriffsrecht wieder und verwies den Testamentserben auf den Übernahmepreis.

Es lässt sich somit feststellen, dass letzte Wort zum Aufgriffsrecht beim Erbvertrag noch nicht gesprochen ist. Die Lage bei der Schenkung auf den Todesfall unterscheidet sich aber in mehreren Punkten vom Erbvertrag. Erstens darf der Geschenkgeber bei der Schenkung auf den Todesfall nicht mehr über die geschenkte Sache verfügen, beim Erbvertrag aber schon. Zweitens darf ein Erbvertrag oder eine Gütergemeinschaft nur zwischen Ehegatten abgeschlossen werden, eine Schenkung auf den Todesfall aber mit jedermann. Zudem ist eine Schenkung auf den Todesfall ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, ein Erbvertrag aber nicht. Letztlich erscheint der Geschenknnehmer aber auch in Hinblick auf seine Einzelrechtsnachfolge schutzwürdiger.

Da man daher derzeit unmöglich sagen kann, ob ein Aufgriffsrecht bei einer Schenkung auf den Todesfall halten würde, empfiehlt es sich, ein solches vorsichtshalber in den Schenkungsvertrag aufzunehmen. Hält es, ist der Geschenknnehmer besser

---

<sup>410</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit dies in Hinblick darauf, dass das freie Viertel frei bleiben muss, eine unzulässige Bestimmung darstellt. Vgl hierzu die bisherige Rsp zum Erbvertrag: OGH 15.12.1992, 1 Ob 619/92 = NZ 1993, 103 = JBI 1993, 658 = EFSlg 69.078(2).

<sup>411</sup> So etwa OGH 13.02.1979, 5 Ob 505/79 = EFSlg 33.667.

<sup>412</sup> OGH 15.12.1992, 1Ob619/92 (1Ob620/92) = NZ 1993, 103 = JBI 1993, 658 = EFSlg 69.078(2).

<sup>413</sup> OGH 23. 1. 2014, 1 Ob 232/13 v = Zak 2014/209 S 115 – Zak 2014, 115 = EF-Z 2014/85 S 134 – EF-Z 2014, 134 = MietSlg 66.673 = EFSlg 142.406.

geschützt, hält es nicht, steht man dort, wo man auch von Anfang an ohne Aufgriffsrecht gestanden hätte.

Letztlich kann man sich auch Überlegen, den Geschenknehmer durch eine letztwillige Anordnung von gesetzlichen Erben abzusichern, wobei sich überhaupt die Frage stellt, ob diese sich auf das freie Viertel berufen können, da sie ja gerade nicht vom Geschenkgeber als Erben berufen wurden.

#### 8.1.4. Rechtspolitische Stellungnahme:

Grundsätzlich wird man sagen können, dass die Anwendung von § 1253 auf die Schenkung auf den Todesfall sehr problematisch ist. Es mag zwar sein, dass durch eine Schenkung auf den Todesfall dem Erblasser das Vermögen entzogen werden kann, über das er später einmal testieren will, dieses Problem ist jedoch keine Besonderheit der Schenkung auf den Todesfall, sondern kann auch durch eine Schenkung unter Lebenden auftreten. Grundsätzlich lässt es die Privatautonomie ja sehr wohl zu, dass jemand sein gesamtes Vermögen „durchbringt“ und am Ende nichts mehr zu vererben hat.<sup>414</sup>

Der Verweis auf § 1253 ABGB stellt außerdem auch das größte praktische Problem für die Schenkung auf den Todesfall dar – nicht nur, weil es am Anfang Rechtsunsicherheit geben wird, wie diese Bestimmung auszulegen ist, sondern vielmehr, weil zwischen den Interessen des Geschenkgebers und des Geschenknehmers kein gerechter Ausgleich gefunden wurde. Der Geschenknehmer kann sich nie sicher sein, in welchem Umfang er die geschenkte Sache erhalten wird. Dadurch nimmt jedoch der praktische Anwendungsbereich der Schenkung auf den Todesfall ex-trem ab. Will sich der Geschenkgeber nämlich nicht binden, kann er gleich ein Vermächtnis anordnen.<sup>415</sup> Für den Geschenknehmer gibt es aber keine Möglichkeit, bereits zu Lebzeiten des Geschenkgebers Rechtssicherheit hinsichtlich der geschenkten Sa-

---

<sup>414</sup> Fischer-Czermak, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 20 Rz 34.

<sup>415</sup> Der Vorteil, dass der Geschenknehmer auf den Todesfall den Todeszeitpunkt des Geschenkgebers, anders als der Vermächtnisnehmer, nicht erleben muss, ist in diesem Zusammenhang zu vernachlässigen. Außerdem wird man dieses Problem durch eine stillschweigende Substitution nach § 605 ABGB und Ersatzerben in der Praxis gut lösen können.

che zu erhalten. Dies war zwar schon bisher durch die Nachrangigkeit von Schenkungsforderungen nach § 58 IO<sup>416</sup> nicht vollständig möglich, aber zumindest besser als bisher. Insofern muss man dem Gesetzgeber unterstellen, dass er zwar die Schenkung auf den Todesfall durch Implementierung der Vertragstheorie stärker in Richtung eines Vertrages rücken wollte, durch den Verweis auf § 1253 ABGB jedoch genau das Gegenteil erreicht hat.

Auch ein rechtsvergleichender Blick erscheint dabei sinnvoll. Auch das deutsche BGB sieht eine Beschränkung für die Schenkung auf den Todesfall nicht vor, es unterscheidet lediglich danach, ob der Geschenknehmer den Geschenkgeber überleben muss oder nicht. Wenn der Geschenknehmer den Geschenkgeber überleben muss, um die Schenkung zu erhalten, sind die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen anzuwenden.<sup>417</sup>

---

<sup>416</sup> Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren, RGBl. Nr. 337/1914.

<sup>417</sup> *Leipold, Erbrecht*<sup>20</sup> (2014), Rz 568.

## 9. SONDERPROBLEME DER SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL

### 9.1. VERHÄLTNIS ZU GLÄUBIGERN

Grundsätzlich hat der Geschenknehmer auf den Todesfall einen vertraglichen Anspruch gegen die Verlassenschaft. Er konkurriert daher im Falle einer Überschuldung der Verlassenschaft mit anderen Gläubigern.

Das AußStrG<sup>418</sup> kennt grundsätzlich zwei Verfahren für überschuldete Nachlässe:<sup>419</sup>

1. Überlassung an Zahlungs statt (§ 154 AußStrG)
2. Verlassenschaftsinsolvenz<sup>420</sup>

In beiden Fällen sind die Bestimmungen der Insolvenzordnung anzuwenden. Bei der Überlassung an Zahlungs statt ergibt sich dies aus dem Verweis auf die §§ 46 und 47 IO bei der Verlassenschaftsinsolvenz daraus, dass diese als Ganzes der IO unterliegt. Innerhalb der Gläubiger gibt es wiederum hinsichtlich ihrer Befriedigung eine Rangordnung.

1. Primär sind die Massekosten zu berichtigen, zu diesen zählen insbesondere:
  - a. Die Kosten des Gerichtskommissärs,
  - b. die Kosten des Verlassenschaftskurators und
  - c. die Kosten eines einfachen Begräbnisses<sup>421</sup>
2. Anschließend die Kosten des Sachwalters für das letzte Jahr
3. Schließlich alle übrigen Gläubiger im Verhältnis der Höhe ihrer unbestrittenen Forderungen.
4. Als letztes werden die in § 58 IO genannten Gläubiger befriedigt, zu diesen zählen unter anderem Geschenknehmer.<sup>422</sup>

---

<sup>418</sup> Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, BGBl. I Nr. 111/2003.

<sup>419</sup> Grundsätzlich kann auch durch Abgabe einer bedingten Erbantrittserklärung ein Verfahren erreicht werden, welches einer Überlassung an Zahlungs statt ähnelt. Siehe hierzu *Verweijen, Verlassenschaftsverfahren*<sup>2</sup> (2018) 174.

<sup>420</sup> Vgl *Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht*<sup>2</sup> 12.124.

<sup>421</sup> Die Praxis bedient sich zur Bestimmung, was ein einfaches Begräbnis ist, der Beerdigungskostenverordnung. Der zufolge ist der Höchstbetrag eines gewöhnlichen Begräbnisses € 10.000,-- (Stand 2020).

<sup>422</sup> *Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht*<sup>5</sup> (2016), 611.

### 9.1.1. Schenkung auf den Todesfall und Überlassung an Zahlungs statt:

Bei der Überlassung an Zahlungs statt kann grundsätzlich weiterhin jeder Gläubiger seinen Anspruch gegen die Verlassenschaft geltend machen.<sup>423</sup> In diesem Fall ist gemäß § 811 ABGB ein Verlassenschaftskurator zu bestellen. Dabei nimmt die Schenkung auf den Todesfall jedoch meist eine Sonderstellung ein. In der Praxis enthält diese bei Liegenschaften nämlich meist eine Aufsandungserklärung, sodass bei Vorlage einer Sterbeurkunde und des Schenkungsvertrages sofort das Eigentumsrecht des Geschenknehmers einverleibt werden kann. Daher ist in diesen Fällen kein Prozess nötig. Das Grundbuchsgericht hat in diesem Fall auch keine Verpflichtung, für eine quotengemäße Befriedigung der Gläubiger zu sorgen. Ist der Geschenknehmer auf den Todesfall daher schnell genug, kann er bei einer Überlassung an Zahlungs statt, trotz § 58 IO, volle Befriedigung erlangen. Besondere Bedeutung hat daher in diesem Zusammenhang § 155 AußStrG. Dabei hat die Rsp ausdrücklich festgehalten, dass die Schenkung auf den Todesfall bei der Überlassung an Zahlungs statt nicht als Forderung zu berücksichtigen ist.<sup>424</sup>

Übersteigen die Verlassenschaftsaktiva den Betrag von € 5.000,--, hat der Gerichtskommissär den aktenkundigen Gläubigern, Erben und Pflichtteilsberechtigten vor der Überlassung Gelegenheit zur Äußerung zu bieten. Übersteigen die Aktiven den Betrag von € 25.000,--, hat der Gerichtskommissär von Amts wegen eine Aufforderung an die Verlassenschaftsgläubiger zu schalten. Die materiell-rechtliche Grundlage dieses Ediktes bilden die §§ 813 bis 815 ABGB.<sup>425</sup> Dabei hat das Gläubigeredikt zwei Wirkungen. Einerseits können Gläubiger, welche ihre nicht aktenkundige Forderung nicht fristgerecht geltend gemacht haben, keine Ansprüche gegen die Verlassenschaft oder den Erben geltend machen, wenn die Verlassenschaft nach quotengemäßer Verteilung des Nachlasses erschöpft ist.<sup>426</sup> Andererseits kann eine Exekution während der Gläubigereinberufung gemäß § 42 Abs 1 Z 6 EO aufgeschoben werden. Es erscheint jedoch fraglich, ob § 42 Abs 1 Z 6 EO auch für den Fall einer

---

<sup>423</sup> Sailer in KBB<sup>6</sup> §§ 813-815 Rz 3.

<sup>424</sup> OGH 17. 12. 2018, 2 Ob 75/18w = NZ 2019/58.

<sup>425</sup> Fucik/Mondel, Verlassenschaftsverfahren<sup>2</sup> (2016) Rz 356.

<sup>426</sup> Verweijen, Verlassenschaftsverfahren<sup>2</sup> 260.

Einverleibung aufgrund einer Sterbeurkunde und eines Notariatsaktes mit Aufsandung gelten soll, da das Grundbuchsgericht im reinen Urkundenverfahren des GBG nicht die Aufgabe hat, eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung zu gewährleisten.

Dies hat nun für die Beteiligten unterschiedliche Konsequenzen. Einerseits bietet es für den Geschenknehmer die Möglichkeit, durch rasches Handeln andere Gläubiger zu überholen. Andererseits stellt es aber für einen allfälligen Verlassenschaftskurator<sup>427</sup> ein beachtliches Risiko dar. Kommt es nämlich zu einer Einverleibung des Eigentums des Geschenknehmers, führt dies zu einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger. Der Verlassenschaftskurator wird jedoch, wenn er die Verkürzung von Gläubigern zu befürchten hat, einen Antrag auf Eröffnung eines Verlassenschaftsinsolvenzverfahrens zu stellen haben.<sup>428</sup> Dies ist insbesondere der Fall, wenn divergierende Gläubigerinteressen vorliegen.<sup>429</sup> Andererseits stellt die Überlassung an Zahlungs statt den vom Gesetzgeber gewünschten Regelfall dar, da sie in der Regel zu einer geringeren Wertvernichtung führt.<sup>430</sup> Der Verlassenschaftskurator hat nun zwei Möglichkeiten, mit diesem Problem umzugehen.

Er kann einerseits eine Anmerkung der beabsichtigten Veräußerung nach § 53 GBG begehren und sich so den besseren Grundbuchsrang sichern.<sup>431</sup> Kommt es nach der Anmerkung der Rangordnung zu einer Einverleibung der Schenkung auf den Todesfall, kann der Kurator dennoch einen Verkauf der Liegenschaft durchführen und die nachträgliche Einverleibung des Geschenknehmers löschen lassen.<sup>432</sup>

Er kann andererseits aber auch einen Insolvenzantrag stellen. Dabei hat er jedoch zu beachten, dass dieser Antrag in jedem Fall eine außerordentliche Geschäftsfüh-

---

<sup>427</sup> In der Praxis ist die Bestellung eines Verlassenschaftskurators bei überschuldeten Verlassenschaften mit auf den Todesfall geschenkten Liegenschaften sehr häufig, da die Veräußerung und Verwertung der Liegenschaft nur durch den Verlassenschaftskurator erfolgen kann.

<sup>428</sup> *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht<sup>2</sup> (2013) Rz Rz 7/90.

<sup>429</sup> *Reckenzaun*, Wann ist der überschuldete Nachlass ein Fall für den Masseverwalter? NZ 2007, 97.

<sup>430</sup> ErläutRV AußStrG 100.

<sup>431</sup> Anders als die Veräußerung stellt die Anmerkung der Rangordnung keine außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahme dar und ist daher auch nicht verlassenschaftsgerichtlich zu genehmigen, *K. Binder in Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 53 GBG Rz 4.

<sup>432</sup> *K. Binder in Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 53 GBG Rz 23.

rungsmaßnahme darstellt, welche gemäß § 810 ABGB einer verlassenschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.<sup>433</sup> Im Zweifel wird sich der Verlassenschaftskurator für den Insolvenzantrag entscheiden, da hierdurch seine persönliche Haftung ausgeschlossen wird. Ist der Antrag nämlich zu Unrecht gestellt worden, hat das Verlassenschaftsgericht ohnehin die Genehmigung des Insolvenzantrages zu verweigern.

### 9.1.2. Die Schenkung auf den Todesfall in der Verlassenschaftsinsolvenz

Im Verlassenschaftsverfahren sind die präsumtiven Erben und die Gläubiger zur Stellung eines Insolvenzantrages berechtigt. Der Verlassenschaftskurator ist in bestimmten Fällen sogar verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen.

Im Verlassenschaftsinsolvenzverfahren greift jedoch, anders als im Verfahren bei der Überlassung an Zahlung statt, die Grundbuchsperrung des § 13 IO. Diese will verhindern, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Insolvenzmasse in Hinblick auf Liegenschaften und bürgerliche Rechte geschmälert wird.<sup>434</sup> In diesem Fall hat der Geschenknehmer auf den Todesfall trotz der Aufsandungserklärung des Verstorbenen keine Möglichkeit, eine § 58 IO widersprechende Befriedigung zu erlangen.

## 9.2. DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL UND DIE EU-ERBVO

Bei der Schenkung auf den Todesfall stellt sich die Frage, ob sie dem Regime der Rom I-VO<sup>435</sup> oder der EuErbVO unterliegt. Diese Frage stellt sich insbesondere, da hiervon die Möglichkeiten einer Rechtswahl abhängen.

Auf den ersten Blick erscheint es logisch, die Schenkung auf den Todesfall im Sinne des § 603 nunmehr nach der Vertragstheorie als Vertrag auszulegen. Hierfür spricht,

---

<sup>433</sup> Eine Umgehung dieser Genehmigung ist möglich, indem der Verlassenschaftskurator den Insolvenzantrag nicht als Vertreter der Verlassenschaft, sondern als Gläubiger, welcher um seinen Entlohnungsanspruch nach § 276 ABGB fürchtet, stellt.

<sup>434</sup> *Rassi in Konecny, Insolvenzgesetz § 13 IO, Rz 1.*

<sup>435</sup> VERORDNUNG (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177/6.

dass der Vertragsabschluss unter Lebenden erfolgt. Weiters schließt Art 1 Abs 2 lit g explizit die Anwendung der EuErbVO auf Schenkungen aus.<sup>436</sup> Somit unterläge die Schenkung auf den Todesfall grundsätzlich der Rom I-VO. Die Anwendung der Rom I-VO hätte den wesentlichen Vorteil, dass gemäß Art 4 Abs 1 leg cit eine Rechtswahl der Parteien zulässig wäre.<sup>437</sup> In jedem Fall ist die Rom I-VO auf Schenkungen unter Lebenden anzuwenden, bei denen sich der Geschenkgeber ein Fruchtgenussrecht zurückbehalten hat, da in diesem Fall die Schenkung bereits vollzogen wurde.<sup>438</sup>

Gegen die Anwendung der Rom I-VO auf die Schenkung auf den Todesfall sprechen jedoch mehrere gute Gründe. Zum einen ist unerheblich, ob die Schenkung auf den Todesfall nach nationaler Definition als Vertrag unter Lebenden auszulegen ist, da der Begriff des Erbvertrages autonom auszulegen ist.<sup>439</sup> Gemäß Art 3 Abs 1 lit b ist ein Erbvertrag „eine Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht“.

Dieser Definition zufolge handelt es sich bei der Schenkung auf den Todesfall um einen Erbvertrag im Sinne der EuErbVO.<sup>440</sup> Nach Art 25 der EuErbVO unterliegt ein Erbvertrag, somit auch eine Schenkung auf den Todesfall, dem Recht, das nach dieser Verordnung anzuwenden wäre, wenn die Person zu dem Zeitpunkt verstorben wäre, in dem der Erbvertrag geschlossen wurde. Das Errichtungsstatut ist aus zwei Gründen unwandelbar. Einerseits soll sich der Erblasser nicht seiner Bindung durch Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts entledigen können; andererseits soll ein späterer Statutenwechsel nicht die Ungültigkeit des Erbvertrages bzw der Schenkung auf den Todesfall bewirken.<sup>441</sup>

---

<sup>436</sup> Mankowski, in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), EuErbVO-Kommentar Art 1 Rz 76 (2020).

<sup>437</sup> Rudolf, *Europäisches Kollisionsrecht für vertragliche Schuldverhältnisse – Rom I-VO ÖJZ*, 149 (151).

<sup>438</sup> Fischer-Czermak, in *Deixler-Hübner/Schauer*<sup>2</sup>, Art 25 Rz 8.

<sup>439</sup> Bonimaier, *Erb- und Pflichtteilsverzichte bei Anwendung der EuErbVO*, NZ 2016, 321.

<sup>440</sup> Fischer-Czermak, in *Deixler-Hübner/Schauer*<sup>2</sup>, Art 25 Rz 8.

<sup>441</sup> Bonimaier, *Erb- und Pflichtteilsverzichte bei Anwendung der EuErbVO*, NZ 2016, 321 (322).

### 9.3. DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL IM GRUNDVERKEHRS- RECHT

Grundsätzlich stellt sich die Frage, inwieweit eine Schenkung auf den Todesfall allenfalls einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung bedarf und wenn ja, wann diese einzuholen ist.

Da die Kompetenzverteilung des B-VG dem Grundverkehrswesen nicht ausdrücklich zugewiesen wurde, greift die Generalklausel des Artikel 15. Demnach liegt die Kompetenz sowohl in Gesetzgebung als auch in Vollziehung in den Händen der Länder. Für die Beantwortung der Frage ist daher jedes Grundverkehrsgesetz einzeln zu betrachten. Da die Betrachtung aller neun Grundverkehrsgesetze den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen würde, möchte ich exemplarisch nur das oberösterreichische<sup>442</sup>, das Wiener<sup>443</sup> und das Tiroler<sup>444</sup> Grundverkehrsgesetz behandeln.

Das oberösterreichische und das Wiener Grundverkehrsgesetz haben gemeinsam, dass sie lediglich den Rechtserwerb unter Lebenden, nicht aber den von Todes wegen regeln.<sup>445</sup> Hingegen regelt das Tiroler Grundverkehrsgesetz auch Rechtserwerbe von Todes wegen.<sup>446</sup>

In jedem Fall ist aber auf die Rechtsnatur der Schenkung auf den Todesfall abzustellen. Da diese ein unter Lebenden geschlossener schuldrechtlicher Vertrag ist, dessen Recht erst mit dem Tod entsteht,<sup>447</sup> liegt ein Rechtserwerb unter Lebenden vor, der grundsätzlich einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung unterliegen kann.<sup>448</sup>

Fraglich ist, wann diese Genehmigung eingeholt werden muss. Einerseits könnte man auf den Todeszeitpunkt, somit den Zeitpunkt des Eigentumserwerbs, andererseits aber auch auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellen. Das OÖ-GVG

---

<sup>442</sup> Landesgesetz vom 7. Juli 1994 über den Verkehr mit Grundstücken (Oö. Grundverkehrsgesetz 1994 – Oö. GVG 1994), LGBl.Nr. 88/1994.

<sup>443</sup> Gesetz betreffend den Grunderwerb durch Ausländer in Wien (Wiener Ausländergrunderwerbsgesetz), LGBl. Nr. 11/1998.

<sup>444</sup> Gesetz vom 3. Juli 1996 über den Verkehr mit Grundstücken in Tirol (Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996), LGBl. Nr. 61/1996.

<sup>445</sup> Vgl hierzu § 1 Abs 2 Oö. GVG 1994 und § 1 Abs 1 Wiener Ausländergrunderwerbsgesetz.

<sup>446</sup> Vgl §§ 15 ff Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996.

<sup>447</sup> Welser, Erbrecht, 122.

<sup>448</sup> VfGH 25.09.1995, B795/95.

stellt gemäß § 10 Abs 1 auf den Vertragsabschluss ab und setzt eine Frist von vier Wochen. Hingegen findet sich weder im Tiroler noch im Wiener Grundverkehrsgesetz eine explizite Frist. Diese Gesetze gestatten jedoch eine genehmigungspflichtige Grundbuchseintragung erst nach Vorliegen einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung.<sup>449</sup>

#### 9.4. DIE SCHENKUNG AUF DEN TODESFALL UND DIE GRUNDERWERBSTEUER:

Grundsätzlich löst zwar jedes Rechtsgeschäft, das einen Anspruch auf Übereignung begründet, eine Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG<sup>450</sup> aus. Allerdings gilt für die Schenkung auf den Todesfall nach § 8 Abs 3 GrEStG eine Sonderregel, der zufolge die Steuerschuld erst mit dem Tod des Geschenkgebers entsteht.

Dies hat einerseits den Vorteil, dass die Parteien eine Steuerstundung genießen, bewirkt jedoch andererseits eine abgabenrechtliche Unsicherheit, da der Notar den Parteien die Gesamtkosten des Rechtsgeschäftes nicht bekanntgeben kann. In der Praxis stellt dies jedoch ein geringes Problem dar, da den Parteien die Steuerstundung meist deutlich wichtiger ist als die unsichere Höhe der Grunderwerbsteuer. Außerdem kann im Falle einer einvernehmlichen Aufhebung der Schenkung auf den Todesfall vor dem Tod des Geschenkgebers die Entstehung der Steuerschuld leichter vermieden werden als in den anderen Fällen des § 17 GrESt.

---

<sup>449</sup> Vgl § 31 Abs 1 Tiroler Grundverkehrsgesetz und § 5 Wiener Ausländergrunderwerbsgesetz.

<sup>450</sup> Bundesgesetz vom 2. Juli 1987 betreffend die Erhebung einer Grunderwerbsteuer, BGBl. Nr. 309/1987.

## 10. ER- UND ABLEBENSVERSICHERUNGEN

Bei Lebensversicherungen mit unwiderruflichem namentlichen Bezugsrechtsrecht eines Dritten stellen sich aus der Sicht der Schenkung auf den Todesfall einerseits die Frage, welche Form hier einzuhalten ist, und andererseits, wie diese Zuwendung bei der Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen nach § 871 zu berücksichtigen ist. Es erscheint daher sehr schade, dass der Gesetzgeber die Chance des ErbRÄG nicht genützt hat, um diesbezüglich Klarheit zu schaffen.<sup>451</sup> Häufig werden Er- und Ablebensversicherungen geschlossen, um eine bestimmte dem Versicherten nahestehende Person zu begünstigen.<sup>452</sup> Das muss jedoch keineswegs aus moralisch verwerflichen Motiven geschehen. Man denke nur an den Familienvater, der für seine Familie gerade eine Immobilie erworben hat, die offenen Schulden durch eine Ablebensversicherung absichern will und der Witwe die Möglichkeit verschaffen will, den Pflichtteil der minderjährigen Kinder auszuzahlen.

### 10.1.1. Formvorschriften einer unwiderruflichen Er- und Ablebensversicherung

Nach der hM fallen Ansprüche aus Lebens- und Unfallversicherungen, die durch den Tod des Verstorbenen ausgelöst werden, nicht in die Verlassenschaft, wenn der Verstorbene einen Begünstigten genannt hat.<sup>453</sup> Dies wird damit begründet, dass der Versicherungsvertrag einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter darstelle.<sup>454</sup> Begründet wird der direkte Erwerb des Begünstigten mit den §§ 166 und 167 VersVG<sup>455</sup>. Hierzu wird aber auch kritisiert, dass überhaupt nicht zu verstehen sei, weswegen ein so wesentlicher Vermögenswert wie eine Versicherungssumme aus einer Lebensversicherung dem normalen Erbgang entzogen wird.<sup>456</sup>

<sup>451</sup> *Wendehorst* Stellungnahme MEntw Nr 39, 4; *Eccher*, Erbrechtsreform (2017), S 8.

<sup>452</sup> *Scheuba*, Generationenübergreifender Vermögenstransfer jenseits des Erbrechts, in *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 1409 (1414).

<sup>453</sup> *Eccher/Umlauf*, *Erbrecht*<sup>7</sup>, Rz 1/20.

<sup>454</sup> *Oberhumer* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht*<sup>2</sup> 9.50.

<sup>455</sup> Bundesgesetz vom 2. Dezember 1958 über den Versicherungsvertrag, BGBl. Nr. 2/1959.

<sup>456</sup> *Welser*, Erbrechtsreform, 17. ÖJT, II/1, 33f.

Wird die Begünstigtenstellung unwiderruflich eingeräumt und stellt das Valutaverhältnis eine unentgeltliche Zuwendung an den Begünstigten dar, stellt sich die Frage, warum diese unentgeltliche Zuwendung, welche erst nach dem Tod des Versicherten wirken soll, nicht den Formerfordernissen der Schenkung auf den Todesfall unterliegt.<sup>457</sup> Andererseits liegt bei der unwiderruflichen Lebensversicherung ein echter Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall vor, was sie grundlegend von der normalen Schenkung auf den Todesfall unterscheidet. Der Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall liegt an der Schnittstelle zwischen Schuldrecht und Erbrecht. Während zwischen Versichertem und Versicherer ein Vertrag unter Lebenden vorliegt, ist die Zuwendung der Lebensversicherung vom Versicherten an den Begünstigten ein Rechtsgeschäft von Todes wegen.<sup>458</sup> Daher ist primär zwischen dem Deckungs- und Valutaverhältnis zu unterscheiden. Im zwischen dem Versicherten und dem Begünstigten wirkenden Valutaverhältnis wird meist eine Schenkung vorliegen.<sup>459</sup> Im Deckungsverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherung wird meist ein Auftrag auf den Todesfall vorliegen. Wenn die Begünstigung jedoch unwiderruflich eingeräumt wird, liegt im Valutaverhältnis eine Schenkung auf den Todesfall vor. Nunmehr stellt sich aber die Frage, was zu gelten hat, wenn die unwiderrufliche Lebensversicherung nicht in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen wurde.<sup>460</sup> Da es hier keine wesentlichen Änderungen zur Rechtslage vor dem ErbrÄG gibt, wird man die bisherige Lehre und Rsp heranziehen können.

Nach einer Mindermeinung bewirke die unentgeltliche Zuwendung im Valutaverhältnis als Vertrag zu Gunsten Dritter an sich den Wegfall der Formvorschriften. Es sei nämlich nicht nötig, dass es zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer einen eigenen Schenkungsvertrag gebe. Dies habe jedoch auch zur Folge, dass die für eine Schenkung erforderlichen Formvorschriften nicht eingehalten werden müssen. Dies sei insbesondere deshalb sachgerecht, da die Übereilungsgefahr durch Einschaltung eines Dritten gebannt sei.<sup>461</sup> Nach einer anderen Meinung bewirke die Auszahlung an den Begünstigten eine Erfüllung im Sinne des § 1432, weswegen die

---

<sup>457</sup> Weiß in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 331.

<sup>458</sup> Cohen, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 22 Rz 3.

<sup>459</sup> Dies muss aber nicht in jedem Fall so sein. Beispielsweise kann der Versicherte dem Begünstigten die Stellung auch an Zahlungs statt einräumen.

<sup>460</sup> Weiß in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 328.

<sup>461</sup> Eccher, Antizipierte Erbfolge 131 ff.

Formnichtigkeit des Valutaverhältnisses heile.<sup>462</sup> Auch das BGB geht von einer Heilung durch den Tod des Versicherten aus.<sup>463</sup> Nach der zweiten Ansicht könnte der Versicherungsnehmer somit die Begünstigung zu Lebzeiten widerrufen, nach der ersten nicht. *Parapatits*<sup>464</sup> geht davon aus, dass der Warn- und Beweissicherungszweck auch ohne einen Notariatsakt erfüllt werden könne, wenn der Versicherte dem Begünstigten zu Lebzeiten einen unwiderruflichen Anspruch einräume und ausdrücklich auf ein Widerrufs- oder Änderungsrecht verzichte. Dies bewirke als Erfüllungshandlung den Vermögensverlust des Geschenkgebers, womit sich eine mit einem Notariatsakt vergleichbare Warnfunktion ergebe.<sup>465</sup>

Man kann auch danach unterscheiden in wie weit die Schenkung auf den Todesfall widerruflich ist. Kann der Geschenkgeber beispielsweise die Bezahlung weiterer Raten aussetzen, stellt sich die Frage, ob nicht die bereits geleisteten Raten auch ohne Notariatsakt gültig an den Begünstigten geschenkt wurden. Dies würde sich damit begründen lassen, dass der Geschenkgeber die Schenkung der bereits getätigten Raten unmittelbar in seinem Vermögen gespürt hat. Daher sei ein ausreichender Übereilungsschutz eingetreten.

Diese Ansichten werden jedoch zu Recht kritisiert, da es nicht sein könne, dass Formvorschriften durch Einschaltung einer dritten Person umgangen werden.<sup>466</sup> Daher wird von der hL<sup>467</sup> und Rsp<sup>468</sup> für einen Auftrag auf den Todesfall die Aufnahme eines Notariatsaktes verlangt. Fehlt dieser Notariatsakt, erwirbt der Begünstigte mangels Form keinen durchsetzbaren Anspruch gegen den Versprechenden. Leistet dieser jedoch dennoch an den Begünstigten, kann diese Leistung von der Verlassenschaft kondiziert werden.<sup>469</sup> Aus § 167 Abs 2 VersVG wird aber abgeleitet, dass bei der Lebensversicherung, auch ohne Einhaltung einer bestimmten Form des Valutaverhältnisses, dem Begünstigten ein direkter Anspruch zukommt.<sup>470</sup> Diese Ansicht wird

---

<sup>462</sup> *Ehrenzweig*, System II/2<sup>2</sup>, 569 f.

<sup>463</sup> *Leipold*, *Erbrecht*<sup>20</sup> (2014), Rz 579.

<sup>464</sup> *Parapatits*, *Der Vertrag zugunsten Dritter* (2011) 86 ff.

<sup>465</sup> *Parapatits*, *Der Vertrag zugunsten Dritter* 88.

<sup>466</sup> *Oberhumer* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht*<sup>2</sup> 9.45.

<sup>467</sup> Siehe mwN: *Bollenberger* in *KBB*<sup>2</sup> §956 Rz 6, *Parapatits* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), *ABGB Praxiskommentar*<sup>4</sup> (2014) zu 956 ABGB..

<sup>468</sup> RS0018809

<sup>469</sup> *Cohen*, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, *Erbrecht und Vermögensnachfolge*<sup>2</sup> § 22 Rz 16.

<sup>470</sup> Vgl hierzu =GH 02.10.1986, 7 Ob 647/86 = NZ 1988, 331 (*Zankl*).

zu Recht kritisiert.<sup>471</sup> Betrachtet man nämlich, dass die Lebensversicherung<sup>472</sup> eine Mittelstellung zwischen Schenkung und Auftrag auf den Todesfall darstellt, diese beiden Rechtsgeschäfte aber die Aufnahme eines Notariatsaktes verlangen, ist nicht verständlich, warum die Einräumung einer unwiderruflichen Lebensversicherung nicht dieser Form unterliegen soll. Außerdem wird man die Ansicht *Parapatits*, welche zum alten Recht formuliert wurde, nicht ohne weiteres auf die neue Rechtslage übernehmen können. Im ErbRÄG verzichtete der Gesetzgeber ausdrücklich auf das Formerfordernis des Widerrufsverzichtes, nicht aber auf die Aufnahme eines Notariatsaktes. Der Widerrufsverzicht wurde somit, anders als der Notariatsakt, gerade nicht als ausreichender Übereilungsschutz gesehen. Besonders wenn dieser Widerrufsverzicht in bereits vorgefertigten Vertragsentwürfen eines Versicherungsunternehmers erfolgt, ohne dass zuvor eine Beratung durch einen Juristen erfolgt ist, erscheint dessen Warnfunktion höchst zweifelhaft. Insbesondere erscheint der Begünstigte wenig schutzwürdig, da er zu Lebzeiten des Versicherten häufig nicht einmal über die Begünstigtenstellung Bescheid weiß. Auch das deutsche Recht geht davon aus, dass bei einer unwiderruflichen Begünstigung die Formvorschriften von Rechtsgeschäften auf den Todesfall anzuwenden sind.<sup>473</sup>

Auch die Annahme, dass die Leistung der Versicherung an den Begünstigten eine Erfüllung darstelle, wodurch die Formnichtigkeit geheilt sei, überzeugt nicht. Nach der Rsp und Lehre zu § 1432 erfordert eine *Erfüllung* ein aktives, nach außen hin sichtbares Tun des Geschenkgebers.<sup>474</sup> In einer Handlung der Versicherung nach dem Tod des Geschenkgebers kann jedoch kein aktives Tun des Geschenkgebers gesehen werden.

Dies hat jedoch weitreichende Folgen. Mangels Formgültigkeit des Valutaverhältnisses kann der Nachlass die Zuwendung an den Begünstigten kondizieren. Somit wäre dieser Kondiktionsanspruch Teil der Verlassenschaft und auch in das Verlassenschaftsinventar aufzunehmen.

---

<sup>471</sup> *Parapatits*, Der Vertrag zugunsten Dritter 87.

<sup>472</sup> In diesem Fall dürfte es egal sein, ob sie widerruflich oder unwiderruflich ist, da in keinem Fall eine wirkliche Übergabe im Sinne des § 1 Abs 1 lit d NotAkteG vorliegt.

<sup>473</sup> *Wall*, Das Valutaverhältnis des Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall – ein Forderungsvermächtnis (2009), 117.

<sup>474</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> RZ 847.

## 10.1.2. Hinzu- und Anrechnung der Lebensversicherung

Grundsätzlich waren Lebensversicherungen schon bisher von der Schenkungsanrechnung umfasst.<sup>475</sup> Teilweise wurde aber zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Begünstigung unterschieden. Die widerrufliche Lebensversicherung wurde dabei wie ein Vermächtnis behandelt, lediglich bei der unwiderruflichen Lebensversicherung kam es zu einer Berücksichtigung im Rahmen des Schenkungspflichtteiles.<sup>476</sup> Da das ErbRÄG 2015 die Hinzurechnung von Schenkungen erweitert, stellt die Begünstigung eine Schenkung im Sinne des § 781 dar.<sup>477</sup> Jedenfalls ist die Zweijahresfrist des § 782 Abs 1 nicht anwendbar, da auch bei einer unwiderruflichen Begünstigung der Versicherungsnehmer berechtigt gewesen wäre die Lebensversicherung zu kündigen und sich den Rückkaufswert auszahlen zu lassen, sodass er das Vermögensopfer nicht erbracht hat.<sup>478</sup>

Es stellt sich jedoch die Frage, welcher Wert für die Hinzu- und Anrechnung heranzuziehen ist.<sup>479</sup> Schon zur alten Regelung gab es dabei zwei Ansichten: Nach der bisher herrschenden Ansicht war die Versicherungssumme an sich hinzuzurechnen<sup>480</sup>, nach einer anderen Ansicht war jedoch nur der Rückkaufswert oder die Summe der geleisteten Prämien hinzuzurechnen.<sup>481</sup> Die Rechtsprechung sprach sich für eine Hinzurechnung der gesamten Versicherungssumme aus.<sup>482</sup> Der Unterschied soll an folgendem Beispiel veranschaulicht werden.

*Der 30-jährige Familienvater schließt eine reine Ablebensversicherung zu Gunsten seiner Ehegattin ab. Zwei Monate danach verstirbt er bei einem Autounfall. Die monatliche Prämie betrug 70 €, die Versicherungssumme 100.000 €. Nach der ersten, bisher herrschenden Ansicht wären 100.000 € hinzuzurechnen, nach der Mindermeinung nur 140 €.*

<sup>475</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2355.

<sup>476</sup> Schauer, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 22 Rz 2 und 7 mwN.

<sup>477</sup> Cohen, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 22 Rz 32; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> §781 (Stand 1.10.2018, rdb.at), Rz 3.

<sup>478</sup> Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> 9.52.

<sup>479</sup> Cohen, Drittbegünstigung auf den Todesfall (2016) 199.

<sup>480</sup> Zank, Die Lebensversicherung im Pflichtteilsrecht, NZ 1989, 1; Eccher in Schwimann III<sup>2</sup>, § 785 Rz 3; Scheuba, Vermögenstransfer jenseits des Erbrechts, 1409 (1417).

<sup>481</sup> Weiß in Klang III<sup>2</sup> 911.

<sup>482</sup> OGH 10.06.1997, 4 Ob 136/97x.

Das Problem an der zweiten Ansicht liegt darin, dass die Bezahlung der laufenden Prämien ohne Schmälerung des Stammvermögens geschieht, derartige Leistungen unterliegen aber weder nach der alten noch nach der neuen Rechtslage der Hinzurechnung.

Primärer Zweck der Schenkungsanrechnung ist es, die Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen zu verhindern.<sup>483</sup> Nach dem neuen Recht ist noch nicht viel zur Frage der Hinzurechnung publiziert worden. *Kathrein*<sup>484</sup> hält fest, dass das ErbRÄG die bisherige Rechtslage beibehalten wolle, was grundsätzlich für eine Fortschreibung der bisherigen hM und Rsp spricht. Allerdings sieht man bei näherer Betrachtung, dass lediglich das Ausscheiden aus dem Nachlass, nicht aber die Höhe der Hinzurechnung gemeint ist.<sup>485</sup> *Nemeth/Niedermayr*<sup>486</sup> gehen ohne nähere Begründung davon aus, dass wie bisher die Höhe der Versicherungssumme hinzuzurechnen sei. Dies Ansicht vertritt auch *Cohen*, welche festhält, dass die Pflichtteilsberechtigten so zu stellen seien, als hätte die Schenkung nicht stattgefunden. Hätte der Verstorbene dem Begünstigten den Anspruch nicht eingeräumt, wäre die Versicherungsleistung weiterhin im Nachlass.<sup>487</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang die Ansicht *Ecchers*<sup>488</sup>, welcher anders als zur alten Rechtslage<sup>489</sup> nunmehr dafür eintritt, die Hinzurechnung der Versicherungsleistung mit der Summe der geleisteten Prämien zu begrenzen. Auch er bleibt aber leider eine genaue Begründung schuldig.

Das deutsche Recht (§ 2325 BGB) geht hingegen davon aus, dass lediglich die Summe der entrichteten Prämien hinzuzurechnen sei.<sup>490</sup> In diesem Zusammenhang

---

<sup>483</sup> *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> §781 (Stand 1.10.2018, rdb.at), Rz 1; *Cohen*, Drittbegünstigung 203.

<sup>484</sup> *Kathrein*, EF-Z 2016, 4 (9).

<sup>485</sup> *Kathrein* verweist etwa ausdrücklich auf den Druck der Versicherungswirtschaft, welche Sorge hatte, dass eine übermäßige Einbeziehung von Lebensversicherungen Versicherungsnehmer vom Abschluss einer solchen abhalten könne. Dabei stelle jedoch die Lebensversicherung im Rahmen der „Dritten Säule“ einen wichtigen Teil der Altersvorsorge dar. Es ändere sich auch nichts daran, dass Versicherungsleistungen bei der Pflichtteilsberechnung einbezogen werden können. An keiner Stelle setzt sich *Kathrein* explizit mit der Frage auseinander, ob die ganze Versicherungssumme berücksichtigt werden soll oder nicht. Greift man aber das Interesse der Versicherungswirtschaft auf, wird diese gerade ein Interesse haben, dass nur die geleisteten Prämien einbezogen werden, da man dies als Absicherung vor Pflichtteilsansprüchen der Erben verkaufen könnte.

<sup>486</sup> *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 4<sup>5</sup> (2018) § 781 ABGB Rz 19.

<sup>487</sup> *Cohen*, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 22 Rz 30.

<sup>488</sup> *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 162.

<sup>489</sup> *Eccher* in *Schwimmann III*<sup>2</sup>, § 785 Rz 3.

<sup>490</sup> Vgl *Böck* in *NomosKommentar-BGB*<sup>4</sup> V (2014) § 2325 Rz 19.

hielt der BGH in einer jüngeren Entscheidung fest, dass der Rückkaufswert für die Pflichtteilergänzung heranzuziehen sei.<sup>491</sup> Auch das Schweizer Recht (Art 476 ZGB) kommt nur zur Hinzurechnung des Rückkaufswertes.

Wie gezeigt, ist auch nach dem ErbRÄG nicht klar, in welcher Höhe die Lebensversicherung bei der Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil zu berücksichtigen ist. Dies ist besonders in Hinblick auf die große praktische Relevanz der Lebensversicherung sehr zu bedauern. Aus § 781 lässt sich die erkennbare Wertung ableiten, dass der Erblasser Pflichtteilsansprüche nicht durch Schenkungen unter Lebenden aushöhlen darf. Durch die Hinzurechnung soll daher jene Berechnungsgrundlage hergestellt werden, die vorläge, wenn der Erblasser die Vermögensverschiebung nicht getätigt hätte. Damit stellt sich die Frage, worin die Vermögensverschiebung bei der Er- und Ablebensversicherung genau liegt. Dabei gibt es zwei vertretbare Auslegungsmöglichkeiten:

1. Einerseits kann man den Abschluss der gesamten Er- und Ablebensversicherung betrachten. In diesem Fall hätte es nie eine Er- und Ablebensversicherung gegeben, somit wären die geleisteten Prämien noch im Nachlass und nur diese würden der Hinzurechnung unterliegen.
2. Stellt man jedoch auf die Einräumung eines namentlichen Bezugsrechtes ab, fiel die Lebensversicherung als Ganzes in den Nachlass, weswegen die Versicherungssumme hinzuzurechnen wäre.

Zwischen diesen Auslegungen muss eine Wertung getroffen werden. Für die Hinzurechnung der gesamten Lebensversicherung spricht, dass das Gesetz in § 662 Satz 2 auch das Vermächtnis einer fremden Sache regelt, zu der beispielsweise eine Anwartschaft auf eine Versicherungsleistung zählen kann. Laut *Cohen* wäre es aber widersinnig das Vermächtnis der Versicherungssumme anders zu behandeln als die Begünstigtenstellung.<sup>492</sup>

Gegen diese Ansicht spricht, dass Kernthema der Begünstigtenstellung der unmittelbare Anspruch des Versicherungsnehmers aus dem Vertrag zu Gunsten Dritter gegen den Versicherte ist. Dies wird insbesondere deutlich, dass beim Vermächtnis die Versicherungssumme in den Nachlass viel, bei der Begünstigtenstellung aber

---

<sup>491</sup> BGH IV ZR 73/08 NJW 2010, 3232 (*Kessler*) = RNotZ 2010, 405 (*Worm*) = ZEV 2010, 305 (*F. Wall*).

<sup>492</sup> *Cohen*, *Drittbegünstigung* 203.

nicht. Da es also um zwei unterschiedliche Rechtskonstruktionen geht erscheint auch eine Differenzierende Behandlung keineswegs unlogisch. Entscheidend bleibt daher, worauf man bei der Wertung das Hauptaugenmerk legt. Stellt man primär auf die Nennung des Begünstigten ab, ist von einer Hinzurechnung der Versicherungsleistung auszugehen. Wenn man aber den Abschluss des Versicherungsvertrages als Ganzes betrachtet sprechen die besseren Argumente für eine Hinzurechnung des Rückkaufswertes. Meiner Meinung ist dabei das Abstellen auf den gesamten Versicherungsvertrag überzeugender. Dies hat vor allem drei Gründe:

Einerseits erfolgt die Begünstigtenbenennung meist direkt bei Abschluss der Lebensversicherung. Da die Benennung des Begünstigten meist in einem einheitlichen Akt mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages erfolgt, erscheint die von *Cohens* vorgenommene Trennung zwischen Abschluss des Versicherungsvertrages und der Benennung eines Begünstigten in den meisten Fällen wenig überzeugend.<sup>493</sup>

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine Nachlasszugehörigkeit der Lebensversicherung entschieden hat. Die Lebensversicherung nun aber über den Umweg der Hinzurechnung erst recht wieder in die Verlassenschaftsabhandlung einzubeziehen, scheint den Interessen des Gesetzgebers zu widersprechen.

Letztlich ist aber auch zu bedenken, dass die Nennung eines Begünstigten nur möglich ist, wenn überhaupt eine Lebensversicherung abgeschlossen wurde. Da aber der Versicherungsvertrag Voraussetzung für die Nennung eines Begünstigten ist, muss bei der Wertungsentscheidung auch der Versicherungsvertrag in seiner Gesamtheit im Vordergrund stehen. Um dem Zweck des § 781 Rechnung zu tragen, muss die Hinzurechnung den Pflichtteilsberechtigten daher so stellen, wie er ohne Abschluss des Versicherungsvertrages gestanden wäre. Da sich der Verstorbene in diesem Fall aber nur die geleisteten Prämien erspart hätte sind auch nur diese zu ersetzen.

Sollte die Begünstigtenstellung daher gleichzeitig mit dem Abschluss der Lebensversicherung eingeräumt werden sprechen die besseren Argumente gegen eine Hinzurechnung der gesamten Lebensversicherungsleistung und für eine

---

<sup>493</sup> Etwas anderes wird aber zu gelten haben, wenn die Begünstigung erst in einem späteren Akt eingeräumt wird.

Hinzu- und Anrechnung der bisher geleisteten Prämien. Kommt es hingegen nachträglich zur Benennung oder Änderung des Begünstigten erscheint es sinnvoll die gesamte Leistung der Lebensversicherung für die Pflichtteilsberechnung heranzuziehen.

## 11. DER VERMÄCHTNISVERTRAG

### 11.1.1. Der Vermächtnisvertrag vor dem ErbRÄG

Bisher war der Vermächtnisvertrag im Gesetz nicht eigens geregelt.<sup>494</sup> Lediglich in § 1255 ABGB, welcher das sogenannte Advitalitätsrecht beinhaltete, fand sich eine Auseinandersetzung mit dem Vermächtnisvertrag.<sup>495</sup> § 1255 ABGB wurde jedoch durch das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009<sup>496</sup> aufgehoben. Vor dem Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 fand sich daher keine Regelung des Vermächtnisvertrages. Dieser wurde jedoch von der hL unter denselben Voraussetzungen zugelassen wie der Erbvertrag.<sup>497</sup> Daher waren sowohl die Form einer letztwilligen Verfügung als auch die eines Notariatsaktes einzuhalten.<sup>498</sup> Strittig war, ob ein Vermächtnisvertrag nur von Ehegatten, Verlobten oder eingetragenen Partnern geschlossen werden könnte.<sup>499</sup>

### 11.1.2. Der Vermächtnisvertrag nach dem ErbRÄG 2015

Durch das ErbRÄG 2015 wird der Vermächtnisvertrag in § 647 ABGB geregelt. Der Gesetzgeber wollte dabei der bereits bestehenden Anerkennung desselben durch die Lehre und Rsp Rechnung tragen.<sup>500</sup> Ob dies jedoch in allen Aspekten so ist, erscheint fraglich.

Einerseits stellt sich die Frage, in welcher Form ein Vermächtnisvertrag abzuschließen ist. Betrachtet man, dass die dem Vermächtnisvertrag ähnelnde Schenkung auf

<sup>494</sup> Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228 (232).

<sup>495</sup> Kralik, Erbrecht 155 f.

<sup>496</sup> Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, die Anfechtungsordnung, die Ausgleichsordnung, das Außerstreitgesetz, das Ehegesetz, die Exekutionsordnung, das Gebührengesetz 1957, das Gerichtsgebührengesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Konkursordnung, das Notariatsaktsgesetz, die Notariatsordnung, das Privatstiftungsgesetz, das Tilgungsgesetz 1972, das Unterhaltsvorschussgesetz 1985, das Urheberrechtsgesetz und die Zivilprozessordnung geändert werden (Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 – FamRÄG 2009) BGBl. I Nr. 75/2009.

<sup>497</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2229; Welser in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 535 Rz 2.

<sup>498</sup> Koch in KBB<sup>6</sup> §1249 Rz 6.

<sup>499</sup> Kritisch Zankl, NZ 1997, 311 (FN 17); für die Einschränkung Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228 (232); Koch in KBB<sup>6</sup> §1249 Rz 6; Fritsch in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 250.

<sup>500</sup> ErläutRV 688 BIGNR XXV. GP, 13.

den Todesfall und der Erbvertrag einen Notariatsakt verlangen, muss dies wohl auch für den Vermächtnisvertrag gelten. Aufgrund der Ähnlichkeit zum Erbvertrag sollte man jedoch immer auch die Formvorschriften einer letztwilligen Verfügung einhalten.<sup>501</sup>

Die Annahme, der Vermächtnisvertrag sei dem Erbvertrag näher als der Schenkung auf den Todesfall, wird noch dadurch gestärkt, dass sich Erbvertrag und Vermächtnisvertrag insofern ähneln, als in beiden Verträgen das Überleben vorausgesetzt wird. Bei einem Erbvertrag ist bisher vollkommen unstrittig, dass über das Erbrecht erst nach dem Tod einer Partei verfügt werden kann. Zum Wesen des Vermächtnisses gehört ebenfalls, dass der Begünstigte den Tod des Verstorbenen erleben muss.<sup>502</sup> Bei der Schenkung auf den Todesfall ist dies jedoch grundlegend anders. Bei dieser erwirbt der Geschenknehmer sofort eine Anwartschaft auf die Schenkung, die er auch weitervererben kann.<sup>503</sup>

Andererseits stellt sich die Frage, zwischen wem der Vermächtnisvertrag abgeschlossen werden kann. *Barth/Pesendorfer* gehen in diesem Zusammenhang davon aus, dass der Vermächtnisvertrag nur zwischen den Parteien eines Erbvertrages geschlossen werden kann, begründen dies aber nicht weiter.<sup>504</sup> *Fischer-Czermak* teilt diese Ansicht, da der Vermächtnisvertrag dem Erbvertrag näher sei, da in beiden Fällen nur das Vertragsgegenstand sei, was im Todeszeitpunkt noch vorhanden ist.<sup>505</sup>

Meines Erachtens ist der Vermächtnisvertrag jedoch der Schenkung auf den Todesfall ähnlicher als dem Erbvertrag, da beide Verträge eine Einzelrechtsnachfolge bewirken. Auch in Hinblick auf die systematische Stellung des § 647 ABGB ist der Vermächtnisvertrag der Schenkung auf den Todesfall ähnlicher. Anders als im Erbvertrag, der starke Ähnlichkeiten zu einer Gütergemeinschaft auf den Todesfall aufweist, hat der Vermächtnisvertrag weder eine Gesamtrechtsnachfolge noch eine Versorgung des überlebenden Ehegatten zum Vorbild. Letztlich ist zu bedenken, dass das ABGB in seinen Grundwertungen von der Privatautonomie ausgeht. Daher ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Parteien jede Form von Verträgen

---

<sup>501</sup> *Welser/Zöchling-Jud.*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 2200.

<sup>502</sup> *Welser*, Erbrecht, 151.

<sup>503</sup> *Keinert*; Schenkung auf den Todesfall, 248.

<sup>504</sup> *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform § 647.

<sup>505</sup> *Fischer-Czermak*, EF-Z 2016, 228 (233).

schließen können. Wird ihnen eine bestimmte Vertragsform untersagt, muss dies daher im Gesetz deutlich zum Vorschein kommen. Auch das Argument, dass beim Vermächtnisvertrag nur das Gegenstand sei, was im Todeszeitpunkt noch vorhanden ist, verliert vor dem Hintergrund des § 58 IO an Schlagkraft. Ist der Nachlass nämlich überschuldet, muss der Geschenknehmer auch eine Schmälerung seines Anspruches hinnehmen. Zudem macht die Schenkung auf den Todesfall eine Verfügung über die geschenkte Sache nicht unmöglich, sie erzeugt in diesem Fall lediglich einen Schadenersatzanspruch. Daher sprechen die besseren Argumente gegen eine personelle Beschränkung des Vermächtnisvertrages auf Ehegatten.<sup>506</sup>

Fraglich ist letztlich, ob die  $\frac{3}{4}$ -Schranke auch auf den Vermächtnisvertrag anwendbar ist. Dafür sprechen die besseren Argumente. Wenn die beidem „benachbarten“ Rechtsinstitute der  $\frac{3}{4}$ -Schranke unterliegen, muss dies auch für den Vermächtnisvertrag gelten.

Daher bietet der Vermächtnisvertrag auch keinen Vorteil gegenüber der Schenkung auf den Todesfall mit Überlebensbedingung, da er all ihre Nachteile übernimmt, aber dem Vermächtnisnehmer keinen sicheren Anspruch auf die geschenkte Sache verschafft. Der einzige Vorteil des Vermächtnisvertrages gegenüber der Schenkung auf den Todesfall besteht darin, dass jener, anders als dieser, Bedingungen uneingeschränkt zulässt.

---

<sup>506</sup> In der Praxis wird sich diese Ansicht jedoch nicht durchsetzen, da der rechtsberatende Schriftverfasser aufgrund der gravierenden Rechtsunsicherheit immer von einem Vermächtnisvertrag zwischen Nichtehegatten abraten sollte.

## 12. DER ÜBERGABSVERTRAG

Beim in der Praxis sehr häufigen Übergabsvertrag handelt es sich um einen Vertrag sui generis, bei dem meist Liegenschaften, häufig auch land- und forstwirtschaftliche Betriebe übereignet werden.<sup>507</sup> Häufig wird aber auch die Schenkung einer Liegenschaft unter Zurückbehaltung eines Nutzungsrechtes bereits als Übergabsvertrag bezeichnet. Eine genaue gesetzliche Definition des Begriffes ist soweit ersichtlich nicht vorhanden. Meist will der Übergeber zu Lebzeiten eine vorweggenommene Erbfolgeregelung und Vermögensauseinandersetzung erreichen und verpflichtet den Übernehmer eines bäuerlichen Gutes, eines Unternehmens oder eines sonstigen Vermögens, zur Leistung eines Ausgedinges an den Übergeber bzw einer Ausgleichszahlung an die „weichenden Geschwister“.<sup>508</sup> Dabei weist der Übergabsvertrag sowohl familien- als auch erbrechtliche Elemente auf.<sup>509</sup> Inwieweit ein Übergabsvertrag ein entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft darstellt und als gemischte Schenkung zu werten ist, richtet sich nach dem Wert der beiderseitigen Leistungen im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags.<sup>510</sup> Eine gemischte Schenkung liegt nahe, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen der Leistung des Übernehmer und dem Übergabswert besteht und dies dem Übergeber auch bewusst gewesen sein musste.<sup>511</sup> Diese Unterscheidung hat beispielsweise in Hinblick auf die Hinzurechnung von Schenkungen, Gewährleistungsrechte oder die Vertragsauslegung erhebliche Konsequenzen.

Mangels einer gesetzlichen Definition kann der Begriff „Übergabsvertrag“ somit nur näherungsweise bestimmt erfolgen. Im weiteren Verlauf dieser Arbeit versteh ich daher unter einem Übergabsvertrag einen Vertrag, in dem ein Übergeber einem Übernehmer eine Liegenschaft, einen Betrieb oder ein sonstiges Vermögen überträgt. Diese Rechtsübertragung kann entgeltlich oder unentgeltlich sein, was immer nur im Einzelfall geklärt werden kann. In den allermeisten Fällen des von mir skizzierten Übergabsvertrages behält sich der Übergeber bestimmte Nutzungsrechte in Form eines verbücherten Wohnungs- oder Fruchtgenussrechtes beziehungsweise

---

<sup>507</sup> Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 938 (Stand 1.4.2016, rdb.at)

<sup>508</sup> Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1053 (Stand 1.5.2017, rdb.at) Rz 41.

<sup>509</sup> Bollenberger in KBB<sup>6</sup> § 938, Rz 9.

<sup>510</sup> Zuletzt OGH 21.01.2014, 5Ob235/13i = wobl 2015, 53/21 – wobl 2015/21 = MietSlg 66.134 = MietSlg 66.254.

<sup>511</sup> Schubert in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 938 ABGB (Stand 1.1.2000, rdb.at), Rz 9.

eines Belastungs- und Veräußerungsverbots zurück. Der Zweck des Übergabsvertrag liegt für die Parteien in einer antizipierten Erbfolge.

Bei der Bewertung der übergebenen Liegenschaft sind alle Belastungen als wertmindernd zu berücksichtigen, die der Übernehmer zu übernehmen hatte. Als Gegenleistung ist aber nur die aus dem Vermögen des Übernehmers erbrachte Leistung zu veranschlagen. Der Vorbehalt von Nutzungen und sonstigen Befugnissen eines Eigentümers, die dem Übergeber kraft seines Eigentums zustanden und die er sich zum Teil über den Übergabszeitpunkt hinaus vorbehält, stellen jedoch keine Gegenleistung dar. Außerdem sind Leistungen, zu denen sich der Übernehmer dritten Personen gegenüber verpflichtet, im Verhältnis zum Übergeber als Entgelt anzusehen.<sup>512</sup>

Die Abgrenzung zwischen einem entgeltlichen Kauf- oder Tauschvertrag und einem Schenkungsvertrag ist dabei teilweise schwierig. Jedenfalls kommt es auf die Absicht der Parteien an, welche sich des Doppelcharakters aus entgeltlichem und unentgeltlichem Teil bewusst sein müssen.<sup>513</sup> Dass die eine Leistung objektiv weniger wert ist als die andere, rechtfertigt an sich noch nicht die Annahme einer Schenkung, kann aber hierfür ein Indiz sein.<sup>514</sup> Da der entgeltliche und der unentgeltliche Teil meist eine untrennbare Einheit darstellen, ist nach der Einheitstheorie vorzugehen.<sup>515</sup> Meist wird dabei die Schenkungsform anzuwenden sein, da der Formzweck auch die teilweise Unentgeltlichkeit betrifft.<sup>516</sup> Aber auch im Falle einer Leistungsstörung macht die Einordnung als gemischte Schenkung einen wesentlichen Unterschied. Beispielweise ist eine Preisminderung erst möglich, wenn der Minderungsbeitrag den geschenkten Teil übersteigt.<sup>517</sup> Bei der Irrtumsanfechtung wird danach unterschieden, ob der entgeltliche oder der unentgeltliche Teil überwiegt.<sup>518</sup>

Beim Übergabsvertrag gibt es grundsätzlich drei Interessensphären, die zu berücksichtigen sind.<sup>519</sup>

---

<sup>512</sup> RS0012978.

<sup>513</sup> Löcker in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02 § 938 (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 18.

<sup>514</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 863.

<sup>515</sup> Bollenberger/Bydlinski in KBB<sup>6</sup> §938, Rz 9; Löcker in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02 § 938 (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 19.

<sup>516</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 863.

<sup>517</sup> Bollenberger/Bydlinski in KBB<sup>6</sup> §938, Rz 8.

<sup>518</sup> Schubert in *Rummel*<sup>3</sup> § 938 Rz 9 a.

<sup>519</sup> Probst in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2019), § 6 Rz 123.

Einerseits sind die Interessen des Übernehmers zu berücksichtigen, der zwar bereit ist, das Eigentum an der Liegenschaft aufzugeben, der aber andererseits häufig ein dringendes Wohnbedürfnis an der übergeben Liegenschaft hat und sicher sein will, dass diese dauerhaft im Familienbesitz bleibt. Gerade im land- und forstwirtschaftlichen Bereich ist der Übergeber außerdem auf eine weitere Versorgung durch den land- und forstwirtschaftlichen Betrieb angewiesen, weswegen häufig eine Reallast des Ausgedingtes vereinbart wird. Ein häufiger Grund für den Abschluss eines Übergabsvertrages liegt jedoch in einem zwischenmenschlichen Bereich, der nur sehr entfernt mit dem eigentlich rechtlichen Bereich etwas zu tun hat. Häufig wollen die Übergeber die Übernehmer durch die Übergabe auch in ihrer Nähe halten. Sie wollen ihren Kindern einen leichteren Start ins Leben ermöglichen, der Einsamkeit im Alter entgegenwirken und ihre Enkelkinder aufwachsen sehen. Dieser Aspekt und Mehrwert des Übergabsvertrages sollten bei der Beratung nie übersehen werden. Denn nur wenn sich alle Vertragsparteien in dem durch den Übergabsvertrag begründeten Rechtsverhältnis wohl fühlen, kann er für alle Seiten fruchtbringend sein. Andererseits kann das Zusammenleben zwischen Eltern und Kindern, insbesondere Schwiegereltern und Schwiegerkindern, zu einer ausweglosen und nervenaufreibenden Dauerbelastung führen.

Die Interessen des Übernehmers liegen in einem möglichst sicheren Anspruch auf Erwerb der Liegenschaft und darin, die Liegenschaft mit möglichst wenigen Belastungen zu übernehmen. Als Belastung kommt hier beispielsweise ein Wohnungsrecht der Übergeber in Betracht, das dazu führt, dass der Übernehmer bis zum Lebensende der Übergeber mit diesen zusammenleben muss und sich meistens auch um diese zu kümmern hat. Aber auch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot kann für den Übernehmer unangenehm sein, wenn dieser das Gebäude sanieren will und hierfür allenfalls der Bank die Liegenschaft als Pfand anbieten muss.

Letztlich besteht aber immer auch die Interessensphäre der weichenden Erben, deren Erbanspruch durch die vorweggenommene Erbfolge geschmälert wird. Sie haben als Druckmittel zwar die Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 781, sie wissen aber auch, dass eine frühzeitige Regelung des Pflichtteiles, etwa in einem Pflichtteilsverzichtsvertrag, spätere Prozesskosten vermeiden kann. Außerdem sollte man nicht vergessen, dass das Auszahlen der weichenden Erben meist in einem Alter erfolgt, in dem diese selbst einen hohen Kapitalbedarf haben. Der 30-Jährige, der im Zuge eines Pflichtteilsverzichtsvertrages vom Übergeber einen Betrag von

30.000, -- € erhält, wird mehr Nutzen davon haben, als wenn er dreißig Jahre später 40.000, -- € erhält.

## 12.1. ZURÜCKBEHALTENE RECHTE

Um ihre Interessen abzusichern, bedingen sich die Übergeber oft verschiedene dingliche bzw absolute<sup>520</sup> Rechte aus. In Frage kommen dabei insbesondere ein Wohnungsgebrauchsrecht, ein Fruchtgenussrecht, ein Belastungs- und Veräußerungsverbot, ein Ausgedinge bzw eine Reallast und ein Besitznachfolgerecht. Da diese Rechte eine enorme praktische Bedeutung haben und zum Wesen des Übergabsvertrages gehören, möchte ich diese Rechte im nächsten Punkt etwas konkretisieren und auf besondere praxisrelevante Probleme eingehen.

### 12.1.1. WOHNUNGSGEBRAUCHSRECHT

In fast jedem Übergabsvertrag behalten sich die Übergeber ein Wohnungsgebrauchsrecht am ganzen Haus oder an bestimmten Räumen des Hauses zurück. Beim Wohnungsrecht handelt es sich um das dingliche Recht zum Gebrauch einer Wohnung.<sup>521</sup> Wird das Wohnungsgebrauchsrecht am gesamten Haus vereinbart, ändert sich für die Übergeber tatsächlich sehr wenig. In diesem Fall sind auch die Generationenkonflikte nicht so problematisch, da die Übernehmer zu Lebzeiten der Übergeber im Haus tatsächlich nichts zu sagen haben. Andererseits ist die Übergabe unter Zurückbehaltung eines Wohnungsgebrauchsrechtes bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das gleiche wie eine Schenkung auf den Todesfall.

Wird das Wohnungsrecht hingegen nur an Teilen eines Hauses eingeräumt, ist es dennoch am ganzen Grundbuchskörper einzutragen.<sup>522</sup> Dies hat seinen Grund im grundbuchsrechtlichen Spezialitätsprinzip.<sup>523</sup> Das Wohnungsgebrauchsrecht unterscheidet sich gemäß § 521 dabei vom Wohnungsfruchtgenussrecht dadurch, dass

---

<sup>520</sup> Beispielsweise ist das verbücherte Belastungs- und Veräußerungsverbot zwar ein absolutes, jedoch kein dingliches Recht; vgl *Rassi*, Grundbuchsrecht<sup>9</sup> Rz 4.126.

<sup>521</sup> *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht<sup>15</sup> I (2018) Rz 1364.

<sup>522</sup> *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> (2007), Rz 125.

<sup>523</sup> *Rassi*, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 4.90.

es dem Berechtigten lediglich ein höchstpersönliches Nutzungsrecht verschafft. Grundsätzlich ist dabei im Zweifel ein bloßes Wohnungsgebrauchsrecht anzunehmen. Fruchtgenuss ist aber dann anzunehmen, wenn ein selbständiges Gebäude oder auch bloß räumlich begrenzte bewohnbare Gebäudeteile zur Wohnung eingeräumt werden.<sup>524</sup> Wird dem Berechtigten jedoch das Recht eingeräumt, eine bestimmte Person im Haus mitwohnen zu lassen, begründet dies genauso wenig ein Fruchtgenussrecht wie das Recht, im Pflegefall eine 24-Stunden-Pflege mitwohnen zu lassen.

Grundsätzlich wird das Wohnungsgebrauchsrecht auf die gesamte weitere Lebensdauer des Berechtigten eingeräumt. Dies gibt den Übergebern zwar die notwendige Absicherung ihres dringenden Wohnbedürfnisses, kann sich aber im Falle einer demenziellen Erkrankung mit Übersiedelung in ein Alten- und Pflegeheim als nachteilig erweisen. Wollen die Übernehmer in diesen Fällen nämlich lastenfrei veräußern, ist zuerst der Barwert des Wohnungsrechts durch einen allgemeinen und gerichtlich beeideten Sachverständigen zu schätzen und dann abzugelten. Dies führt einerseits zu einer ungewollten Vermögensbindung, andererseits aber zu einer Aufteilung dieser Ablöse unter den Erben.

Es empfiehlt sich daher, das Wohnungsgebrauchsrecht durch die länger andauernde (jedoch genau bestimmte) Wohnsitznahme in einem stationären Alten- und Pflegeheim auflösend zu bedingen. Dabei sollte man explizit festhalten, dass für den grundbücherlichen Nachweis der Wohnsitznahme eine Meldebestätigung aus dem Zentralen Melderegister ausreicht.

### 12.1.2. WOHNUNGSFRUCHTGENUSSRECHT

Das Fruchtgenussrecht verschafft dem Berechtigten das dingliche Recht, eine fremde Sache ohne jede Einschränkung, aber unter Schonung der Substanz zu benützen.<sup>525</sup> Somit unterscheidet sich das Fruchtgenussrecht vom Wohnrecht dadurch, dass der Fruchtgenussnehmer insbesondere berechtigt ist, die Wohnung

---

<sup>524</sup> OGH 11.11.1984, 7 Ob 644/84.

<sup>525</sup> *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht<sup>15</sup> I Rz 1364.

zu vermieten. Zwar kann ein Fruchtgenussrecht auch an einem ideellen Anteil eingeräumt werden, für den praktisch besonders wichtigen Bereich des Wohnungsfruchtgenusses gibt es aber eine Ausnahme. Das Wohnungsfruchtgenussrecht kann so wie das Wohnungsrecht am gesamten Grundbuchkörper aber auch an ideellen Anteilen, nicht aber an einzelnen Grundstücken, einverleibt werden.<sup>526</sup> Ein wesentlicher Unterschied zwischen Fruchtgenuss und Wohnrecht besteht auch bei der Erbringung des Vermögensopfers im Sinne des § 782 Abs 1. Der OGH vertritt im Sinne der Rechtssicherheit hier eine typisierende Betrachtungsweise, der zufolge das Zurückbehalten eines Fruchtgenussrechtes das Vermögensopfer nicht auslöst, wohingegen bei Vereinbarung eines Wohnungsgebrauchsrechtes das Vermögensopfer sehr wohl erbracht wird.<sup>527</sup>

Ein in der Praxis besonders wichtiger Unterschied liegt im Bereich der Sozialhilfe. Beispielsweise sieht § 9 des OÖ-Sozialhilfegesetzes<sup>528</sup> vor, dass bei der Gewährung von Sozialhilfe das Einkommen des Beziehenden zu berücksichtigen ist. Im besonders häufigen Fall der Unterbringung in einem Alten- und Pflegeheim bedeutet das, dass der Sozialhilfeverband die (fiktiven) Einkünfte aus Vermietung bei der Kostentragung berücksichtigen kann. Daran hat auch die Abschaffung des Pflegeregresses<sup>529</sup> nichts geändert, da hierbei nur ein Zugriff auf Vermögen untersagt wurde, während ein Zugriff auf die Einkünfte des Pflegebedürftigen weiterhin gestattet ist.

Bei der genauen Ausgestaltung des Fruchtgenussrechtes ist auch darauf Bedacht zu nehmen, dass dem Eigentümer die AfA erhalten bleibt. Das Grundproblem liegt dabei darin, dass den Eigentümer der Liegenschaft zwar die Abnutzung des Gebäudes wirtschaftlich trifft, sodass nur dieser berechtigt ist, diese Abnutzung in Form der AfA geltend zu machen, dieser aber keine Einkünfte hat, mit denen er die Aufwendungen verrechnen kann. Hingegen hat der Fruchtgenussnehmer zwar Einkünfte, aber keine Aufwendungen.<sup>530</sup> In der einkommensteuerlichen Behandlung wird zwischen Zuwendungs- und Vorbehaltsfruchtgenuss unterschieden. Beim vom

---

<sup>526</sup> Koch in KBB<sup>6</sup> § 509 Rz 3.

<sup>527</sup> OGH 29.09.2016, 2 Ob 144/16i; zum Fruchtgenussrecht auch OGH 06.08.2015, 2 Ob 125/15v.

<sup>528</sup> Landesgesetz über die soziale Hilfe in Oberösterreich, LGBl.Nr. 82/1998.

<sup>529</sup> Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz und das Einkommensteuergesetz 1988 geändert werden (Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz–SV-ZG), BGBl. I Nr. 125/2017.

<sup>530</sup> Doralt, Steuerrecht 2015/16 (2015), Rz 44.

Übergeber zurückbehaltenen Fruchtgenussrecht handelt es sich um einen Vorbehaltsfruchtgenuss.<sup>531</sup> Gemäß Rz 112 der Einkommensteuerrichtlinien sind tatsächlich vom Übernehmer an den Übergeber geleistete Zahlungen zur Substanzabgeltung in Höhe der bisher geltend gemachten AfA beim Fruchtnießer abzugsfähig. Wichtig ist daher, diese Zahlungspflicht bereits bei Abschluss des Übergabvertrages zwischen den Parteien zu vereinbaren.

Zu bedenken ist auch, dass die von Fruchtgenussnehmer abgeschlossenen Bestandverträge nicht mit dem Fruchtgenussrecht erlöschen, der Bestandnehmer muss vielmehr dem Eigentümer nur nach ordnungsgemäßer Aufkündigung weichen.<sup>532</sup> Bei der Vertragerrichtung empfiehlt es sich daher, genau zu regeln, welche Bestandsverträge der Fruchtgenussnehmer abschließen darf. Beispielsweise empfiehlt es sich festzuhalten, dass der Fruchtgenussberechtigte lediglich befristete Bestandsverträge abschließen darf.

### 12.1.3. BELASTUNGS- UND VERÄUSSERUNGSVERBOT

Während ein Veräußerungsverbot jedwede Form der Eigentumsübertragung unter Lebenden verbietet, verhindert ein Belastungsverbot eine Belastung mit dinglichen Nutzungsrechten oder Pfandrechten.<sup>533</sup> Hingegen ist eine Veräußerung durch Rechtsgeschäfte von Todes wegen<sup>534</sup> oder die Belastung mit rein obligatorisch wirkenden Bestandsrechten zulässig. Dabei steht der Gesetzgeber dem Belastungs- und Veräußerungsverbot kritisch gegenüber, da es den aus volkswirtschaftlichen Gründen gewünschten freien Liegenschaftsverkehr hindert. Andererseits gibt es auch ein anerkanntes Interesse, Liegenschaftsvermögen im Familienbesitz zu halten.<sup>535</sup> Aus diesen Gründen beschränkt § 364c die Verbücherung auf den Kreis von Eltern und Kindern sowie Ehegatten.<sup>536</sup> Ist ein Belastungs- und Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen, verhindert es die Verfügung über die Liegenschaft. Die

---

<sup>531</sup> Doralt/Ruppe, Steuerrecht (2013), Rz 56.

<sup>532</sup> OGH 26.09.2017, 5Ob142/17v.

<sup>533</sup> Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht<sup>15</sup> I Rz 909.

<sup>534</sup> Marietta Mayr, Veräußerungs- und Belastungsverbot (2018) 68.

<sup>535</sup> Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 364c (Stand 1.4.2018, rdb.at) Rz.1.

<sup>536</sup> Vgl hierzu auch Rassi, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 4.128.

Zustimmung zur Belastung oder Veräußerung muss dabei in verbücherungsfähiger Form erfolgen.<sup>537</sup>

In der Praxis steht das Belastungs- und Veräußerungsverbot dabei in Konkurrenz zur Nacherbschaft und zum Besitzfolgerecht. Bei Letzterem handelt es sich um die Eintragung eines auflösend bedingten oder zeitlich befristeten Eigentumsrechtes.<sup>538</sup> Dabei kann einerseits vereinbart werden, dass das Eigentum nach Fristablauf bzw. Bedingungseintritt an den alten Eigentümer zurückfällt, es kann aber andererseits eine Veräußerungspflicht zu Gunsten eines Dritten vereinbart werden.<sup>539</sup> Im zweiten Fall stellt das Besitznachfolgerecht einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter dar.<sup>540</sup> Dabei kann das Besitznachfolgerecht auch zu Gunsten von Personen eingeräumt werden, die nicht zum Angehörigenkreis des § 364 c gehören.<sup>541</sup> Das Besitznachfolgerecht kann auch nach § 20 lit a GBG im Grundbuch angemerkt werden.<sup>542</sup>

Grundsätzlich wird in den allermeisten Übergabsverträgen ein Belastungs- und Veräußerungsverbot vereinbart. Als Vertragsverfasser sollte man die Parteien dabei aber auch immer vor dessen negativen Konsequenzen warnen. Für die Übernehmer stellt ein Belastungs- und Veräußerungsverbot nämlich oft eine erhebliche Belastung dar. Man stelle sich vor, sie wollen das übergebene Haus sanieren und benötigen dafür einen Kredit bei der Bank, den sie nur bei Bestellung eines Pfandes bekommen. Auch das Interesse der Übergeber, eine Veräußerung zu verhindern, ist dabei nicht so groß, da ihr verbüchertes Wohnrecht ja ohnehin gegen jeden Erwerber gilt. Gerade bei landwirtschaftlichen Übergaben stellt ein unbeschränktes Belastungs- und Veräußerungsverbot eine teilweise für den Betrieb existenzbedrohende Klausel dar, da sie notwendige Investitionen in den Betrieb verhindert. Aus diesen Gründen sollte man sich stets überlegen, ob man das Belastungs- und Veräußerungsverbot nicht zeitlich befristet oder betraglich begrenzt.

---

<sup>537</sup> *Rechberger/Bittner*, Grundbuchrecht<sup>2</sup>, Rz 132.

<sup>538</sup> *Rassi*, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 4.31.

<sup>539</sup> OGH 12.04.2016, 2 Ob 68/15m = Zak 2016/511 S 274 – Zak 2016, 274 = EF-Z 2016/127 S 266 – EF-Z 2016, 266.

<sup>540</sup> OGH 25.10.2017, 1 Ob 177/17m = JBl 2018, 59 = Zak 2018/87 S 56 – Zak 2018, 56 = EvBl-LS 2018/50 = NZ 2018/95 S 294 – NZ 2018, 294.

<sup>541</sup> *Umlauft*, Zur Frage der Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten, NZ 1985, 222.

<sup>542</sup> OGH 21.12.2017, 5 Ob 209/17x = Zak 2018/161 S 91 – Zak 2018, 91 = ÖBA 2018, 519/2480 – ÖBA 2018/2480 = NZ 2018/96 S 295 (Spielmann) – NZ 2018, 295 (Spielmann).

#### 12.1.4. AUSGEDINGE/REALLAST

Gerade bei landwirtschaftlichen Übergabsverträgen bedingen sich die Übergeber häufig ein Ausgedinge aus. Dabei handelt es sich um eine dingliche Verpflichtung zu Erbringung von Natural-, Geld- und Arbeitsleistungen, um den Unterhalt der Übergeber zu sichern.<sup>543</sup> Seinen historischen Hintergrund hat das Ausgedinge darin, dass die Pensionsversicherung für Landwirte erst spät eingeführt wurde. Somit kam dem Ausgedinge eine unverzichtbare Versorgungsfunktion zu. Daher muss man gerade Ausgedingeleistungen stets vor jenem historischen Hintergrund sehen, zu dem sie vereinbart wurden, anders können sich Verpflichtungen wie die „Leistung von 50 kg grünen Fleisches“ oder das „Vorbeten des Rosenkranzes“ nicht erklären.

Von der Dienstbarkeit unterscheidet sich das Ausgedinge dadurch, dass das Ausgedinge zu einer Leistung, also einem positiven Tun, verpflichtet, während die Dienstbarkeit stets nur ein Dulden oder Unterlassen beinhaltet.<sup>544</sup> Vom Pfandrecht unterscheidet sich die Reallast dadurch, dass sie die laufende Versorgung des Berechtigten bezwecken soll, während das Pfandrecht eine kreditierte Schuld absichern soll.<sup>545</sup>

Heutzutage werden Ausgedingeleistungen viel seltener vereinbart als früher. Ein Anwendungsfall ist dabei noch die Verpflichtung zur Pflege. Dies ist jedoch aus mehreren Gründen meist nachteilig. Zum einen muss man aufpassen, dass diese Verpflichtung in Hinblick auf die Sozialhilfegesetze keine Nachteile bringt. Zum anderen stellt sich jedoch die Frage, wie „liebvolle Pflege“ vertraglich gesichert werden kann. Teilweise wird auch noch vereinbart, dass der Übernehmer die Kosten eines standesgemäßen und ortsüblichen Begräbnisses tragen muss. Ein wichtiger Anwendungsfall der Reallast ist die Reallast des Baurechtes.<sup>546</sup>

---

<sup>543</sup> *Rassi*, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 4.102.

<sup>544</sup> *Rechberger/Bittner*, Grundbuchrecht<sup>2</sup>, Rz 121.

<sup>545</sup> *Rassi*, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 4.101.

<sup>546</sup> *Rechberger/Bittner*, Grundbuchrecht<sup>2</sup>, Rz 128.

## 12.2. STEUERRECHTLICHE BEHANDLUNG VON GEGENLEISTUNGEN

Bei der steuerrechtlichen Behandlung von Gegenleistungen ist zwischen der GrESt und der Immobilienertragsteuer zu unterscheiden. Bei der Immobilienertragsteuer ist der Wert des zurückbehaltenen Nutzungsrechtes nicht als Gegenleistung für die Grundstücksübertragung anzusehen.<sup>547</sup> Hingegen stellt bei der GrESt jede nur denkbare geldwerte und entgeltliche Leistung, die vom Erwerber für den Erwerb des Grundstückes versprochen wurde, eine Gegenleistung dar.<sup>548</sup>

Ein besonderes Problem bei der Besteuerung stellt die Abfindungszahlung an weichende Erben aus dem Vermögen des Übernehmers dar. Dabei sieht Rz 6625 der Einkommensteuerrichtlinien vor, dass eine Ausgleichzahlung, die mehr als 50 % des Wertes des hingegebenen Grundstückes ausmacht, eine Veräußerung darstellt und somit die ImmoESt auslöst. Dabei macht die Ausgleichzahlung des Übernehmers relativ schnell die Hälfte des gemeinen Wertes aus, da ja bei dessen Ermittlung zurückbehaltene Rechte abzuziehen sind.<sup>549</sup>

Die Ansicht der Finanzverwaltung scheint mir unzutreffend: Ich möchte meine Argumentation bei der Definition des Veräußerungserlöses beginnen. Der Veräußerungserlös ergibt sich dabei aus einem allfälligen Kaufpreis zuzüglich aller wirtschaftlichen Vorteile des Verkäufers.<sup>550</sup> Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob die Abgeltung der weichenden Erben für die Übergeber einen Kaufpreis oder einen geldwerten Vorteil darstellt. Ein Kaufpreis läge insbesondere dann vor, wenn der Übernehmer eine Schuld der Übergeber im Wege des Zahlungseintrittes übernimmt. Hierbei ist aber zu bedenken, dass der Erblasser zu Lebzeiten nicht für den Pflichtteil haftet. Der Pflichtteilsanspruch entsteht vielmehr nach § 765 erst mit dem Tod des Verstorbenen. Da es zu Lebzeiten somit keine Schulden der Übergeber gibt, kann die Ausgleichszahlung für einen Pflichtteilsverzicht auch nicht zu einer Bereicherung der Übergeber führen. Somit liegen weder ein Kaufpreis noch ein sonstiger geldwerter Vorteil vor.

---

<sup>547</sup> EStR 2000, Rz 6624.

<sup>548</sup> vgl. VwGH 9.8.2001, 98/16/0319; VwGH 20.2.2003, 2002/16/0123; VwGH 26.6.2003, 2003/16/0077

<sup>549</sup> EStR 2000, Rz 6624.

<sup>550</sup> VwGH 28.11.2000, 97/14/0032; Doralt/Ruppe, Steuerrecht, Rz 122.

Vielmehr erfüllt der Übernehmer wohl meist eine eigene Schuld. Kommt es nämlich zu einer Schenkung, können die Pflichtteilsberechtigten gemäß § 781 die Hinzu- und Anrechnung der Schenkung verlangen. Im nächsten Schritt haftet der Geschenknahmer nach § 789, wenn der Nachlass nicht zur Pflichtteilsdeckung ausreicht. Somit begleicht der Übernehmer nicht eine Schuld der Übergeber, sondern vielmehr seine eigen. Mangels eines Veräußerungserlöses kann aber auch keine ImmoEST ausgelöst werden.

Der Fall der Ausgleichszahlung an weichende Erben ist, zumal die Höhe des Pflichtteiles im Zeitpunkt der Schenkung noch nicht konkret ist, mit der Übernahme der zukünftigen Pflegekosten der Übergeber vergleichbar. Widersprüchlicherweise regeln die EStR jedoch, dass die Verpflichtung des Übernehmer, die zukünftigen Pflegekosten der Übergeber zu tragen, keine Gegenleistung darstellt.<sup>551</sup> Warum die Übernahme einer die Übergeber direkt treffenden Schuld keine Gegenleistung sein soll, jedoch die Begleichung einer eigenen Schuld schon, erscheint nicht verständlich.

Ein letzter Gedanke sei dabei noch erwähnt. Je höher die Gegenleistung des Übernehmers ist, desto mehr rückt der Übergabsvertrag in den Bereich des entgeltlichen Geschäftes. Ein entgeltliches Geschäft unterliegt jedoch nie der Hinzu- und Anrechnung und kann daher erst recht nicht für die Pflichtteilsberechnung herangezogen werden.

### 12.3. BESONDERHEITEN DES BÄUERLICHEN ÜBERGABSVERTRAGES:

Bei der Übergabe von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben spielen die vorgeannten Rechte eine ganz entscheidende Rolle, da die Vertragsparteien in einem vertraglich definierten Rahmen am Hof leben und diesen auch sinnvoll bewirtschaften sollen. Daher müssen die zurückbehaltenen Rechte umso genauer ausgehandelt und vereinbart werden. Man stelle sich nur vor, die Übergeber behalten sich ein unbeschränktes und unbefristetes Belastungs- und Veräußerungsverbot vor. Dies

---

<sup>551</sup> EStR 2000, Rz 6655 b.

würde den Unternehmer jede notwendige fremdfinanzierte Investition in den Betrieb unmöglich machen und somit erst recht zum Untergang des Betriebes führen.

Eine weitere wichtige Besonderheit der Übergabe von bäuerlichen Betrieben liegt im Anerbengesetz.<sup>552</sup> Für Kärnten und Tirol bestehen jedoch wiederum Sondervorschriften<sup>553</sup>, welche im Wesentlichen mit dem Anerbengesetz vergleichbar sind, aber hier nicht behandelt werden sollen. Ziel dieser Gesetze ist es, eine krisenfeste landwirtschaftliche Struktur zu bewahren<sup>554</sup> und die Bildung von nicht überlebensfähigen Zwergwirtschaften zu verhindern.<sup>555</sup> In der Praxis wird das Anerbenrecht auch bei der Berechnung der Abfindung der weichenden Erben herangezogen.

Letztlich bestehen aber auch wichtige steuerrechtliche Begünstigungen für die Übertragung von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben. Insbesondere ist dabei auf § 7 Abs 1 z 2 lit d GrEStG hinzuweisen, dem zufolge die Grunderwerbsteuer bei Rechtserwerben von nahen Angehörigen an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken nur vom deutlich niedrigeren Einheitswert und nicht vom Verkehrswert zu berechnen ist.

### 12.3.1. DAS ANERBENRECHT

Lange Zeit wurde eine Reform des Anerbengesetzes gefordert, da dieses in Bezug auf die darin vorgesehenen Mindestgrößen als veraltet galt. Bis zur Reform des Anerbenrechtes<sup>556</sup> betrug die Mindestgröße für die Anwendbarkeit des Anerbengesetzes einen Durchschnittsertrag, der ausreichte, um zwei erwachsene Personen zu versorgen.<sup>557</sup> In Oberösterreich waren hierzu als Richtwert ca 18 ha landwirtschaftlich genützter Fläche nötig. Gehörten forstwirtschaftliche Flächen zum Betrieb, erhöhte

---

<sup>552</sup> Bundesgesetz vom 21. Mai 1958 über besondere Vorschriften für die bäuerliche Erbteilung (Anerbengesetz), BGBl. Nr. 106/1958.

<sup>553</sup> In Tirol gilt das Tiroler Höfegesetz, Gesetz vom 12. Juni 1900, betreffend die besonderen Rechtsverhältnisse geschlossener Höfe, wirksam für die gefürstete Grafschaft Tirol, GVBlTirVbg. Nr. 47/1900; in Kärnten gilt hingegen das Bundesgesetz vom 13. Dezember 1989 über die bäuerliche Erbteilung in Kärnten (Kärntner Erbhöfegesetz 1990), BGBl. Nr. 658/1989.

<sup>554</sup> Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 4.72.

<sup>555</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>, RZ 1973.

<sup>556</sup> Bundesgesetz, mit dem das Anerbengesetz, das Außerstreitgesetz, die Exekutionsordnung, das Gerichtsgebührengesetz, die Insolvenzordnung, das Kärntner Erbhöfegesetz 1990, das Tiroler Höfegesetz und das Rechtspflegergesetz geändert werden (Zivilrechts- und Zivilverfahrensrechts-Änderungsgesetz 2019 – ZZRÄG 2019), BGBl. I Nr. 38/2019.

<sup>557</sup> Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 98.

sich die notwendige Fläche sogar noch. Hintergrund dieser Entwicklung ist die immer geringere Rentabilität landwirtschaftlicher Betriebe pro bewirtschafteter Fläche.<sup>558</sup> Andererseits führte der technische Fortschritt eben auch dazu, dass dieselbe Fläche mit weniger Arbeitskraft bewirtschaftet werden konnte. Durch die Reform des Anerbengesetzes muss der Betrieb nur noch zur angemessenen Erhaltung einer erwachsenen Person genügen. Außerdem unterliegen nunmehr auch rein forstwirtschaftliche Betriebe den Bestimmungen des Anerbengesetzes. Diese Reform ist grundsätzlich sehr zu begrüßen, da sie den geänderten wirtschaftlichen Begebenheiten Rechnung trägt.<sup>559</sup> Ob überhaupt ein Erbhof im Sinne des Anerbengesetzes vorliegt, hat im Zweifel das Verlassenschaftsgericht mittels eines gesonderten und gesondert anfechtbaren Beschlusses festzustellen.<sup>560</sup>

Das Anerbengesetz hat dabei zwei Regelungsinhalte. Einerseits regelt es, wer den Erbhof bei mehreren Erben übernehmen kann. Andererseits stellt es aber auch fest, wie hoch der Übernahmepreis ist, der an die Verlassenschaft zu bezahlen ist. Da bei einem Übergabsvertrag der Übernehmer immer feststeht, will ich in weiterer Folge nur den zu leistenden Übernahmepreis behandeln.

Die bisherige Rsp hat sich bereits bisher damit geholfen, dass sie bei Fällen, in denen das Anerbengesetz nicht anwendbar war und ein auffallendes Missverhältnis zwischen Verkehrs- und Ertragswert vorlag, einen Mischwert für die Pflichtteilsberechnung heranzog analog § 11 AnerbG.<sup>561</sup>

Ist das Anerbengesetz anwendbar, hat der Anerbe nur einen (in der Regel weit unter dem Verkehrswert liegenden) Übernahmepreis an die Verlassenschaft zu bezahlen.<sup>562</sup> Können sich die Erben dabei nicht auf einen Übernahmepreis einigen, ist dieser durch das Verlassenschaftsgericht unter Berücksichtigung aller auf dem Erbhof haftenden Lasten nach billigem Ermessen auf Grund des Gutachtens zweier bürgerlicher Sachverständiger so zu bestimmen. Dabei hat das Gericht den Übernahmepreis so festzusetzen, dass der Anerbe *wohl bestehen* kann (§ 11 AnerbG). Der Übernahmepreis ist dabei ein kapitalisierter Ertragswert, dessen Höhe so festzusetzen ist,

---

<sup>558</sup> Probst in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 6 Rz 6.

<sup>559</sup> Siehe hierzu auch bereits Probst in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 6 Rz 24.

<sup>560</sup> Schramm in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG II § 1 AnerbenG (Stand 1.10.2017, rdb.at), Rz 22.

<sup>561</sup> OGH 28.08.1991, 3 Ob 527/91.

<sup>562</sup> Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 4.76.

dass vom Anerben aus den laufenden Erträgen bezahlt werden kann.<sup>563</sup> Insbesondere wird nicht auch den meist höheren Marktwert des Hofes abgestellt.<sup>564</sup> Für die Berechnung des Übernahmepreises ist der Hof in seiner Gesamtheit zu betrachten. Es sind daher die Größe und die Lage des Hofes genauso zu berücksichtigen wie die Ausstattung und der Erhaltungszustand der Hofstelle, die Bodenqualität, die Flächenwidmung, die Ertragskraft des Betriebes samt allfälliger Nebenbetriebe sowie die vorhandenen Verbindlichkeiten und Barmittel. Zusätzlich ist aber auch auf subjektive Kriterien des Anerben (etwa dessen Alter oder Leistungsfähigkeit) abzustellen. Dieser muss sich jedoch seine Einkünfte aus dem erbhoffreien Vermögen nicht anrechnen lassen.<sup>565</sup>

Wie groß der Unterschied zwischen Verkehrs- und Wohlbestehenswert ist, soll anhand des nachstehenden Beispiels aus der Judikatur gezeigt werden.

*Für eine landwirtschaftliche Liegenschaft im Bezirk Murau mit 26 ha (davon 14,22 ha Wald) wurde rechtskräftig ein Übernahmepreis in Höhe von € 56.140 festgesetzt.<sup>566</sup> Würde man hingegen den Verkehrswert mit mindestens 1€/m<sup>2</sup> ansetzen<sup>567</sup>, käme man bereits auf einen Verkehrswert von € 260 000,--. Dabei ist die Hofstelle noch vollkommen unberücksichtigt.*

Besteht zwischen den Übergebern, dem Übernehmer und den weichenden Erben Einvernehmen über die Person des Übernehmers und den Übernahmepreis, kann dieser auch direkt in den Übergabsvertrag aufgenommen werden.<sup>568</sup> Da diese Regelung auch die Pflichtteilsansprüche betrifft, müssen die weichenden Erben dem Vertrag beitreten und ist dieser in Form eines Notariatsaktes abzuschließen.

Eine letzte Besonderheit des Anerbengesetzes ist die Nachtragserbteilung nach § 18 des Anerbengesetzes.<sup>569</sup> Veräußert der Anerbe den Erbhof oder wesentliche Teile desselben durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, hat er jenen Betrag herauszugeben, der den inneren Wert des seinerzeitigen Übernahmepreises (§ 11) übersteigt.

<sup>563</sup> OGH 13.07.2000, 6 Ob 181/00m.

<sup>564</sup> Probst in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 6 Rz 90.

<sup>565</sup> Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 4.72.

<sup>566</sup> OGH 24.04.2003, 6 Ob 53/03t.

<sup>567</sup> Wobei der Verkehrswert land- und forstwirtschaftlicher Flächen derzeit laut <https://www.bodenpreise.at/> bei 2, 92 €/m<sup>2</sup> liegt (Stand November 2019).

<sup>568</sup> Probst in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 6 Rz 90.

<sup>569</sup> Vgl hierzu Eccher in FS Bittner, Nachtragserbteilung im Höferecht und neu aufgefundenes Verlassenschaftsvermögen im Allgemeinen (2018), 59.

Dieser Erlös ist als nachträglich hervorgekommenes Nachlassvermögen auf Antrag auf die Miterben aufzuteilen.<sup>570</sup> Eine vergleichbare Regelung wird häufig auch in Übergabsverträgen vereinbart, der zufolge sich der Übernehmer verpflichtet, im Falle einer Veräußerung den lukrierten Kaufpreis mit den weichenden Kindern aufzuteilen.

### 12.3.2. ANALOGE ANWENDUNG DES ANERBG BEI HOF- ÜBERGABE ZU LEBZEITEN

Wurde der Hof bereits zu Lebzeiten übergeben, werden die anerbenrechtlichen Bestimmungen nach dem Tod des Übergeber analog angewendet.<sup>571</sup> Um eine Übergabe mit Rechtssicherheit zu gewährleisten, empfiehlt es sich daher, bereits im Zuge der Übergabe die weichenden Erben mit ihrem Pflichtteil abzufinden.

In der Regel wird daher bereits bei der Übergabe der Übernahmepreis von den Parteien in Grundzügen vereinbart und hiervon der Pflichtteil berechnet. Zur Absicherung der Regelung verzichten die weichenden Erben auf ihren Pflichtteilsanspruch an der land- und forstwirtschaftlichen Liegenschaft.

---

<sup>570</sup> Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 4.81.

<sup>571</sup> Zuletzt OGH 19.04.2012, 6 Ob 140/11 y = Zak 2012/592 S 313 – Zak 2012, 313 = EFSlg 134.684 = EFSlg 134.699 = EFSlg 134.700 = EFSlg 135.027.

### 13. FORMERFORDERNISSE DES ÜBERGABSVER- TRAGES

Gemäß § 943 ABGB sind Schenkungsverträge ohne wirkliche Übergabe nur bei Aufnahme eines schriftlichen Vertrages einklagbar. Hingegen sieht § 1 Abs 1 lit d NotAkteG für die Schenkung ohne tatsächliche Übergabe die Aufnahme eines Notariatsaktes vor. Dabei hat § 1 Abs 1 lit d NotAkteG § 943 materiell derogiert.<sup>572</sup> Die Protokollierung in einem Gerichtskommissärsprotokoll steht dabei der Aufnahme eines Notariatsaktes gleich.<sup>573</sup> Unentgeltlichkeit liegt dabei vor, wenn nach dem Parteiwillen eine synallagmatische, konditionale oder kausale Gegenleistung fehlt.<sup>574</sup> Fehlt die vorgeschriebene Form, ist der für den Eigentumserwerb notwendige Titel ungültig. Daher kann der Geschenknehmer an der geschenkten Sache kein Eigentum erwerben. In diesem Zusammenhang ist auch § 1432 zu bedenken, der eine Rückforderung der geschenkten Sache aufgrund eines Formmangels nach Erfüllung zu einer Naturalobligation erklärt. Bei Formfehlern bewirkt die Erfüllung daher generell die Heilung des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts. Dadurch wird jedenfalls ein wirksamer Titel für die Eigentumsübertragung begründet, es sei denn, der Formzweck will eine formlose Vermögensverschiebung verhindern.<sup>575</sup> Fehlt es bei Vertragsabschluss an einer wirklichen Übergabe, kann aber eine nachträgliche wirkliche Übergabe den Formmangel heilen.<sup>576</sup>

Zum Normzweck des § 1 Abs 1 lit d NotAkteG kann auf das bereits unter 3.6 Gesagte verwiesen werden. Da bei einem Übergabsvertrag nahezu immer ein Wohnungsgebrauchsrecht oder Fruchtgenussrecht zurückbehalten wird, kommt es bei einem Übergabsvertrag meist zu keiner wirklichen Übergabe. Was man unter einer wirklichen Übergabe genau versteht, möchte ich im Nachstehenden erörtern.

---

<sup>572</sup> Liedermann, NZ 2011, 321; P. Bydlinski, Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§ 1 Abs 1 lit d NZwG), NZ 1991, 166.

<sup>573</sup> Schubert in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 943 ABGB, Rz 6.

<sup>574</sup> Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 4.

<sup>575</sup> Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 1432 (Stand 1.3.2019, rdb.at), Rz 2.

<sup>576</sup> Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 213.

### 13.1. GEGENSTAND DER „WIRKLICHEN ÜBERGABE“

Die Rsp hat zur wirklichen Übergabe zwei Lehrsätze entwickelt. Der Erste geht auf das Judikat 142 zurück. Dieses verlangt für eine wirkliche Übergabe, dass *"zu dem Schenkungsvertrage noch ein anderer, von demselben verschiedener, als Übergabe erkennbarer Akt hinzukommt. Dieser Akt muss ein sinnfälliger, nach außen hin bemerkbarer, aber auch derart beschaffen sein, dass aus demselben der ernstliche Wille des Schenkers hervorgeht, das Objekt der Schenkung sofort aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Beschenkten zu übertragen."*<sup>577</sup> Der zweite Lehrsatz besagt, dass der Ausdruck "wirkliche Übergabe" nichts anderes bedeutet als "das Gegenteil" der bloßen Zusicherung oder des bloßen Schenkungsversprechens.<sup>578</sup> Wichtig ist jedenfalls, dass dem Geschenknehmer die tatsächliche Verfügungsmacht über die geschenkte Sache verschafft wird.<sup>579</sup> Fraglich ist dabei insbesondere, welche Übertragungsakte als wirkliche Übergabe in Betracht kommen. In Frage kommen hier insbesondere die Übergabe durch Zeichen, die Besitzanweisung und die Besitzauflassung, die Zession und der Verzicht.<sup>580</sup> Was genau der unbestimmte Begriff der „wirklichen Übergabe“ bedeutet, ist im Wege der Auslegung zu bestimmen. Teilweise wird sogar die Ansicht vertreten, dass eine wirkliche Übergabe bei Liegenschaften nicht möglich sei.<sup>581</sup> Besondere Schwierigkeiten bereiten hier das Besitzkonstitut und die tatsächliche Übergabe bei gemeinsamer Gewahrsame. Nach der Rechtsprechung ist außerdem der Geschenkgeber für das Vorliegen einer wirklichen Übergabe beweispflichtig.<sup>582</sup>

Der OGH folgt dabei folgendem Prüfungsschema:<sup>583</sup>

1. Liegt ein Schenkungsvertrag in Form eines Notariatsaktes von?
2. Kam es zu einer wirklichen Übergabe im Sinne des NotAKtsG?

<sup>577</sup> OGH Plenissimarbeschluss vom 20.06.1899, Nr 20 GIUNF 650 = JB 142.

<sup>578</sup> Zuletzt etwa OGH 20.12.2016, 1 Ob 229/16g = NZ 2017/42 S 110 – NZ 2017, 110 = ecolex 2017/249 S 652 – ecolex 2017, 652.

<sup>579</sup> Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 943 Rz 10.

<sup>580</sup> Zöchling-Jud NZ 2015, 177 (178).

<sup>581</sup> Giller/Binder, Die wirkliche Übergabe geschenkter Liegenschaften – steht eine Judikaturwende bevor? Teil 2, EF-Z 2015, 153 (160).

<sup>582</sup> So etwa OGH 02.02.2005, 9 Ob 149/04 h = ÖJZ-LSK 2005/138 = ÖJZ-LSK 2005/139 = EvBl 2005/133 S 633 – EvBl 2005, 633 = Jus-Extra OGH-Z 3943 = ecolex 2005, 687 = SZ 2005/12 = MietSlg 57.109 = MietSlg 57.213 = NZ 2006, 340 = Giller/Binder, EF-Z 2015/58 S 105 – Giller/Binder, EF-Z 2015, 105 = Giller/Binder, EF-Z 2015/86 S 153 – Giller/Binder, EF-Z 2015, 153.

<sup>583</sup> Siehe beispielsweise 9 Ob 149/04h.

3. Sollte weder 1 noch 2 erfüllt sein, ist der Schenkungsvertrag im Sinne des § 1432 erfüllt worden und somit geheilt.

Ist keiner der vorstehenden Schritte erfüllt, ist der Schenkungsvertrag nichtig.

### 13.1.1. BEGRIFFSGESCHICHTE

Bereits das römische Recht kannte die Schenkung als *donatio*, anders als im heutigen Verständnis sah man in der *donatio* aber noch keinen selbstständig ausgestalteten Vertragstypus, sondern nur einen Rechtsgrund, durch den die entrichtete unentgeltliche Zuwendung eine Rechtfertigung erhielt.<sup>584</sup> Das römische Recht hatte daher bei der Schenkung primär die sofort erfüllte Handschenkung vor Augen.<sup>585</sup> Bis zum vollständigen Vollzug der Schenkung gewährte der Prätor dem Geschenkgeber Einreden gegen die Klage des Geschenknehmers. Erst ab vollständiger Erfüllung oder *stipulation* lag eine *donatio perfecta* vor.<sup>586</sup> Wollte sich der Geschenkgeber nur schenkungsweise verpflichten, die Sache aber nicht sofort übergeben, musste man sich hierzu der *stipulatio* bedienen.<sup>587</sup> Um verbindlich zu werden benötigte die *donatio* daher entweder eine förmliche Erfüllung oder eine *stipulatio*.<sup>588</sup> Unter Justinian wurde die Schenkung zu einem eigenständigen Rechtsgeschäft; betrug sie jedoch mehr als 500 *solidi*, war eine Registrierung erforderlich.<sup>589</sup> Diese Registrierungspflicht bestand im gemeinen Recht bis zur Einführung des BGB fort<sup>590</sup> und ist mit der heutigen Notariatsaktspflicht im Sinne des § 1 Abs 1 lit d NotAkteG vergleichbar.<sup>591</sup>

Es lässt sich somit feststellen, dass das römische Recht zu jeder Zeit davon ausging, dass wesentliche Schenkungen entweder einer bestimmten Form oder einer tatsächlichen Übergabe bedürfen.

<sup>584</sup> N. Krausler, Die Schenkungsanrechnung (2019), 26.

<sup>585</sup> Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht<sup>9</sup> (2001), 264.

<sup>586</sup> Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht<sup>20</sup> (2014) 283.

<sup>587</sup> Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht<sup>9</sup>, 264.

<sup>588</sup> Benke/Meissel, Römisches Schuldrecht<sup>7</sup> (2006) 89.

<sup>589</sup> Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht<sup>9</sup>, 265.

<sup>590</sup> Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht<sup>20</sup> (2014) 283.

<sup>591</sup> Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 17.

Der Codex Theresianus unterschied, dem römischen Recht folgend, zwischen Schenkungen mit Übergabe und bloßer Schenkungszusage. Liegenschaftsschenkungen waren so lange widerrufbar, wie nicht durch „landtäfliche, stadt- oder grundbücherliche Übertragung an den Geschenknehmer wirklich vollzogen worden“ waren.<sup>592</sup>

Auch der Entwurf Martini hielt an der aus dem römischen Recht stammenden Trennung zwischen Schenkung mit tatsächlicher Übergabe und bloßem Schenkungsversprechen fest: *„Aus einem blos mündlichen und ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage unter Lebenden soll dem Geschenknehmer kein Klagerecht gebühren. Dieses Recht muß, um den Verdacht der Uebereilung oder rechtswidrigen Verleitung abzulehnen, allzeit mit einer schriftlichen Urkunde begründet werden.“*<sup>593</sup> Diese Bestimmung wurde sodann weitgehend in das ABGB, in § 943 übernommen.

Erst 1850 kam es mit der Notariatsordnung<sup>594</sup> zur Wiederbelebung des zuvor weitgehend abgeschafften Notariates. Als Vorbild diente dabei das nach der Revolution 1789 entwickelte französische Notariat. Der Grund für die Einführung des Notariates lag darin, dass gerade bei komplizierten Rechtsgeschäften gesetzliche Formvorschriften notwendig seien, um die Parteien auf die Wichtigkeit des Rechtsgeschäftes aufmerksam zu machen.<sup>595</sup>

Da man in weiterer Folge die reine Schriftlichkeit eines Schenkungsversprechens als nicht ausreichend befand, wurden die Formvorschriften durch das NotAktG 1871<sup>596</sup> verschärft. Man befürchtete, dass *„sich Leute planmäßig an ältere vermögende Männer herandrängen, diesen alle mögliche Aufmerksamkeit erweisen, ihnen sodann in einer schwachen Stunde ein Versprechen ablocken, nachdem sie das Versprechen Schwarz auf Weiß erhalten, ihrem Wohltäter den Rücken kehren und aufgrund solcher Zeilen sogar die Hilfe des Gerichtes in Anspruch nehmen.“*<sup>597</sup> Dabei ist das NotAktG auch in einem größeren Kontext zu betrachten. Zeitgleich kam es zur

---

<sup>592</sup> Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 20.

<sup>593</sup> § 11 III, 2 Entwurf Martini.

<sup>594</sup> Notariatsordnung 1850, RGBl 366.

<sup>595</sup> Neschwara, Geschichte des österreichischen Notariates II/1 (2017), 33.

<sup>596</sup> NotAktG RGBl 1871/76.

<sup>597</sup> So der damalige Justizminister über die Notwendigkeit des Notariatsakts auch für Schenkungsversprechen; s Kaserer, Das Gesetz vom 25. Juli 1871 über das Erfordernis notarieller Errichtung einiger Rechtsgeschäfte mit Materialien (1885) 121.

Einführung der Notariatsordnung 1871<sup>598</sup> und zum Beglaubigungserfordernis im Grundbuchsverfahren.<sup>599</sup> Somit liegt eine bewusste Ausdehnung der Formvorschriften vor, um den Geschenkgeber vor Übereilung zu schützen.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass es seit jeher Formvorschriften für Schenkungen ohne wirkliche Übergabe gab. Schon im alten Rom sollte der Geschenkgeber vor übereilten Schenkungsversprechen geschützt werden. Dabei wurde aber die reine Schriftlichkeit eines Schenkungsversprechens bewusst abgelehnt, da sie keinen ausreichenden Übereilungsschutz begründen würde. Sobald dem Gesetzgeber ein ausreichendes Mittel für den Übereilungsschutz zur Verfügung stand, machte er mit dem NotAktG davon Gebrauch. Damit ergibt sich aber auch, dass bei der Auslegung des Begriffes der wirklichen Übergabe stets darauf zu achten ist, dass die wirkliche Übergabe einen mit einem Notariatsakt vergleichbaren Übereilungsschutz bieten muss.

### 13.1.2. BESITZKONSTITUT

Strittig ist, inwieweit ein Besitzkonstitut eine wirkliche Übergabe darstellt. Hierunter versteht man ein Verfügungsgeschäft, bei dem Übergeber und Übernehmer darin übereinkommen, dass der Übergeber die Sache in Zukunft für den Übernehmer innehaben wird. Der Zweck des Besitzkonstitutes liegt darin, ein unnötiges Hin- und Hergeben der Sache zu vermeiden.<sup>600</sup> Da beim Besitzkonstitut die geschenkte Sache aber in der unveränderten Gewahrsame des Geschenkgebers bleibt und dieser den Vermögensverlust nicht sofort spürt, bietet dieses einen besonders geringen Übereilungsschutz. Damit scheint das Besitzkonstitut jedoch dem Übereilungsschutz zu widersprechen.<sup>601</sup>

Nach *Fritzer* seien hingegen aufgrund einer grammatikalischen und teleologischen Interpretation sämtliche Übertragungsarten, insbesondere auch das Besitzkonstitut, als wirkliche Übergabe geeignet.<sup>602</sup>

---

<sup>598</sup> NO RGBl. Nr. 75/1871.

<sup>599</sup> *Neschwara*, Geschichte des österreichischen Notariates II/1 (2017), 33.

<sup>600</sup> *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 428 (Stand 1.7.2016, rdb.at) Rz 2.

<sup>601</sup> OGH RS0011143.

<sup>602</sup> *Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 289.

Auch *Rabl*<sup>603</sup> hält ein Besitzkonstitut als wirkliche Übergabe bei gemeinsamer Gewahrsame für zulässig. Entscheidend ist jedoch, dass diese Ansicht explizit auf eine Schenkung in gemeinsamer Gewahrsame abstellt. Der Übereilungsschutz sei dabei kein Selbstzweck, sondern müsse sich auch in einem Zusammenspiel mit der Praktikabilität bewähren. Würde man daher eine strikte Trennung der Herrschaftssphären fordern, riefte man nur unnötigen Aufwand hervor. Außerdem sei es ohnehin Sache des Geschenknehmers, das Vorliegen eines Schenkungsvertrages zu beweisen. Dies sei jedoch bei gemeinsamer Gewahrsame besonders schwierig. Dabei ist es in der Tat unlogisch, warum man in diesen Fällen zwischen *traditio brevi manu* und Besitzkonstitut unterscheidet.<sup>604</sup> Daraus zu schließen, dass das Besitzkonstitut zulässig sein soll, überzeugt mich jedoch nicht. Im Sinne des Übereilungsschutzes sollte man vielmehr bei gemeinsamer Gewahrsame die *traditio brevi manu* nicht zulassen. Letztlich stellt sich die Frage, inwieweit man die von *Rabl* dargelegte Ansicht auf Fälle umlegen kann, bei denen es nicht um Fahrnisse im gemeinsamen Haushalt geht. Sein Kernargument ist ja, dass der Übereilungsschutz aus Praktikabilitätsgründen einzuschränken ist und dass in diesen Fällen Besitzkonstitut und *traditio brevi manu* vergleichbar seien. Dies Gründe sind jedoch nur für die gemeinsame Gewahrsame typisch. *Holzner*<sup>605</sup> scheint die Ansicht *Rabls* zu teilen, tritt jedoch für eine Einzelfallbetrachtung ein, um unnötige körperliche Übergaben zu vermeiden.

*Bollenberger*<sup>606</sup>, *Schubert*<sup>607</sup> und *Dehn*<sup>608</sup> sprechen sich, solange es keinen qualifiziert geäußerten Schenkungswillen gibt, gegen eine Zulässigkeit des Besitzkonstitutes aus. Nach *Welser/Zöchling-Jud* soll das Besitzkonstitut keinen ausreichenden Modus darstellen, da es keine äußere Veränderung bewirke.<sup>609</sup> Auch *Kletečka* lehnt die Zulässigkeit eines Besitzkonstitutes ab, da es schon rein begrifflich das Gegenteil einer wirklichen Übergabe sei. Verbleibe die Sache beim Geschenkgeber, sei die Vermögenseinbuße für ihn nicht spürbar, weswegen die Signalwirkung ausbleibe. Das

---

<sup>603</sup> *Rabl*, Schenkungen im gemeinsamen Haushalt, NZ 2015, 169.

<sup>604</sup> Diese Kritik äußert auch *Kletečka* NZ 2015, 161, siehe sogleich. Dieser kommt aber zu dem Ergebnis, dass die Frage, ob ein Besitzkonstitut oder eine *traditio brevi manu* vorliegt, primär anhand des Formzweckes zu beurteilen sei.

<sup>605</sup> *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 428 ABGB (Stand 1.7.2016, rdb.at), Rz 4.

<sup>606</sup> *Bollenberger* in *KBB* § 943, Rz 1008.

<sup>607</sup> *Schubert* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 943 ABGB, Rz 1.

<sup>608</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung, 39.

<sup>609</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015), RZ 849.

Besitzkonstitut als wirkliche Übergabe zuzulassen, würde den von Rsp und Lehre geforderten Übereilungsschutz vollkommen ignorieren und dem § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG weitestgehend seinen Anwendungsbereich entziehen.<sup>610</sup>

Dieser Ansicht ist vor dem Hintergrund des Übereilungsschutzes zu folgen. Wenn der Geschenkgeber lediglich seinen Besitzwillen aufgibt, die Sache aber weiterhin in seiner Gewahrsame behält, liegt gerade kein sinnfälliger nach außen hin wahrnehmbarer Akt vor, aus dem erkennbar ist, dass er die geschenkte Sache an den Geschenkgeber übergeben will.

Die Rsp hat zur wirklichen Übergabe folgenden Rechtssatz formuliert: „Bei einer Schenkung kann zwar die *traditio brevi manu*, die Besitzauflassung, als wirkliche Übergabe iS des § 943 ABGB aufgefasst werden, nicht aber das Besitzkonstitut.“

Eine Ausnahme wird von der Rsp jedoch gemacht, wenn der Geschenkgeber nachträglich ein Verhalten gesetzt hat, das seinen Schenkungswillen manifestiert.<sup>611</sup> Diese drei Entscheidungen scheinen jedoch stark von den Bedingungen des Einzelfalls geprägt und nicht unbedingt verallgemeinerungsfähig. Insbesondere in 2 Ob 274/01k wollte der Geschenkgeber bereits zu Lebzeiten mehrmals eine körperliche Übergabe, diese wurde jedoch vom Geschenknehmer abgelehnt. Die Schenkung wurde erst von den Erben bestritten. Nichtsdestotrotz sind diese drei Entscheidungen abzulehnen. War nämlich bereits das erste rein mündliche Schenkungsversprechen mangels tatsächlicher Übergabe nichtig, ändern daran die weiteren Versprechen, welche ja an sich wiederum nicht das Maß einer wirklichen Übergabe erreichen, nichts. Insbesondere erscheint der Geschenknehmer, der das Geschenk nicht einmal abholen will und daher selbst schuld ist, dass es zu keiner Erfüllung im Sinne des § 1432 kommt, nicht schutzwürdig.<sup>612</sup> Der Ausnahmecharakter dieser drei Entscheidungen wird auch in weiterer Folge vom OGH betont.<sup>613</sup>

Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, dass ein Besitzkonstitut keine wirkliche Übergabe darstellt.

<sup>610</sup> Kletečka, NZ 2015, 161 (168).

<sup>611</sup> Vgl OGH 06.12.2001, 2 Ob 274/01k = ecollex 2002, 347 = NZ 2002, 210 = JBI 2002, 451 (Wagner) = NZ 2003, 23 = EFSlg 96.869 = EFSlg 96.870 = EFSlg 96.871 = EFSlg 96.872 = Ortner, JAP 2004/2005/40 S 191; OGH 23.10.1991, 3 Ob 575/91; OGH 27.11.1991, 2 Ob 587/91.

<sup>612</sup> Zur Heilung durch qualifizierte Bestätigung siehe auch die kritische Stellungnahme von Kletečka, NZ 2015, 161 (168).

<sup>613</sup> OGH 31.08.2005, 7 Ob 188/05f = Zak 2005/56 S 36 – Zak 2005, 36 = EFSlg 111.088.

### 13.1.3. GEMEINSAME GEWAHRSAME

Befindet sich die geschenkte Sache in gemeinsamer Gewahrsame von Geschenkgeber und Geschenknehmer, bereitet die wirkliche Übergabe besonders große Schwierigkeiten. Dieses Problem stellt sich vor allem bei Schenkungen von Haushaltsgegenständen, zwischen Familienangehörigen im gemeinsamen Haushalt,<sup>614</sup> aber auch beim sogenannten „Anschreibenlassen“ des Ehegatten. Darunter versteht man die Schenkung einer Hälfte der als gemeinsame Ehewohnung dienenden Liegenschaft. Während sich die Sache bei der *traditio brevi manu* von allem Anfang an in der Gewahrsame des Geschenknehmers befindet, befindet sie sich beim Besitzkonstitut in der Gewahrsame des Geschenkgebers und soll auch dort bleiben. Bei gemeinsamer Gewahrsame ist daher die Grenze zwischen *traditio brevi manu* und Besitzkonstitut fließend.<sup>615</sup>

Anfänglich vertrat der OGH die Ansicht, dass eine *traditio brevi manu* bei gemeinsamer Gewahrsame keine wirkliche Übergabe darstelle, diese bedürfe vielmehr der körperlichen Übergabe oder der Übergabe durch Zeichen.<sup>616</sup> Derzeit existiert jedoch auch ein Rechtssatz, dem zufolge eine *traditio brevi manu* auch bei gemeinsamer Gewahrsame von Geschenkgeber und Geschenknehmer möglich sei.<sup>617</sup>

*Kletečka* stimmt diesem Rechtssatz grundsätzlich zu, setzt aber voraus, dass die Elemente der *traditio brevi manu* stärker ausgeprägt sind als die des Besitzkonstitutes.<sup>618</sup> Ob dies gegeben sei, sei anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden.<sup>619</sup> Maßgeblich sei jedoch, ob der konkrete Übertragungsakt eine wirkliche Übergabe im Sinne des NotAKtsG darstelle, was primär nach dem Normzweck zu beurteilen sei. Der Normzweck des § 1 Abs 1 lit d liege dabei zwar vor allem im Übereilungsschutz, aber auch im Gläubigerschutz. Dabei sei es grundsätzlich in Ord-

---

<sup>614</sup> *Zöchling-Jud*, NZ 2015, 177 (178).

<sup>615</sup> Vgl *Kletečka*, NZ 2015, 161 (165); der zutreffend darauf hinweist, dass zwischen Ehegatten und Lebensgefährten meist ein wechselseitiger Detensionswille bestehe, der häufig sogar so weit gehe, dass Eigentumsverhältnisse verschwimmen.

<sup>616</sup> *Zöchling-Jud*, NZ 2015, 177 (178).

<sup>617</sup> RS0011192

<sup>618</sup> *Kletečka*, NZ 2015, 161 (165).

<sup>619</sup> Siehe hierzu auch OGH 09.08.1960, 3 Ob 247/60.

nung, zwischen beiden Übertragungsarten zu unterscheiden, da der Geschenkgeber bei der *traditio brevi manu* bereits wisse, wie es sich anfühle, die Sache nicht zu haben. Aufgrund des Gläubigerschutzes müsse man aber im Zweifel von einer *traditio brevi manu* anstelle eines Besitzkonstitutes ausgehen und daher die wirkliche Übergabe verneinen.

Zöchling-Jud<sup>620</sup> vertritt nach einer genauen Untersuchung der bisherigen Lehre und Rsp die Ansicht, es gebe bei Sachen, die sich in gemeinsamer Gewahrsame von Geschenkgeber und Geschenknehmer befänden, weder eine wirkliche Übergabe durch *traditio brevi manu* noch durch Besitzkonstitut. Bei der Auslegung des Begriffes der wirklichen Übergabe sei der Normzweck von § 943 und § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG maßgeblich. Daher sei die *traditio brevi manu* sowohl mit als auch ohne gemeinsame Gewahrsame problematisch, da der Geschenkgeber den Vermögensverlust im Zeitpunkt der Schenkung nicht spürt, sondern erst, wenn er die geschenkte Sache zurückverlangen will.<sup>621</sup> Da der Geschenkgeber bei Gewahrsame des Geschenknehmers oder eines Dritten bereits vor der Schenkung einen Akt gesetzt habe, der seine Gebrauchsmöglichkeit einschränke, sei eine Differenzierung gerechtfertigt. Gerade bei gemeinsamer Gewahrsame sei eine *traditio brevi manu* jedoch aufgrund der Übereilungsschutzes grundsätzlich nicht zulässig. Der Verweis auf zusätzliche Sachverhaltselemente wäre nur dann erheblich, wenn diese für sich eine körperliche Übergabe oder Übergabe durch Zeichen darstellen würde.

Rabl erkennt so wie Kletečka und Zöchling-Jud, dass bei gemeinsamer Gewahrsame *traditio brevi manu* und Besitzkonstitut zusammenfallen. Er geht aber, wie im Vorstehenden gezeigt, den anderen Weg. Um die beiden Übergabearten gleich zu behandeln, müsse man auch das Besitzkonstitut als wirkliche Übergabe ansehen.

Der Ansicht von Kletečka und Zöchling-Jud ist zu folgen. Grundsätzlich ist nämlich der Begriff der wirklichen Übergabe anhand des Normzweckes des § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG zu beurteilen. Aus dem Übereilungsschutz wird man zu Recht ableiten können, dass eine wirkliche Übergabe nur dann vorliegt, wenn der Akt geeignet ist, dem Geschenkgeber den Vermögensverlust vor Augen zu führen. Daher ist es primär wichtig zu unterscheiden, ob eine körperliche Übergabe oder eine *traditio*

---

<sup>620</sup> Zöchling-Jud, NZ 2015, 177.

<sup>621</sup> Zöchling-Jud, NZ 2015, 177 (186).

*brevi manu* stattgefunden hat. Wird das Sparbuch unter Nennung des Lösungswortes geschenkt und übergeben und in weiterer Folge vom Geschenknehmer in dessen Nachtkästchen verwahrt,<sup>622</sup> liegt beispielsweise von allem Anfang an eine wirkliche Übergabe vor und keine *traditio brevi manu*, daher stellt sich die Frage nach deren Zulässigkeit hier nicht. Einzig bei jenen Fällen, in denen sich die Sache vor und nach der Schenkung in echter gemeinsamer Gewahrsame befindet, stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer *traditio brevi manu*. Um den Übereilungsschutz, aber auch den Gläubigerschutz zu wahren, sollte das Verschwimmen der beiden Übergabsarten zu Lasten der *traditio brevi manu* gelöst werden. Sollte die *traditio brevi manu* daher genauso ungeeignet sein, dem Geschenkgeber den Vermögensverlust vor Augen zu führen, wie ein Besitzkonstitut, ist auch die *traditio brevi manu* keine wirkliche Übergabe. Die Ansicht Rabls, der zufolge man auch das Besitzkonstitut zulassen müsse, überzeugt dabei nicht. Sie führt vielmehr zu einer Ausdehnung des Problems des fehlenden Übereilungsschutzes.

Daher ist davon auszugehen, dass bei einer *traditio brevi manu* besonders große Anforderungen an die wirkliche Übergabe zu stellen sind. Eine wirkliche Übergabe liegt daher nur vor, wenn sie geeignet ist, dem Geschenkgeber den Vermögensverlust in einer mit einem Notariatsakt vergleichbaren Art und Weise vor Augen zu führen. Dies wird bei der *traditio brevi manu* einer Sache, die sich in gemeinsamer Gewahrsame befindet, zumeist nicht der Fall sein. Führt die *traditio brevi manu* jedoch dazu, dass der Geschenknehmer Alleingewahrsame an der geschenkten Sache erlangt, wird man von einer dem Übereilungsschutz genügenden wirklichen Übergabe sprechen können.

## 13.2. HEILUNG DURCH VERBÜCHERUNG NACH § 1432 ABGB

Liegt bei einem Schenkungsvertrag keine wirkliche Übergabe im Sinne des § 1 NotAkteG vor und wurde dieser auch nicht in Form eines Notariatsaktes errichtet, ist der Schenkungsvertrag primär nichtig.<sup>623</sup> Dabei hielt der OGH fest, dass auf die Einhaltung der Notariatsaktsform nicht wirksam verzichtet werden kann und dass sie

<sup>622</sup> OGH 20.10.1964, 4 Ob 558/64 = EvBl 1965/126.

<sup>623</sup> Bittner, Der Mythos von der wirklichen Übergabe von Liegenschaften, in Hofmeister-GedS (1996) 73 (74).

im Prozess von Amts wegen zu beachten ist.<sup>624</sup> Daher stellt die Berufung auf die Formnichtigkeit auch keinen Rechtsmissbrauch dar.<sup>625</sup>

In diesem Zusammenhang weist *Dehn* darauf hin, dass in den Fällen, in denen der Geschenkgeber bereits die Liegenschaft außerbücherlich übergeben hat, kein Fall einer Heilung vorliegt, da es sich in diesem Fall von allem Anfang an um eine formgültige Schenkung mit tatsächlicher Übergabe handelt.<sup>626</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, wie viel Zeit zwischen Schenkungsvertrag und wirklicher Übergabe liegen darf. Ist die Zeitspanne zu lang, liegt Formnichtigkeit vor, die allenfalls nach § 1432 heilen kann.<sup>627</sup>

Es besteht somit eine wichtige Verbindung zwischen der wirklichen Übergabe im Sinne des § 1 lit d NotAKtsG einerseits und des § 1432 andererseits. § 1432 stellt fest:

*„Doch können Zahlungen einer verjährten, oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, eben so wenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist.“*

Kommt es daher trotz Formnichtigkeit des Vertrages zur *Erfüllung*, heilt hierdurch der Formmangel nach § 1432. Dabei stellt sich die Frage, was die Heilung nach § 1432 wirklich bedeutet. Bewirkt sie nur einen Ausschluss von Leistungskonditionen? Oder heilt sie das gesamte Vertragsverhältnis samt den daraus resultierenden Sekundär- und Nebenpflichten?<sup>628</sup>

§ 1432 stellt fest, dass *Zahlungen*<sup>629</sup>, die nur aufgrund eines Formmangels ungültig sind, nicht zurückgefordert werden können. Kommt es somit zu einer Schenkung ohne wirkliche Übergabe, stellt sich die Frage, wann diese im Sinne des § 1432 ABGB erfüllt ist, und weiters, wie die Erfüllung ausgestaltet sein muss, um der Grundidee des § 1432 – der Warnung durch Hingabe der Sache – zu entsprechen. Reicht ein

---

<sup>624</sup> JBI 1954, 489.

<sup>625</sup> *Schubert* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 943 ABGB.

<sup>626</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 61.

<sup>627</sup> *Liedermann*, NZ 2011, 321 (326).

<sup>628</sup> Vgl zu dieser Thematik auch *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung, 108.

<sup>629</sup> Zum Zwecke der Vereinfachung wird in weiterer Folge anstelle des Begriffes *Zahlung* im Nachstehenden der Begriff *Erfüllung* verwendet. Zum dogmatischen Unterschied zwischen den Begriffen *Zahlung*, *Leistung* und *Erfüllung* siehe *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 207.

Akt daher nicht aus, um eine wirkliche Übergabe im Sinne des NotAkteG darzustellen, kann derselbe Akt auch nicht Erfüllung im Sinne des § 1432 darstellen.<sup>630</sup> Insbesondere erscheint es unlogisch, in ein formnichtiges Verpflichtungsgeschäft eine dingliche Willensübereinkunft hineinzuzinterpretieren, wenn es von der Rechtsordnung wegen fehlender Warnung und Belehrung von allem Anfang an nicht als wirksam anerkannt wird.<sup>631</sup> Demnach soll die Formnichtigkeit erst dann geheilt werden, wenn die vom Gesetz befürchtete Übereilung des Grundgeschäftes durch einen Akt beseitigt wird, der dem Geschenkgeber die Bedeutung des Eigentumsverlustes vor Augen führt. Der Geschenkgeber kann daher jedenfalls vom Verpflichtungsgeschäft zurücktreten, solange er im Verfügungsgeschäft keine tatsächliche Übergabe geleistet hat.<sup>632</sup> Für die Liegenschaftsschenkung gibt es in der Lehre verschiedene Ansichten, die ich im Nachstehenden näher darstellen möchte:

Nach der Ansicht *Dehns* liegt Erfüllung bereits dann vor, wenn der Geschenkgeber freiwillig alle Akte gesetzt hat, die für den Eigentumsübergang notwendig sind.<sup>633</sup> Allerdings wird durch die Einverleibung des Eigentums nicht notwendigerweise Besitz verschafft. Sollte sich der Geschenkgeber daher nach dem Eigentumsverlust weigern, den Besitz aufzugeben, hätte der Geschenknehmer nach dieser Ansicht das Recht auf Besitzeinräumung, da mit der formgerechten Errichtung der Intabulationsurkunde ein vergleichbarer Übereilungsschutz geschaffen sei wie bei förmlicher Errichtung des Verpflichtungsgeschäftes.<sup>634</sup> Der Geschenkgeber wird diese Klage jedoch abwehren, wenn er nachweist, dass keine tatsächliche Übergabe vorlag. Außerdem liegt eine wirkliche Übergabe nach *Dehns* Ansicht nur dann vor, wenn alle für den Eigentumsübergang notwendigen Handlungen freiwillig gesetzt wurden, insbesondere die tatsächliche, physische Übergabe *und* die Abgabe der Aufsandungserklärung. Antragstellung und Eintragung seien aber für § 1432 nicht erforderlich.

Die Kritik an der Rsp, welche Urkundenfloskeln für den Nachweis der tatsächlichen Übergabe genügen lässt, hält *Dehn* für unbegründet. Schließlich habe der Geschenkgeber ja noch immer die Möglichkeit, die Löschung der Einverleibung zu begehren, wenn es tatsächlich keine Übergabe gab. Es sei nicht Aufgabe der Rsp, auf

---

<sup>630</sup> *Liedermann*, NZ 2011, 321 (326).

<sup>631</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 211.

<sup>632</sup> Siehe hierzu auch OGH 15.12.2008, 4 Ob 197/08m.

<sup>633</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 215.

<sup>634</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 216.

die irrije Annahme des Geschenkgebers, er könne die Einverleibung nicht mehr rückgängig machen, zu reagieren.<sup>635</sup>

*Welser/Zöchling-Jud* lassen eine Heilung zu, wenn der Geschenkgeber ein aktives Tun setzt.<sup>636</sup> Entscheidend ist dabei, welche Anforderungen man an das geforderte aktive Tun des Geschenkgebers stellt. Wenn man an das aktive Tun die gleichen Anforderungen stellt wie an eine wirkliche Übergabe, kommen die Ansichten von *Dehn* und *Welser/Zöchling-Jud* wahrscheinlich zum gleichen Ergebnis. Sie scheinen insofern weitgehend einer Meinung zu sein.

*Welser/Kletečka*, halten ausdrücklich fest, dass die Verbücherung keine Heilung des Formungültigen Vertrages bewirke, vielmehr seien weitere Akte des Geschenkgebers erforderlich, die geeignet seien, ihm den Vermögensverlust ausreichend vor Augen zu führen.<sup>637</sup>

Ich möchte das Gesagte an folgendem Beispiel veranschaulichen:

*Der Geschenkgeber schenkt das Haus, in dem er auch weiterhin wohnt, an seinen Sohn. Dessen Eigentum wird aufgrund einer Urkundenfloskel im Grundbuch einverleibt. Es kommt zu keiner wirklichen Übergabe.*

Folgt man der Ansicht *Dehns*, *Welser/Zöchling-Juds* und *Welser/Kletečkas*, wäre der Schenkungsvertrag nichtig. Mangels eines gültigen Titels könnte der Geschenkgeber die Löschung des Eigentums des Geschenknehmers mittels Löschungsklage erreichen. Wurde die Liegenschaft jedoch bereits an einen gutgläubigen Dritten verkauft, könnte gegen diesen die Löschungsklage nur innerhalb der drei Schreijahre erhoben werden.

*Schauer*<sup>638</sup> scheint davon auszugehen, dass auch ohne tatsächliche Übergabe die Schenkung nicht vollkommen ungültig sei, sondern vielmehr einen wirksamen Titel zur Erfüllung darstellt. Bei einer späteren Übergabe sei daher eine neuerliche Einigung über die Schenkung nicht mehr erforderlich, es genüge bereits eine dingliche

---

<sup>635</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 62.

<sup>636</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> RZ 847.

<sup>637</sup> *Welser/Kletečka*, Bürgerliches I<sup>15</sup> Rz 585.

<sup>638</sup> *Schauer*, Zur Formpflicht der Vollmacht bei der Schenkung, NZ 1984, 185 (189).

Einigung hinsichtlich des Eigentumsübergangs. *Schauer* scheint daher den Modus der Verbücherung als Erfüllung im Sinne des § 1432 zu sehen.

*Binder* sieht in der Verbücherung auch dann eine wirkliche Übergabe, wenn die Liegenschaft nicht physisch übergeben wurde. Dies ergebe sich aus den §§ 425 iVm 431 und daraus, dass selbst formlose Schenkungsversprechen nach § 1432 heilen würden. Allerdings dürfte das Grundbuchsgericht keine Schenkungsverträge verbüchern, die nicht in Form eines Notariatsaktes aufgenommen wurden.<sup>639</sup>

Nach *Fritzer*<sup>640</sup> liegt die wirkliche Übergabe bei der Schenkung einer Liegenschaft in der Stellung des Antrages auf Verbücherung. Bis zur Stellung des Grundbuchsgesuches ist der Geschenkgeber daher mangels tatsächlicher Übergabe nicht an den Schenkungsvertrag gebunden. Wichtig sei dabei, dass das Grundbuchsgesuch a) entweder durch den Geschenkgeber selbst, b) durch den Geschenkgeber und den Geschenknehmer gemeinsam oder c) durch einen ausreichend durch den Geschenkgeber legitimierten Parteienvertreter erfolgt. Die Stellung des Grundbuchsantrages bewirkt damit die Heilung des zuvor formmangelhaften Schenkungsvertrages.<sup>641</sup> Die Bevollmächtigung des Schriftenverfassers müsse dabei auch nicht in Form eines Notariatsaktes erfolgen, es genüge bereits, wenn die Unterschrift des Geschenkgeber beglaubigt sei. Dies könne auch durch Aufnahme einer Vollmachtsklausel zu Gunsten des Vertragserrichters im Schenkungsvertrag selbst erfolgen.<sup>642</sup>

*Liedermann*<sup>643</sup> geht davon aus, dass § 1 NotAkteG nicht die Gültigkeit des Schenkungsvertrages beeinträchtigt, sondern lediglich dessen Klagbarkeit. Somit bliebe trotz § 1 NotAkteG eine Naturalobligation über, welche zwar nicht eingeklagt, sehr wohl aber erfüllt werden kann. Da die Verpflichtung wirksam erfüllt werden kann, sei auch das Problem des Eigentumserwerbes des Geschenknehmers gelöst. Da die Verbindlichkeit erfüllt werden könne, genüge sie auch als Titel für eine Übereignung.<sup>644</sup>

---

<sup>639</sup> *Binder* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> IV, § 943 Rz 21.

<sup>640</sup> *Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 250.

<sup>641</sup> Interessant ist, dass *Fritzer* in diesem Zusammenhang ausdrücklich von „Heilung“ spricht (*Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 249). Dies dürfte mit ihrer Ablehnung des

<sup>642</sup> *Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 280.

<sup>643</sup> *Liedermann*, NZ 2011, 321ff.

<sup>644</sup> *Liedermann*, NZ 2011, 326.

Im vorstehenden Beispiel wäre somit sowohl nach *Binder* als auch nach *Schauer*, *Fritzer* und *Liedermann* eine vollständige Heilung des Schenkungsvertrages eingetreten. Der Geschenknehmer hätte keine Möglichkeit, den Vertrag anzufechten.

Der Aussage *Binders* folgend, dass durch Verbücherung Erfüllung und Heilung im Sinne des § 1432 eintreten, sieht *Bittner* hierin eine unzulässige Aufweichung des Formgebotes. Der Nachweis der Übergabe würde sich somit lediglich in Urkundenfloskel erschöpfen, die zur Verbücherung führen würden. Sei das Rechtsgeschäft jedoch einmal verbüchert, sei die Angelegenheit aufgrund der Einverleibung, die als wirkliche Übergabe gelte, saniert. Der Geschenkgeber, der die Bedeutung derartiger Urkundenfloskeln übersehen und noch gar nicht übergeben habe, sei dennoch sein Eigentum los.<sup>645</sup> *Bittner* spricht sich daher dafür aus, derartige Schenkungsverträge erst gar nicht zu verbüchern.

Auch *Giller/Binder* gehen davon aus, dass lediglich die Eigentumsverschaffung eine Erfüllung im Sinne des § 1432 bewirke, weswegen eine wirkliche Übergabe von Liegenschaften an sich nicht möglich sei. Vielmehr verlange jede Liegenschaftsschenkung einen Notariatsakt. Komme es aber dennoch zu einer Einverleibung und erwachse diese in Rechtskraft, habe der Geschenkgeber damit wirksam erfüllt und die Schenkung sei geheilt.<sup>646</sup>

Im Beispielsfall wäre es nach dieser Ansicht gerade nicht zur Verbücherung gekommen. Der Geschenkgeber wäre weiterhin alleiniger Eigentümer und umfassend geschützt.

*Bittners* Ansicht erscheint vor der damaligen Judikatur durchaus verständlich. Da es aber in den vergangenen Jahren einen Judikaturumschwung von der Heilung durch Verbücherung zur fortwirkenden Nichtigkeit des Vertrages gegeben haben dürfte<sup>647</sup>, ist der Hauptkritikpunkt, der fehlende Übereilungsschutz des Geschenkgebers, nicht mehr so gravierend.

---

<sup>645</sup> *Bittner* in *GedS* Hofmeister 77.

<sup>646</sup> *Giller/Binder*, EF-Z 2015, 153 (160).

<sup>647</sup> *Giller/Binder*, Die wirkliche Übergabe geschenkter Liegenschaften – steht eine Judikaturwende bevor? Teil 1, EF-Z 2015, 105.

### 13.3. ZUSAMMENFASSUNG DER LITERATURMEINUNGEN:

Im Wesentlichen lassen sich zwei Literaturströmungen festmachen. Die eine Strömung geht davon aus, dass bei einer Schenkung drei Akte vorliegen müssen, nämlich Titel, Modus und wirkliche Übergabe. Wird somit eine Liegenschaft übergeben, sind folgende Schritte zum Eigentumserwerb erforderlich:

1. Abschluss eines Schenkungsvertrages,
2. Tatsächliche Übergabe als einen nach außen hin wahrnehmbarer Akt, aus dem der Wille des Geschenkgebers hervorgeht, die geschenkte Sache aus seiner Gewahrsame in die Gewahrsame des Geschenknehmers zu übertragen (z.B.: Auszug aus dem Haus),
3. Modus im eigentlichen Sinne, das ist gemäß § 431 die Intabulation.

Fehlen der erste oder zweite Schritt, kommt kein gültiger Titel zusammen. Nach dem Prinzip der kausalen Tradition scheitert somit trotz Einverleibung der Eigentumserwerb, der Geschenkgeber bleibt somit weiterhin außerbücherlicher Eigentümer.<sup>648</sup>

Die andere Ansicht vertritt unter Verweis auf §§ 380 und 431, dass der zweiaktige Eigentumserwerb auch bei der Schenkung von Liegenschaften gelte. Demnach soll auch hier lediglich Titel und Modus für den Eigentumserwerb genügen.<sup>649</sup> Die außerbücherliche Übergabe im Sinne des dreistufigen Eigentumserwerbs scheidet als wirkliche Übergabe aus, da sie keine rechtliche Übergabe im Sinne des § 431 sei. Letztlich stellen diese Ansichten daher immer in der einen oder anderen Weise auf die Intabulation ab. Diese stellt dann entweder eine wirkliche Übergabe im Sinne des NotAKtsG dar<sup>650</sup> oder heilt den anfangs ungültigen Vertrag nach § 1432.<sup>651</sup> In ihrer radikalsten Ansicht wird sogar vertreten, dass eine wirkliche Übergabe von Liegenschaften nicht möglich sei, weswegen Schenkungen über Liegenschaft generell nur in Form eines Notariatsaktes zulässig seien.<sup>652</sup>

---

<sup>648</sup> Iro/Riss, Sachenrecht<sup>7</sup> (2019), Rz 6/37..

<sup>649</sup> Vgl zur Kritik am dreiaktigen Eigentumserwerb: Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 232.

<sup>650</sup> So etwa Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 248.

<sup>651</sup> So etwa Liedermann, NZ 2011, 326, der in der Verbücherung Erfüllung und somit Heilung nach § 1432 sieht.

<sup>652</sup> Giller/Binder, EF-Z 2015, 153 (160).

Für die Vertragsparteien ist der Unterschied zwischen beiden Ansichten gravierend: Nach der einen Ansicht bleibt der Geschenkgeber außerbücherlicher Eigentümer, nach der anderen gehört die Sache dem Geschenknehmer, ohne dass sie der Geschenkgeber zurückverlangen kann.

### 13.4. AUSGEWÄHLTE FÄLLE AUS DER RSP

In der jüngsten Vergangenheit hat der OGH einige interessante Entscheidungen zur wirklichen Übergabe bei Schenkungen getroffen:

#### 13.4.1. ÜBERTRAGUNG DER HÄLFTE EINES WERTPAPIERDEPOTS DURCH MITINHABERSCHAFT<sup>653</sup>

In diesem Fall übertrug die verstorbene Geschenkgeberin bereits zu Lebzeiten eine Hälfte ihres Wertpapierdepots an eine Freundin. Dabei wurde die Geschenknehmerin am Wertpapierdepot als Mitinhaberin eingetragen, zuvor hatte sie den Tierschutzverein zum Erben eingesetzt und der Freundin eine Wohnung und € 30.000,-- vermacht. Nach dem Tod der Geschenkgeberin realisierte die Geschenknehmerin die Hälfte des Wertpapierdepots und ließ sich den Erlös ausbezahlen. Der Erbe klagte gegen die Geschenknehmerin auf Herausgabe des Realisats. Da bisher eine einheitliche Rsp zur wirklichen Übergabe von Wertpapierdepots und Kontoguthaben fehlte und diese Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung war, traf der OGH die Entscheidung als verstärkter Senat.

Nach Ansicht des verstärkten Senats ist Zweck von § 943 und § 1 lit d NotAktG eindeutig der Übereilungsschutz. Dieses Abweichen vom Grundsatz der Formfreiheit sei durch die wegen Fehlens einer Gegenleistung geringere Schutzwürdigkeit des Geschenknehmers gerechtfertigt. Ob eine wirkliche Übergabe vorliegt, ist an diesem

---

<sup>653</sup> OGH 03.05.2018, 2 Ob 122/17 f = Zak 2018/399 S 216 – Zak 2018, 216 = ÖBA 2018, 657/2498 – ÖBA 2018/2498 = Jus-Extra OGH-Z 6416 = NZ 2018/115 S 351 – NZ 2018, 351 = AnwBl 2018/231 S 653 – AnwBl 2018, 653 = EF-Z 2018/112 S 233 (Tschugguel) – EF-Z 2018, 233 (Tschugguel) = JBl 2018, 713 = Eliskases, ZFR 2018/258 S 549 – Eliskases, ZFR 2018, 549 = ZFR 2018/266 S 569 – ZFR 2018, 569 = EvBl 2019/15 S 119 (Parapatits) – EvBl 2019, 119 (Parapatits) = RZ 2019, 15 EÜ4 – RZ 2019 EÜ4 = Mayr, JAP 2018/2019/19 S 169 – Mayr, JAP 2018/2019, 169 = Angyan/Pehm, ÖJZ 2019/73 S 615 – Angyan/Pehm, ÖJZ 2019, 615

Normzweck zu messen. Besonders interessant ist an dieser Entscheidung, dass er OGH als obiter dictum implizit festhält, dass ein Besitzkonstitut nicht als wirkliche Übergabe ausreicht.<sup>654</sup>

Im Sinne der von *Dehn* propagierten dreiaktigen Theorie stellt der OGH wenig auf das Verfügungsgeschäft ab. Vielmehr ist es ihm nur wichtig, dass der Geschenkgeber den Geschenknehmer in die Lage versetzt, über das Konto oder Wertpapierdepot alleine zu verfügen. Der OGH bildet folgende drei Ebenen:

1. Den Schenkungsvertrag an sich, welcher nur zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer besteht,
2. die tatsächliche Übergabe im Sinne von § 943 ABGB und § 1 lit d NotAktGs und
3. letztlich das Verfügungsgeschäft.<sup>655</sup>

Die wirkliche Übergabe liegt daher darin, dass der Geschenkgeber dem Geschenknehmer *in einem von der Schenkung gesonderten Akt* das alleinige Verfügen über das Konto ermöglicht. Das Verfügungsgeschäft kann dabei ganz unabhängig hiervon erfolgen, es kann aber wie in diesem Fall auch erst nach dem Tod des Geschenkgebers erfolgen. Ich denke, dass der OGH das Verfügungsgeschäft der Geschenknehmer erst in der Realisierung des Wertpapierdepots sieht. Ich möchte das Gesagte an folgendem Beispiel verdeutlichen:

*Der Geschenkgeber und der Geschenknehmer schließen einen Schenkungsvertrag, in dem der Geschenkgeber dem Geschenknehmer das halbe Wertpapierdepot schenkt (1. Ebene). Hierzu stellt er ihm eine Vollmacht aus, mit der der*

---

<sup>654</sup> „Für das Vorliegen einer wirklichen Übergabe ist daher entscheidend, ob durch ein zum Schenkungsversprechen hinzutretendes Verhalten des Geschenkgebers der im Übereilungsschutz liegende Zweck der Formpflicht gewahrt ist. Das wäre nicht der Fall, wenn es für die wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB und § 1 lit d NotAktGs ausschließlich auf die vollständige Erfüllung des Vertrags ankäme (...), also auf das Vorliegen des den Rechtsübergang bewirkenden Verfügungsgeschäfts. Denn dann genügte bei beweglichen Sachen das Besitzkonstitut (...), bei Forderungen wohl auch – entgegen ständiger Rechtsprechung (Judikat 142 GIUNF 650; 1 Ob 147/00z mwN) – die bloß mündliche oder konkludente Zession ohne Verständigung des Drittschuldners (...). Der Zweck von § 943 ABGB und § 1 lit d NotAktGs würde damit allerdings grundlegend verfehlt.“

<sup>655</sup> Vgl.: 4.d.) Hingegen ist ein wirksames, dh den Rechtsübergang bereits bewirkendes Verfügungsgeschäft entgegen der zuletzt von *Fritzer* vertretenen Auffassung (oben Punkt 4.1.e.) nach dem Zweck der Norm weder notwendige noch hinreichende Bedingung für die Annahme einer wirklichen Übergabe iSv § 943 ABGB, § 1 lit d NotAktGs.

*Geschenknehmer die Wertpapiere beheben kann (2. Ebene). Anschließend be-  
hebt der Geschenknehmer die Wertpapiere tatsächlich (3. Ebene).*

Voraussetzung für die Wirksamkeit der Schenkung ist außerdem, dass tatsächlich ein Schenkungswille vorlag bzw nach den Grundsätzen der Vertrauenstheorie anzunehmen sei. Dieser Wille müsse darauf gerichtet sein, dass sich der Geschenknehmer nicht nur – aufgrund des als wirkliche Übergabe qualifizierten Akts – faktisch in den Besitz des Schenkungsobjekts setzen könne, sondern dass er das aufgrund des Titelgeschäfts auch darf. Es ist daher wohl auf den Schenkungsvertrag abzustellen, wie groß der geschenkte Teil des Depots ist. Demnach könnte auch das gesamte Wertpapierdepot übertragen werden, wenn dem Geschenkgeber aufgrund des Schenkungsvertrages jedwede Verfügung über das Depot untersagt ist.

Letztlich ist zwar immer noch ein gesondertes Verfügungsgeschäft nötig, dieses ist aber wie gesagt von der wirklichen Übergabe unabhängig. Dies bedeutet aber wohl auch, dass man diese Entscheidung auch auf Liegenschaftsschenkungen umlegen kann.

Interessant ist, dass sich anscheinend keines der an dieser Entscheidung beteiligten Gerichte mit § 121a BAO beschäftigt hat. Wenn nämlich gesondert auf das Titelgeschäft abgestellt werden soll, stellt sich die Frage, wie dieser Rechtsgrund zu beweisen ist. Da in diesem Fall mehr als € 15.000 übertragen wurden, wäre eine Schenkungsmeldung erforderlich gewesen. Diese hätte gemäß § 121a Abs 4 BAO binnen drei Monaten ab Abschluss des Schenkungsvertrages geschehen müssen. Dass dies anscheinend nicht passiert ist, spricht gegen eine Schenkungsabsicht der Geschenkgeberin zu Lebzeiten, da man ihr nicht ohne weiteres ein abgabenwidriges Verhalten unterstellen sollte.

Es wurde sohin der folgende Rechtssatz formuliert:

*„Wertpapiere auf einem Depot oder Guthaben auf einem Konto werden schon dadurch iSv § 943 ABGB, § 1 lit d NotAktG wirklich übergeben, dass der Geschenkgeber dem Geschenknehmer – etwa durch Begründung einer Mitinhaberschaft – die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit einräumt, darüber ohne sein weiteres Mitwirken zu verfügen. Das Einräumen einer ausschließlichen Verfügungsbefugnis ist nicht erforderlich.“*

Grundsätzlich halte ich es für gut, dass sich der OGH im Rahmen eines Verstärkten Senates mit der Problematik der tatsächlichen Übergabe auseinandergesetzt hat. Ich sehe in dieser Entscheidung das Bekenntnis des OGH zur dreiaktigen Theorie der Schenkung, wie sie von *Dehn* und *Welser/Zöchling-Jud* propagiert wird. In diesem Aspekt ist der Entscheidung voll und ganz zuzustimmen.

Allerdings finde ich, dass der OGH auf der Titelebene den Aspekt des Gläubigerschutzes zu wenig bedacht hat. Gerade bei Schenkungen, die keine Liegenschaft zum Gegenstand haben, sehe ich hier Probleme. Im Nachhinein lässt sich der zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer geschlossene Schenkungsvertrag meist in keiner Weise nachweisen. Die Problematik ergibt sich bei diesem Judikat daraus, dass Schenkung, tatsächliche Übergabe und Verfügungsgeschäft getrennt voneinander zu beurteilen sind.<sup>656</sup> Weder wann der Schenkungsvertrag geschlossen wurde noch in welchem Umfang, lässt sich im Nachhinein leicht feststellen. Findige Parteien werden sogar „*nur für alle Fälle*“ einen Schenkungsvertrag aufsetzen und diesen nur hervorholen, wenn Gläubiger des Geschenkgebers auf das Depot zugreifen. In diesem Fall nützen auch die Anfechtungstatbestände der IO und AnfO den Gläubigern wenig, da der Schenkungsvertrag meist in guten Zeiten, also vor der Zweijahresfrist, abgeschlossen sein würde. Dies könnte man verhindern, wenn die Übertragung nur in Form eines Notariatsaktes möglich wäre. Dann müsste die Urkunde bei einer öffentlichen Urkundsperson aufliegen und könnte im Insolvenzfall herangezogen werden. Diese strenge Auslegung des § 1 lit d NotAkteG stimmt auch mit dem vom Normzweck mitumfassten Gläubigerschutz zusammen. Genau jenen „erdichteten“ Verträgen öffnet diese Entscheidung Tür und Tor. Nach dem Schutzzweck des § 1 lit d NotAkteG sollte man dabei von einer relativen Nichtigkeit solcher Schenkungsverträge ausgehen, wenn diese nicht in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen wurden. Demnach könnte ein Gläubiger des Geschenkgebers den Schenkungsvertrag an sich jederzeit anfechten. Zusätzlich wird man jedoch aus Praktikabilitätsgründen auch auf die genaueren Umstände abstellen müssen. Wenn

---

<sup>656</sup> Vgl 4.2 f): „Entscheidend ist aber auch hier, was die Parteien wirklich wollten bzw welcher Wille nach den Grundsätzen der Vertrauenstheorie anzunehmen ist. Ist er auf eine Vermögensübertragung gerichtet, die sofort oder zu einem im Belieben des Beschenkten stehenden Zeitpunkt erfolgen soll, so genügt es zur Wahrung des Übereilungsschutzes, wenn sich der Beschenkte aufgrund eines zur Schenkung hinzutretenden Akts des Geschenkgebers ohne dessen weiteres Zutun in den Besitz des Schenkungsobjekts setzen kann. Fehlt ein solcher Wille, scheitert eine wirksame Schenkung schon aus diesem Grund; auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer wirklichen Übergabe iSv § 943 ABGB, § 1 lit d NotAkteG kommt es dann nicht an.“

zwei Ehegatten ein gemeinsames Girokonto für die Haushaltsführung haben, wird man hierfür noch keinen Notariatsakt benötigen. Hierbei wäre die Aufnahme eines Notariatsaktes in Hinblick auf die damit verbundenen Kosten unverhältnismäßig.<sup>657</sup>

In 2 Ob 13/18b<sup>658</sup> hielt der OGH auf diese Entscheidung bezugnehmend fest, dass die Übergabe einer Mappe mit einer Zusammenstellung mehrerer Kunstwerke an den Stiftungsvorstand, welcher sie unmittelbar danach an den Notar weitergibt, auch keine wirkliche Übergabe darstellt.

*Behandlung einer derartigen Schenkung im Verlassenschaftsinventar:*

Gemäß § 166 AußStrG dient das Inventar als vollständiges Verzeichnis der Verlassenschaft. Dabei sind Gegenstände, die sich zuletzt im Besitz des Verstorbenen befanden, grundsätzlich in das Inventar aufzunehmen, es sei denn, es wird durch unbedenkliche Urkunden nachgewiesen, dass der Gegenstand nicht zum Nachlassvermögen zählt. Das Außerstreitgesetz definiert dabei keinen eigenständigen Besitzbegriff, weswegen von der Anwendbarkeit des allgemeinen Besitzverständnisses des ABGB auszugehen ist.<sup>659</sup> Für die Inventarisierung reicht dabei bereits der Mitbesitz aus.<sup>660</sup> Da wie im gegebenen Fall meist keine unbedenkliche Urkunde über den Umfang und den Zeitpunkt der Schenkung vorliegen wird, wäre das Wertpapierdepot meines Erachtens in das Inventar aufzunehmen.

Im ähnlich gelagerten Fall 2 Ob 229/16<sup>661</sup> hielt der OGH fest, dass die Übertragung eines Wertpapierdepots unter Zurückbehaltung einer Zeichnungsberechtigung aber ohne Abschluss einer Treuhandschaft eine formgültige Schenkung darstellt.

<sup>657</sup> Zur Verhältnismäßigkeit der Formpflicht siehe auch *P. Bydlinski*, NZ 1991, 166.

<sup>658</sup> OGH 30.10.2018, 2 Ob 13/18 b = Zak 2018/818 S 438 – Zak 2018, 438 = NZ 2019/6 S 22 – NZ 2019, 22 = ZfS 2018, 141 = PSR 2018/44 S 185 – PSR 2018, 185 = EvBI-LS 2019/37 = ÖBI-LS 2019/8 (Eiselsberg/Schlager) = EF-Z 2019/49 S 81 (Tschugguel) – EF-Z 2019, 81 (Tschugguel) = AnwBl 2019/64 S 128 – AnwBl 2019, 128 = PSR 2019/4 S 18 (Gruber/Hartlieb, Judikaturübersicht) – PSR 2019, 18 (Gruber/Hartlieb, Judikaturübersicht) = JEV 2019, 33/4 – JEV 2019/4 = Dollenz, PSR 2019/24 S 118 – Dollenz, PSR 2019, 118.

<sup>659</sup> OGH 16.04.2009, 6 Ob 287/08m.

<sup>660</sup> *Spruzina* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 166 (Stand 1.11.2013, rdb.at), Rz 9.

<sup>661</sup> OGH 28.09.2017, 2 Ob 229/16 = ZfRV-LS 2017/57 = Zak 2017/752 S 439 – Zak 2017, 439 = EF-Z 2018/20 S 35 – EF-Z 2018, 35 = iFamZ 2018/29 S 34 – iFamZ 2018, 34.

### 13.4.2. ENTSCHEIDUNGEN ZUR WIRKLICHEN ÜBERGABE IN VERFAHREN MIT UNBESCHRÄNKTER KOGNITIONSBEFUGNIS

#### 6 Ob 179/97 k

In der älteren Rechtsprechung finden sich jedoch auch Entscheidungen, die in der Verbücherung eines Schenkungsvertrages eine Heilung sehen.<sup>662</sup> In 6 Ob 179/97 k begehrte die Erbin die Rückabwicklung eines Schenkungsvertrages, der aufgrund einer Urkundenfloskel verbüchert wurde. In dieser Entscheidung sprach der OGH jedoch noch aus: *„Ist das eine Liegenschaft betreffende formlose Schenkungssprechen durch bücherliche Einverleibung des Beschenkten erfüllt worden, so entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, daß nicht mehr auf Rückübertragung des Eigentumsrechtes wegen fehlender Notariatsaktform geklagt werden kann.“*

#### 9 Ob 149/04h

In 9 Ob 149/04h hatten die Geschenkgeberin und der Geschenknehmer einen Rechtsanwalt mit der Errichtung eines Schenkungsvertrages über zwei Liegenschaften beauftragt. Der Vertrag des Anwaltes enthielt einerseits eine Urkundenfloskel, eine Vollmacht zu Gunsten des Anwaltes sowie ein Wohnrecht für die Geschenkgeberin und deren Ehemann auf einer der beiden Liegenschaften. Am 16.06.2003 wurde der Vertrag beglaubigt unterfertigt.

Am 13.08.2003 teilte die Geschenkgeberin dem Vertragserrichter mit, dass sie die Liegenschaft nicht habe schenken wollen. Der Vertragserrichter sei den Vertrag mit ihr vor der Unterschrift nicht durchgegangen. Außerdem sei die tatsächliche Übergabe nicht erfolgt, sodass der Vertrag formnichtig sei. Trotzdem erwirkte der Geschenknehmer die Einverleibung seines Eigentumsrechtes.

Der OGH hielt in seiner Entscheidungsbegründung fest, dass die Übergabe unter Zurückbehaltung eines Nutzungsrechtes ein Besitzkonstitut darstelle. Dies sei jedoch keine wirkliche Übergabe im Sinne des NotAKtsG. Vielmehr habe zwischen den Par-

---

<sup>662</sup> Siehe etwa NZ 1991, 11; ZBI 1930/; SZ 45/35; JBI 1999, 45.

teien nie die Absicht bestanden, Besitz oder Gewahrsame an den Geschenknehmer zu übertragen. Auch ein gemeinsames Begehen und Besichtigen der Liegenschaft einschließlich der Übergabe von "Verwaltungsunterlagen" stelle unter diesen Umständen keine "wirkliche Übergabe" im Sinne des § 943 ABGB dar.

Da es der OGH als erwiesen erachtet, dass keine wirkliche Übergabe vorlag, beschäftigt er sich in einem nächsten Schritt mit der Heilung der Nichtigkeit durch § 1432. Die bisherige Rsp habe leider in der Vergangenheit nicht ausreichend berücksichtigt, wie es zur Einverleibung des Eigentums gekommen sei.<sup>663</sup> Erfolge die Einverleibung des Eigentums ohne Zutun des Geschenkgebers oder sogar gegen dessen Willen, sei eine Erfüllung im Sinne des § 1432 fragwürdig. Vielmehr sei der Geschenkgeber nur dann nicht schutzwürdig, wenn er neben dem Schenkungsvertrag ein weiteres aktives Tun gesetzt hat, welches geeignet ist, ihm seinen Vermögensverlust ausreichend bewusst zu machen. Dieser Akt müsse die nach außen hin erkennbare Absicht des Geschenkgebers zum Ausdruck bringen, die Sache in die Gewahrsame des Geschenknehmers zu übertragen. Eine Aufsandungserklärung reiche hierzu nicht aus, da sie gewöhnlicher Bestandteil eines Vertrages sei. Daher sei keine Heilung eingetreten.

Der Geschenkgeber könne daher jedenfalls auf Rückübertragung des Eigentums bzw Löschung klagen, wenn er sich vor Einverleibung auf die Formungültigkeit des Schenkungsvertrages berufen und hierzu keine eigenen Schritte gesetzt habe. In diesen Fällen stelle die Einverleibung keine Erfüllung im Sinne des § 1432 dar.

#### 2 Ob 94/14h<sup>664</sup>

Bezugnehmend auf 9 Ob 149/04 hielt der OGH fest, dass die Heilung eines formungültigen Schenkungsvertrages ein weiteres aktives Tun voraussetze. Daran ändern weder die im Vertrag enthaltene Aufsandungserklärung noch der im Vertrag enthaltene Verbücherungsauftrag etwas.<sup>665</sup>

---

<sup>663</sup> An dieser Formulierung lässt sich implizit eine Ablehnung der älteren Judikatur sehen.

<sup>664</sup> OGH 02.10.2014, 2 Ob 94/14h = Zak 2014/824 S 435 – Zak 2014, 435 = MietSlg 66.136.

<sup>665</sup> Damit wird die von *Fritzer* vertretene Rechtsansicht durch die Rsp eindeutig abgelehnt.

4 Ob 189/12s<sup>666</sup>

In diesem Fall errichtete ein Notar einen Schenkungsvertrag in Form einer Privaturkunde. Dabei wurden dem Geschenkgeber ein umfassendes Fruchtgenussrecht und ein Belastungs- und Veräußerungsverbot eingeräumt. Der Notar wurde vom Geschenkgeber mit der Vertragserrichtung beauftragt. Vor Vertragsunterfertigung übermittelte der Notar dem Geschenknehmer die Schlüssel zur Wohnung. Der OGH sah keine aufzugreifende Fehlbeurteilung darin, dass die Zusendung der Schlüssel, die Unterfertigung einer Aufsandungserklärung und die Vertragserrichtung durch einen Notar insgesamt eine wirkliche Übergabe im Sinne des § 943 darstellten. Es ist aus der Entscheidung nicht ersichtlich, ob der Geschenkgeber sämtliche Schlüssel oder nur einen Schlüssel übergeben hat.<sup>667</sup>

Auf den ersten Blick scheint diese Entscheidung den vorausgegangenen Entscheidungen zu widersprechen. Dies relativiert sich jedoch aus der knappen Begründung und daraus, dass der OGH nur keine über den Einzelfall hinausgehende Fehlbeurteilung sah.

4 Ob 166/14m<sup>668</sup>

In dieser Entscheidung war die Frage zu beurteilen, ob eine Liegenschaft, die zu Lebzeiten unter Zurückbehaltung eines umfassenden Wohnungsgebrauchsrechtes ohne Aufnahme eines Notariatsaktes geschenkt wurde, in das Nachlassinventar aufzunehmen ist. Ein nicht begünstigter Sohn verlangte nach dem Tod der Geschenkgeberin die Inventarisierung der Liegenschaft. Besonders an diesem Fall ist, dass die grundbücherliche Durchführung der Schenkung erst nach dem Tod der Geschenkgeberin erfolgte. Der OGH hielt fest, dass eine im Todeszeitpunkt noch dem Erblasser gehörende Liegenschaft nur dann nicht in das Inventar aufzunehmen ist, wenn ein schuldrechtlich gültiger Vertrag über deren Veräußerung vorliegt, den der Erblasser schon zu Lebzeiten durch Übertragung des Besitzes und Abgabe

---

<sup>666</sup> OGH 28.11.2012, 4 Ob 189/12 s = immolex-LS 2013/18 = NZ 2013/46 S 111 – NZ 2013, 111 = MietSlg 64.132.

<sup>667</sup> Dies ist sehr schade, da die Übersendung sämtlicher Schlüssel bedeutet hätte, dass der Geschenkgeber keinen weiteren Zugang zur Liegenschaft gehabt hätte. Dies wäre jedenfalls eine wirkliche Übergabe gewesen, da der Geschenkgeber darin dem Notar gegenüber zur erkennen gegeben hätte, dass er die Liegenschaft von seiner Gewahrsame in die Gewahrsame des Geschenknehmers geben wollte.

<sup>668</sup> OGH 21.10.2014, 4 Ob 166/14m.

der für die Einverleibung erforderlichen Erklärungen vollständig erfüllt hat. Beide Tatbestände seien jedoch durch unbedenkliche Urkunden zu belegen. Der OGH hatte die damit an ihn herangetragene Rechtsfrage eigentlich geklärt. Da Besitz und Eigentum der Geschenkgeberin im Todeszeitpunkt vorlagen, jedoch keine unbedenkliche Urkunde, war die Liegenschaft zu inventarisieren.

Wirklich spannend an dieser Entscheidung ist daher das umfassende *obiter dictum*. Der OGH hielt nämlich fest, dass Verträge, die nicht in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen wurden, jedoch die Übergabe durch Besitzkonstitut ausweisen, keine unbedenkliche Urkunde darstellen, die eine Nichtaufnahme in das Inventar bewirken, da „*schon kein gültiger schuldrechtlicher Vertrag vorliege*“. Weiters führt er aus, dass der Geschenkgeber die geschenkte Sache nicht bloß symbolisch oder durch Erklärung, sondern real aus der Hand geben müsse. Behalte sich der Geschenkgeber ein verbücherungsfähiges Wohnrecht zurück, genüge auch ein gemeinsames Begehen und Besichtigen der Liegenschaft, einschließlich der Übergabe von „Verwaltungsunterlagen“, nicht, um eine „wirkliche Übergabe“ zu bewirken. Daran ändere auch die mittlerweile erfolgte Sprungeintragung nichts, da hierdurch der Mangel des Grundgeschäftes nicht geheilt werde. Vielmehr obliege es einem noch allenfalls anzustrebenden Zivilprozesses festzustellen, wem das Eigentum an der Liegenschaft zukommt. Verfahrensparteien seien in diesem Fall der ruhende Nachlass einerseits und der Erwerber andererseits.

Für das Verständnis der Entscheidung ist maßgeblich, dass im Verlassenschaftsverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt. Demnach hat der Gerichtskommissär das Vermögen des Verstorbenen unbeschränkt zu erforschen.<sup>669</sup> Damit unterscheidet sich die Entscheidung jedoch grundlegend von den nachstehenden Entscheidungen zur Verbücherung von Schenkungsverträgen ohne tatsächliche Übergabe, da das Grundbuchsverfahren ein reines Akten- und Urkundenverfahren darstellt.

Es hat daher den Anschein, als sei die Rechtsprechung von ihrer ursprünglichen Rechtsauffassung, dass die Verbücherung gleichzeitig Erfüllung und somit Heilung im Sinne des § 1432 bewirke, abgegangen.<sup>670</sup>

---

<sup>669</sup> Hofmann, Die Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2014, 1 (2).

<sup>670</sup> So auch Giller/Binder, EF-Z 2015, 105.

## 2 Ob195/19v<sup>671</sup>

Kernthema dieser Entscheidung war, ob die Geschenknehmerin die im Zeitpunkt der Schenkung mit dem Erblasser verheiratet war, im Todeszeitpunkt jedoch geschieden eine Pflichtteilsberechtigte im Sinne des § 782 Abs 1 ABGB sei. Nachdem der OGH diese Frage jedoch geklärt hat trifft er auch ein obiter dictum zur Formpflicht. Er hält nämlich fest, dass sich bei Formnichtigkeit des Vertrages die Liegenschaft noch im Nachlass befände. Die Verlassenschaft hätte somit einen Anspruch auf Löschung des Eigentumsrechts gegen die Geschenknehmerin. Es sei aber auch möglich, dass der Schenkungsvertrag formgültig sei. Im konkreten Fall habe dies jedoch keine Auswirkung, da die Nichtigkeit nicht vom Pflichtteilsberechtigten aufgegriffen werden könne.

## 2 Ob 171/20s<sup>672</sup>

Dieser Fall ist mit 2 Ob195/19v vergleichbar. Allerdings erfolgte die Schenkung an die Lebensgefährtin und der Verstorbene zog nach der Schenkung in ein Alten- und Pflegeheim. Auch hier vermied der OGH eine Festlegung ob der Vertrag formnichtig sei. Er hielt aber erneut fest, dass dies unerheblich sei, da ein allfälliger Anfechtungsanspruch lediglich dem Nachlass, nicht aber dem Pflichtteilsberechtigten zükäme. In diesem Fall ist jedoch meiner Meinung zumindest von einer Heilung durch nachträgliche Erfüllung auszugehen, da der Verstorbene durch seinen Umzug eine zum Schenkungsversprechen hinzutretende Handlung gesetzt hat aus der der Schenkungswille unzweifelhaft hervorgeht.

### 13.4.3. VERBÜCHERUNG VON SCHENKUNGSVERTRÄGEN MIT NUTZUNGSRECHTEN

Zuletzt traf der OGH zwei bemerkenswerte Entscheidungen über die Verbücherung von Schenkungsverträgen in Form einer Privaturkunde unter Zurückbehaltung eines umfassenden Nutzungsrechtes.

---

<sup>671</sup> OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v.

<sup>672</sup> OGH 14.10.2020, 2 Ob 171/20 s.

Im ersten Fall<sup>673</sup> übergab die Geschenkgeberin eine Wohnung unter Zurückbehaltung eines Wohnungsgebrauchsrechtes. Die ersten beiden Instanzen wiesen das Grundbuchsgesuch ab, da sie keine wirkliche Übergabe im Sinne des NotAktG sahen.

Der OGH entschied jedoch, dass nach der ständigen Rsp im Grundbuchsverfahren konkrete Übergabsakte im urkundlichen Nachweis einer bereits erfolgten Übergabe nicht dargestellt werden müssten.

Die Entscheidungen 9 Ob 149/04h und 4 Ob 166/14m würden eine Abweisung des Grundbuchsgesuches nicht rechtfertigen. Im Sinne der ständigen Rsp sei im Grundbuchsverfahren lediglich der Wortlaut des Schenkungsvertrages maßgeblich. Dies habe seinen Grund darin, dass das Grundbuchsverfahren ein reines Akten- und Urkundenverfahren sei, in dem darüber hinausgehende Überlegungen zum Schutz eines Geschenkgebers keinen Platz hätten. Der rein symbolische Charakter einer Übergabe ohne realen Hintergrund sei daher nicht gegeben, weswegen kein Notariatsakt für die Verbücherung erforderlich sei.<sup>674</sup>

Hingegen hielt derselbe Senat in einer nur sechs Monate später ergangenen Entscheidung auch fest, dass die Schenkung einer Liegenschaft unter Zurückbehaltung eines Wohnungsrechtes samt Garten, welches den Geschenkgeber berechtigte, die Liegenschaft im bisherigen Umfang weiter zu benützen, ausreichende Bedenken daran begründen würden, dass die Liegenschaft real aus der Hand gegeben worden sei. Somit sei eine Abweisung des Grundbuchsgesuches gerechtfertigt.<sup>675</sup>

---

<sup>673</sup> OGH 19.06.2015, 5 Ob 82/15 t = Zak 2015/594 S 335 – Zak 2015, 335 = immolex-LS 2015/67 = RZ 2015, 269 EÜ191 – RZ 2015 EÜ191 = ecolex 2015/452 S 1051 (Benes) – ecolex 2015, 1051 (Benes) = ecolex 2016/39 S 122 (Fritzer) – ecolex 2016, 122 (Fritzer) = NZ 2016/43 S 133 (Hoyer) – NZ 2016, 133 (Hoyer) = wobl 2016, 239/88 – wobl 2016/88.

<sup>674</sup> Die Verbücherung wurde auch in folgenden Entscheidungen bewilligt: OGH 30.10.2015, 5 Ob 167/15t = Zak 2016/21 S 15 – Zak 2016, 15 = NZ 2016/84 S 253 – NZ 2016, 253; OGH 30.10.2015, 5 Ob 181/15a = wobl 2017, 28/11 – wobl 2017/11; OGH 30.10.2015, 5 Ob 184/15t = EvBl-LS 2016/11 = Jus-Extra OGH-Z 5911; OGH 19.06.2015, 5 Ob 82/15t = Zak 2015/594 S 335 – Zak 2015, 335 = immolex-LS 2015/67 = RZ 2015, 269 EÜ191 – RZ 2015 EÜ191 = ecolex 2015/452 S 1051 (Benes) – ecolex 2015, 1051 (Benes) = ecolex 2016/39 S 122 (Fritzer) – ecolex 2016, 122 (Fritzer) = NZ 2016/43 S 133 (Hoyer) – NZ 2016, 133 (Hoyer) = wobl 2016, 239/88 – wobl 2016/88; OGH 24.03.2015; 5 Ob 227/14l = Zak 2015/491 S 274 – Zak 2015, 274 = EvBl-LS 2015/126 = RdW 2015/480 S 555 – RdW 2015, 555 = wobl 2015, 326/136 (Bittner) – wobl 2015/136 (Bittner) = AnwBl 2015, 515 = ecolex 2015/318 S 764 – ecolex 2015, 764.

<sup>675</sup> OGH 25.01.2016, 5 Ob 172/15 b = Zak 2016/98 S 53 – Zak 2016, 53 = Jus-Extra OGH-Z 6000.

Aus den Entscheidungsbegründungen von 5 Ob 82/15 t und 5 Ob 172/15 b lässt sich der Unterschied der Sachverhalte leider nicht genau ableiten. Ich finde aber, dass diese beiden Entscheidungen sehr gut die Kasuistik der Rsp in dieser Frage darstellen.

In den die Grundbuchseintragung bewilligenden Entscheidungen betont der OGH stets, dass sich im Grundbuchsverfahren „der „Nachweis“ der Übergabe, ..., in mehr oder weniger ausführlichen Urkundenfloskeln“ erschöpfe.<sup>676</sup> Dabei muss man aber auch auf den genauen Wortlaut der Urkundenfloskel achten. In 5 Ob 192/14t<sup>677</sup> hielt der OGH fest, dass die Floskel, der zufolge die Übergabe mit Unterschrift erfolge, nicht ausreiche, da der urkundliche Nachweis zu erbringen sei, dass die Übergabe bereits erfolgt sei. Außerdem muss die Urkundenfloskel laut 5 Ob 77/16 h<sup>678</sup> zumindest vom Geschenkgeber unterschrieben sein. Ein Nachreichen der Urkundenfloskel durch den Vertragsrichter im Vollmachtsnamen, insbesondere nach dem Tod des Geschenkgebers, reicht jedoch nicht für eine Verbücherung.

In 5 Ob 172/15 b<sup>679</sup> wurde ein Grundbuchsgesuch abgewiesen, indem dem Übergeber ein Wohnungsgebrauchsrecht samt dem Recht, Umbaumaßnahmen durchzuführen, eingeräumt wurde. Das Recht, die übergebene Wohnung nach Belieben umzubauen, würde den Übergeber nämlich in eine Position versetzen, die ansonsten nur dem Eigentümer zukomme.<sup>680</sup> Dies lege jedoch nahe, dass sich an der Stellung des Übergebers tatsächlich nichts ändern solle, weswegen auch der Verweis auf die bereits erfolgte Übergabe nicht ausreiche, um die Zweifel an einer tatsächlichen Übergabe zu entkräften. In 5 Ob 156/17 b<sup>681</sup> wurde ein Grundbuchsgesuch abgewiesen, dem eine Schenkungsvertrag zugrunde lag, in dem sich die Geschenkgeber ein weitgehendes Nutzungsrecht an der übergebenen Landwirtschaft

---

<sup>676</sup> OGH 24.03.2015, 5 Ob 227/14 i = Zak 2015/491 S 274 – Zak 2015, 274 = EvBl-LS 2015/126 = RdW 2015/480 S 555 – RdW 2015, 555 = wobl 2015, 326/136 (Bittner) – wobl 2015/136 (Bittner) = AnwBl 2015, 515 = ecolex 2015/318 S 764 – ecolex 2015, 764.

<sup>677</sup> OGH 16.12.2014, 5 Ob 192/14t = Zak 2015/233 S 134 – Zak 2015, 134 = ZLB 2015/35 S 77 – ZLB 2015, 77 = NZ 2015/135 S 414 – NZ 2015, 414.

<sup>678</sup> OGH 29.09.2016, 5 Ob 77/16 h = NZ 2017/120 S 334 – NZ 2017, 334.

<sup>679</sup> OGH 25.09.2015, 5 Ob 172/15 b = Zak 2016/22 S 16 – Zak 2016, 16 = immolex 2016/20 S 58 (Cerha) – immolex 2016, 58 (Cerha) = NZ 2016/99 S 293 – NZ 2016, 293.

<sup>680</sup> Interessant ist hierbei, dass dem Übergeber lediglich ein Wohnungsgebrauchsrecht eingeräumt wurde. Er durfte die Wohnung zwar umbauen. Da ihm aber kein Fruchtgenussrecht eingeräumt war, durfte er die Wohnung insbesondere nicht vermieten. Insgesamt hatte der Übergeber daher deutlich weniger Verfügungsgewalt, als wenn man ihm ein Fruchtgenussrecht ohne das Recht zu Baumaßnahmen eingeräumt hätte.

<sup>681</sup> OGH 23.10.2017, 5 Ob 156/17 b = immolex 2018/104 S 301 (Cerha) – immolex 2018, 301 (Cerha).

zurückbehalten. Auch der Umstand, dass der Übergeber weiterhin die verbrauchsabhängigen Kosten weiterhin tragen muss und sämtliche Fahrnisse und Einrichtungsgegenstände im übergeben Einfamilienhaus belassen darf, begründeten ausreichende Zweifel an der Urkunde, die eine Abweisung des Grundbuchsgesuchs rechtfertigen.<sup>682</sup>

Aus den vorstehenden grundbuchsrechtlichen Entscheidungen lassen sich meiner Meinung folgende Schlüsse ziehen:

1. Die Judikatur ist sehr kasuistisch und hilft der juristischen Praxis eigentlich kaum weiter.<sup>683</sup>
2. Bei einem Schenkungsvertrag mit einem „normalen“ Wohnungsrecht ist eine Verbücherung jedoch eher durchzuführen.
3. Behält sich der Geschenkgeber irgendwelche Sonderrechte zusätzlich zum Wohnungsgebrauchsrecht vor, ist eine Abweisung wahrscheinlich.

Entscheidend ist jedoch, dass der OGH in sämtlichen Entscheidungen betont, dass das Grundbuchsverfahren ein reines Urkundenverfahren ist.

### 13.5. EXKURS: LÖSCHUNGSKLAGE

Kommt es aufgrund eines materiell-rechtlich ungültigen Titels zu einer Grundbucheintragung, kann der dadurch Beschwerte die Löschungsklage nach den §§ 61 ff GBG erheben.<sup>684</sup> Dabei wird die Löschungsklage auch in analoger Anwendung auf Superädifikate angewandt.<sup>685</sup>

Gerade die Theorie vom dreiaktigen Eigentumserwerb bietet daher den Vorteil, dass der Geschenkgeber die geschenkte Sache mittels Löschungsklage herausverlangen kann. Dies rechtfertigt laut *Dehn* auch eine lockere Spruchpraxis bei der

---

<sup>682</sup> OGH 18.05.2016, 5 Ob 76/16m = Zak 2016/399 S 214 – Zak 2016, 214 = bbl 2016, 211/201 – bbl 2016/201.

<sup>683</sup> Dies kritisieren auch *Giller/Binder*, EF-Z 2015, 153 (155).

<sup>684</sup> *Welser/Kletečka*, Bürgerliches I<sup>15</sup> Rz 1145.

<sup>685</sup> *Kodek in Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 61 GBG (Stand 1.9.2016) Rz 5.

Verbücherung.<sup>686</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit die Möglichkeit der Löschungsklage tatsächlich einen ausreichenden Schutz für den Geschenkgeber darstellt. Dies scheint aus mehreren Gründen zweifelhaft.

Anders als das Eigentum an der Liegenschaft verjährt die Möglichkeit der Erhebung einer Löschungsklage grundsätzlich nach 30 Jahren.<sup>687</sup> Zwar gibt es teilweise Entscheidungen, die eine Verjährungshemmung sehen, solange der in seinen grundbücherlichen Rechten Verletzte Besitzer der Sache ist, diesen ist jedoch nicht zu folgen.<sup>688</sup> Greift der Geschenkgeber nach Verbücherung die Nichtigkeit des Schenkungsvertrag daher nicht auf, verjährt die Möglichkeit der Rückabwicklung jedenfalls nach dreißig Jahren. Kommt es jedoch von allem Anfang an zu keiner Verbücherung, bleibt der Geschenkgeber Eigentümer. Dieses Ergebnis kann insbesondere nicht durch eine Ersitzung des Geschenknehmers gerechtfertigt werden, da dieser mangels Übergabe keinen echten Besitz ausübt.

Deutlich drastischer sind die Nachteile einer Verbücherung jedoch, wenn der Geschenknehmer die Liegenschaft zwischenzeitig an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert hat. Die Gutgläubigkeit des Erwerbers ist dabei jedenfalls ab Anmerkung der Löschungsklage auszuschließen (§ 61 Abs 2 GBG).<sup>689</sup> In diesem Fall gelten die kurzen Verjährungsfristen des § 63 GBG. Demnach hat der Geschenkgeber innerhalb der Rekursfrist des § 123 GBG ab Zustellung des Grundbuchsbeschlusses die Löschungsklage einzubringen. Meistens wird dem Geschenkgeber, der in dieser Konstellation ja nicht mehr als Eigentümer im Grundbuch aufscheint, der Beschluss jedoch nicht zugestellt. Auch in diesem Fall verjährt das Recht auf Erhebung der Löschungsklage gegen den Dritten im Interesse der Rechtssicherheit bereits nach drei Jahren.<sup>690</sup>

Aus praktischer Sicht werden daher das häufig vereinbarte Belastungs- und Veräußerungsverbot eine entscheidende Rolle spielen, da es die Veräußerung an einen Dritten verhindert.

---

<sup>686</sup> Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 62.

<sup>687</sup> Siehe RS 0105993.

<sup>688</sup> Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 62 GBG ((Stand 1.9.2016) Rz 3.

<sup>689</sup> Rassi, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 5.143.

<sup>690</sup> Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 64 GBG ((Stand 1.9.2016) Rz 1.

Letztlich bewirkt die Verbücherung aber auch, dass der Geschenkgeber zu einer aktiven Prozessführung samt Prozesskostenrisiko gezwungen wird. Gerade davor wird er jedoch aus mehreren Gründen zurückschrecken. Zum einen erweckt für die allermeisten Menschen der Grundbuchsbeschluss den Anschein, als sei der Vertrag vom Gericht geprüft und anerkannt worden. Dies ist umso mehr bei den meist betagten Geschenkgebern anzunehmen, die häufig davor zurückschrecken, eine Klage einzubringen. In diesem Sinn erscheint auch die Kritik von *Bittner* gerechtfertigt.<sup>691</sup>

Aus den vorgenannten Gründen überzeugt die Ansicht *Dehns* nicht, die davon ausgeht, der Geschenkgeber sei trotz Verbücherung durch die Löschungsklage ausreichend geschützt.

### 13.6. EXKURS: PRÜFPFLICHT DES GRUNDBUCHSFÜHRERS UND MATERIELLES PUBLIZITÄTSPRINZIP

Wie aus der vorstehenden Judikatur ersichtlich gibt es einen grundlegenden Unterschied zwischen den streitigen Verfahren auf Löschung einer Eintragung und den grundbuchsrechtlichen Eintragungsverfahren. Der Hintergrund für diese unterschiedlichen Entscheidungen liegt in der beschränkten Kognitionsbefugnis des Grundbuchsführers.

Grundsätzlich hat das Grundbuchsgericht gemäß § 94 das Gesuch zwar genau zu prüfen und darf die Eintragung nur dann vornehmen, wenn die vorgelegte Urkunde die nötige Form aufweist. Aber anders als im streitigen Verfahren hat der Grundbuchsführer die materielle Rechtslage eben nicht von Amts wegen in alle Richtungen zu prüfen.<sup>692</sup> Somit ist das österreichische Grundbuchsverfahren ein reines Akten- und Urkundenverfahren.<sup>693</sup> Zu prüfen ist daher lediglich, ob sich aus dem Antrag, dem Grundbuchsstand oder den vorgelegten Urkunden Eintragungshindernisse ergeben.<sup>694</sup> Der Grundbuchsführer darf daher das Vorliegen einer wirklichen

---

<sup>691</sup> *Bittner* in *GedS Hofmeister* 77.

<sup>692</sup> *Rassi*, *Grundbuchsrecht*<sup>3</sup> Rz 5.11.

<sup>693</sup> *Kodek* in *Kodek*, *Grundbuchsrecht*<sup>2</sup> § 94 GBG (Stand 1.9.2016, rdb.at), Rz 2.

<sup>694</sup> *Rechberger/Bittner*, *Grundbuchsrecht*<sup>2</sup>, Rz 209.

Übergabe nur anhand der vorgelegten Urkunden prüfen.<sup>695</sup> Ansonsten wären die das Recht suchenden Bürger subjektiven Vorstellungen einzelner Organwalter auf „Gedeih und Verderb ausgeliefert“, was mit rechtsstaatlichen Prinzipien nichts mehr gemein hätte.<sup>696</sup> Die Entscheidungen des OGH wollen daher dort, wo Einigkeit zwischen den Parteien besteht, dem Grundbuchsrichter die Möglichkeit nehmen, diesen Konsens zu stören.

Andererseits sieht das materielle Publizitätsprinzip vor, dass jedermann auf die Richtigkeit des Grundbuches vertrauen darf. Dies setzt aber auch voraus, dass die Eintragungen im Grundbuch sowohl richtig als auch vollständig sind.<sup>697</sup> Das Grundbuch kann nämlich nur dann funktionieren, wenn sich der Redliche auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches verlassen kann.<sup>698</sup> Vor diesem Hintergrund normiert § 94 GBG bestimmte Prüfpflichten des Grundbuchsführers, welcher beispielsweise zu prüfen hat, ob die Grundbuchsurkunde in der richtigen Form errichtet wurde. § 26 GBG sieht auch vor, dass das Grundbuchsgericht nur jene Eintragungen bewilligen darf, die sich auf einen formgültigen Titel berufen. Formmängel sind daher von Amts wegen wahrzunehmen.<sup>699</sup>

Damit ist das Spannungsverhältnis aufgemacht, in dem sich die Prüfpflicht des Grundbuchsführers befindet. Einerseits darf er nicht zu weit prüfen, um nicht als „Verhinderungsinstanz“ dort Probleme zu schaffen, wo zwischen den Parteien Einigkeit besteht, andererseits muss er aber so genau prüfen, dass das Vertrauen auf das Grundbuch gewahrt bleibt. Ich möchte dies am folgenden Beispiel deutlich machen.

*Der Geschenkgeber schenkt seine Liegenschaft an den Geschenknehmer. Im Schenkungsvertrag findet sich kein zurückbehaltenes Nutzungsrecht. Verweigert der Grundbuchsführer die Einverleibung, werden sich die Parteien beschweren, dass sie hierdurch in unzulässiger Weise in ihrer Privatautonomie eingeschränkt worden seien. Bewilligt er hingegen die Eintragung, kam es aber zu keiner tatsächlichen Übergabe, wird sich der gutgläubige Erwerber, der die Liegenschaft aufgrund der*

---

<sup>695</sup> Bittner in GedS Hofmeister 75.

<sup>696</sup> Hoyer, NZ 2016, 133.

<sup>697</sup> Siehe hierzu Rassi, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 2.9.

<sup>697</sup> Siehe hierzu Rassi, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 2.9.

<sup>698</sup> Bittner, Neuere Entwicklungen im Grundbuchsrecht, NZ 2102, 225 (226).

<sup>699</sup> Hagleitner in Kodek, Grundbuchsrecht<sup>2</sup>, § 26 GBG (Stand 1.9.2016, rdb.at), Rz 12.

*Löschungsklage des Geschenkgebers herausgeben muss, eine strenge Prüfpraxis des Grundbuchsgerichtes wünschen.*

Um das materielle Publizitätsprinzip zu wahren sollte der Grundbuchsführer das Spannungsverhältnis jedoch durch eine Abweisung des Grundbuchsgesuches lösen. Gerade in den hier beschriebenen Fällen, in denen sich der Übergeber in der Urkunde ein umfassendes Nutzungsrecht ausbedingt erscheint eine wirkliche Übergabe einfach zu unwahrscheinlich um das materielle Publizitätsprinzip zu opfern.

## 14. ZUSAMMENFASSUNG UND EIGENE ANSICHT

Die vorstehenden Entscheidungen lassen sich am besten nach dem Verfahren unterscheiden, in dem sie erlassen wurden. Wählt man diesen Ansatz, fällt auf, dass in sämtlichen Entscheidungen mit unbeschränkter Kognitionsbefugnis des Gerichtes die wirkliche Übergabe geprüft wurde. Diese wurde mit Ausnahme von 2 Ob 94/14h auch stets verneint. Daher ist davon auszugehen, dass ein Judikaturumschwung stattgefunden hat. Dieser erscheint auch vor dem Hintergrund des ErbRÄG systematisch korrekt, da somit das Schutzniveau bei der Schenkung unter Lebenden ohne tatsächliche Übergabe an jenes einer Schenkung auf den Todesfall angepasst wurde.

Lediglich im Urkundenverfahren sind überwiegend Entscheidungen zu finden, die einen Übergabsvertrag in Form einer Privaturkunde zulassen. Aber auch hier gibt es strengere Entscheidungen.<sup>700</sup> Diese Kasuistik stellt jedoch einen untragbaren Zustand dar.<sup>701</sup>

Aus den vorstehenden Entscheidungen lässt sich auch der Wettstreit zwischen zwei- und dreiaktigem Eigentumserwerb ablesen, wobei beide Ansichten jeweils ihre Vor- und Nachteile haben.

### 14.1.1. DREIGLIEDRIGER EIGENTUMSERWERB

Der dreistufige Eigentumserwerb bietet den Vorteil, dass der Geschenkgeber den vom Gesetz gewünschten Übereilungsschutz erhält. Gibt es keine wirkliche Übergabe, ist der Vertrag nichtig, der Geschenkgeber bleibt Eigentümer. Diese Ansicht scheint primär in all jenen Fällen vorteilhaft, in denen weiterhin zwischen den Parteien Einigkeit besteht. Wo kein Kläger, da kein Richter!

Kommt es jedoch zum Konflikt zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer, scheint sich auch für den OGH die Interessenslage zu drehen. Liegt nämlich der

---

<sup>700</sup> Siehe hierzu insbesondere 5 Ob 172/15 b.

<sup>701</sup> So auch *Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 233.

Konsens im Streitfall nicht mehr vor, sollen sich die Gerichte die Sache genau anschauen und auch die Wahrheit feststellen. Wenn es dann keine wirkliche Übergabe gab, ist der Vertrag von den Gerichten als nichtig festzustellen.

Auch der Vorwurf, dass ein dreistufiger Eigentumserwerb dem ABGB fremd sei, lässt sich entkräften, wenn man § 1 Abs 1 lit d als *lex specialis* zu § 380 und § 431 sieht. Der zusätzliche Schritt zu Titel und Modus, die wirkliche Übergabe, rechtfertigt sich aus der besonderen Schutzwürdigkeit des Geschenkgebers, der keine Gegenleistung erhält. Durch die jüngsten Entscheidungen hat sich die Rsp nun auch im Rahmen eines verstärkten Senats gegen den zweiaktigen und für einen dreiaktigen Eigentumserwerb bei der Schenkung ausgesprochen. Insoweit scheint der OGH weitgehend der Ansicht *Dehns* zu folgen. Der Schulenstreit dürfte daher auf absehbare Zeit entschieden sein.

Ein großes Problem des dreigliedrigen Eigentumserwerbes ist aber, dass es zu unrichtigen Grundbucheintragungen kommen kann. Darunter leidet das materielle Publizitätsprinzip. Daher überzeugt auch die Ansicht *Dehns* nicht, dass es nicht Aufgabe der Rsp sei, auf die irriige Annahme des Geschenkgebers, er könne die Einverleibung nicht mehr rückgängig machen, zu reagieren.<sup>702</sup> Durch die fehlerhafte Eintragung leidet eben nicht nur der Geschenkgeber, sondern jeder, der auf die Richtigkeit des Grundbuches vertraut.

Ein weiterer Nachteil der Verbücherung eines solchen Schenkungsvertrages liegt auch darin, dass der Geschenkgeber in eine offensive Lage gezwungen wird. Er muss auf die Löschungsklage einbringen und trägt ein Prozessrisiko. Von besonderem Nachteil ist diese Lösung, wenn die Liegenschaft inzwischen weiterveräußert wurde. In diesem Fall kollidieren die schutzwürdigen Interessen des übervorteilten Geschenkgebers mit denen des gutgläubigen Erwerbers. Da dieses Problem keineswegs einmalig ist, trifft das Gesetz mit den drei Schreijahren eine grundsätzlich akzeptable Entscheidung. Die Kombination aus Verbücherung und gutgläubigem Erwerb des Dritten benachteiligt aber den Geschenkgeber.

---

<sup>702</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 62.

### 14.1.2. ZWEIGLIEDRIGER EIGENTUMSERWERB

In dieser Hinsicht weist der zweigliedrige Eigentumserwerb der älteren Judikatur und eines Teiles der Lehre einen großen Vorteil auf. Die weitgehende Heilung des Formmangels führt dazu, dass die Eintragungen im Grundbuch stets zuverlässig sind.

Die Meinungen von *Binder*, *Schauer*, *Fritzer* und *Liedermann* stehen aber eben auch im Widerspruch zum Übereilungsschutz. Außerdem käme man zu dem Ergebnis, dass der Geschenkgeber durch eine Urkundenfloskel in die Lage versetzt wird, auf die Einhaltung der Notariatsaktsform zu verzichten. Dies widerspräche jedoch wiederum JBl 1954, 489. Letztlich widerspräche es auch der Definition der wirklichen Übergabe als eines sinnfälligen, nach außen hin bemerkbaren Aktes, aus dem der ernstliche Wille des Geschenkgebers bezeugt wird, das Objekt sofort aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Geschenknehmers zu übertragen.<sup>703</sup> Insbesondere stellen nach der Rsp weder Intabulationsantrag noch Einverleibung eine wirkliche Übergabe dar.<sup>704</sup>

Die Ansicht *Liedermanns* ist auch deshalb abzulehnen, da sie dem klaren Wortlaut des § 1 NotAkteG widerspricht und dann, um das Auslegungsergebnis zu retten, eine teleologische Reduktion des § 26 GBG fordert. Dies erscheint mir methodisch zu gewagt.<sup>705</sup>

Aber auch *Fritzers* Abstellen auf das Grundbuchsgesuch hat dabei besonders wenig Warnfunktion, zumal die Vollmacht für dieses Gesuch in der Titellurkunde selbst abgegeben werden kann. Gerade in diesen Fällen wird man aber gerade kein aktives Tun des Geschenkgebers sehen können, aus dem sich der Wille ableiten lässt, die geschenkte Sache aus der Hand zu geben.<sup>706</sup> Somit entzieht die Auslegung *Fritzers* dem Formgebot nahezu seinen gesamten Anwendungsbereich. Andererseits wird man ihr sicherlich Recht geben müssen, dass ein Geschenkgeber der das Grundbuchsgesuch selbst bei Gericht nach § 83 GBG zu Protokoll gibt, jedenfalls eine tatsächliche Übergabe setzt. Somit liegt, wie es *Dehn* richtig erkannt hat, ein

---

<sup>703</sup> OGH Plenissimarbeschluss vom 20.06.1899, Nr 20 GIUNF 650 = JB 142.

<sup>704</sup> Siehe hierzu auch *Liedermann*, NZ 2011, 329.

<sup>705</sup> Siehe *Liedermann*, NZ 2011, 330.

<sup>706</sup> Zudem ist zu bedenken, dass der OGH bereits in 2 Ob 94/14h die Vollmachtserteilung an einen Rechtsanwalt als wirkliche Übergabe abgelehnt hat

formgerechter Schenkungsvertrag mit tatsächlicher Übergabe vor. Allerdings stellt sich die Frage, wie oft dies tatsächlich geschehen wird.

### 14.1.3. EIGENE ANSICHT

Ich halte den dreigliedrigen Eigentumserwerb bei der Schenkung grundsätzlich für die überzeugendere Lösung. Dabei sollte man jedoch den beachtlichen Vorteil der zweiaktigen Theorie nicht vergessen: Sie schafft Rechtssicherheit! Was im Grundbuch eingetragen ist, gilt; und jeder kann sich auf die Richtigkeit des Grundbuches verlassen.

Daher sollte die Rechtsprechung, um das materielle Publizitätsprinzip und die Rechte des Geschenkgebers zu wahren, eine schärfere Spruchpraxis im Grundbuchverfahren einhalten.

Um das materielle Publizitätsprinzip und die Rechte des Geschenkgebers zu bewahren, sollte daher in jenen Fällen, aus denen sich bereits aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergibt, dass es keine tatsächliche Übergabe gab, die Untersuchungsbefugnis des Grundbuchsführers ausgeweitet werden. Spricht nämlich schon die allgemeine Lebenserfahrung gegen eine wirkliche Übergabe, sollte der Grundbuchsführer verpflichtet sein, das Grundbuchsgesuch nach § 94 Abs 1 Z 4 GBG abzuweisen. Gegen eine wirkliche Übergabe spricht die allgemeine Lebenserfahrung wohl dann, wenn dem Geschenkgeber an der gesamten Liegenschaft ein unbeschränktes Nutzungsrecht eingeräumt wird.

Diese Vorgehensweise ist zwar für den vertragserrichtenden Rechtsanwalt etwas ungünstig, da er die Verfahrensverzögerung den Parteien erklären muss. Wird derselbe Vertrag jedoch in weiterer Folge durch den gesetzlich geforderten Notariatsakt geheilt, haben Übergeber, Übernehmer und vor allem auch alle gutgläubigen Dritten die nötige Rechtssicherheit.

## 15. FOLGEN EINES NICHTIGEN ÜBERGABSVETRAGES

Wie soeben gezeigt, führt eine Schenkung ohne Übergabe und Notariatsakt zur Nichtigkeit des Vertrages. Solange es zu keiner Heilung kommt, kann der Geschenkgeber die geschenkte Sache zurückverlangen.

Dies hat jedoch weitreichende Konsequenzen. Denn auch Gläubiger, Erben und Pflichtteilsberechtigte könnten hierdurch Zugriff auf das geschenkte Gut erlangen. Es stellt sich aber die Frage, wer aller berechtigt ist, die Formnichtigkeit des Vertrages aufzugreifen. Diesbezüglich muss man wohl nach dem Normzweck des Formgebotes unterscheiden. Wie bereits dargestellt, liegt der Zweck des Notariatsaktes darin, den Geschenkgeber vor Übereilung zu bewahren, während dem Gläubigerschutz geringere Bedeutung zukommt.

Bei einer teilbaren Leistung stellt sich außerdem die Frage, inwieweit eine Teilnichtigkeit möglich ist.

### 15.1. ANFECHTUNGSBERECHTIGTE

Unter Berücksichtigung des Normzweckes des § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG ist auch für die Anfechtungsmöglichkeit zwischen dem Erben und einem Verlassenschaftskurator einerseits und Gläubigern, Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmern andererseits zu unterscheiden.

Der ruhende Nachlass und der Erbe sind jeweils Gesamtrechtsnachfolger des Erben. Daher treten sie in all seine Rechte und Pflichten ein. Der Übereilungsschutz, der zu Lebzeiten für den Erblasser gegolten hat, soll nach dessen Tod auch dem Nachlass bzw dem Erben zukommen. Demnach könnten sich der Erbe bzw der Verlassenschaftskurator auf die Formnichtigkeit des Schenkungsvertrages berufen, die Löschungsklage gegen den Geschenknehmer einbringen und somit die geschenkte Liegenschaft herausverlangen. Dies deutet auch der OGH in seiner Entscheidung 2 Ob 13/18 b an, in der er festhält, dass der Vertrag angefochten werden kann und

dass Verfahrensparteien die Verlassenschaft einerseits und der Erwerber andererseits seien. Sollte einer der Erben der Geschenknehmer sein, wird dieser kein Interesse an der Rückabwicklung der Schenkung haben. Allerdings üben die Erben die Verwaltung und Vertretung des Nachlasses nach § 810 stets gemeinsam aus. Sollte daher zwischen den Erben Uneinigkeit über die Rückforderung der Schenkung bestehen, hat das Verlassenschaftsgericht gemäß § 173 AußStrG einen Verlassenschaftskurator zu bestellen<sup>707</sup>, welcher dann gegen den Geschenknehmer vorgehen kann.

Aus Sicht der Vertragserrichtung sollte daher bei Nichtaufnahme eines Notariatsaktes jedenfalls der Geschenknehmer zum Alleinerben eingesetzt werden.

Anders sieht die Lage jedoch für die Pflichtteilsberechtigten aus, da sie weder Gesamtrechtsnachfolger noch Normadressat des Übereilungsschutzes sind. Daher kann der Pflichtteilsberechtigte den Vertrag auch nicht wegen Formnichtigkeit anfechten.<sup>708</sup> Er wird aber sehr wohl behaupten können, dass dies der Erblasser ja zu Lebzeiten jederzeit hätte tun können und dass er daher das Vermögensopfer nach § 781 nicht wirklich erbracht hätte. Dies scheint der OGH in 2 Ob 195/19v leider nicht ausreichend zu berücksichtigen. In der hier vertretenen Ansicht könnte der Pflichtteilsberechtigte jedenfalls verhindern, dass die Zweijahresfrist der Schenkungsanrechnung ausgelöst wird. Im Endergebnis kommt der Pflichtteilsberechtigte damit zu einem für ihn zufriedenstellenden Ergebnis.

Der Vermächtnisnehmer andererseits kann die Schenkung jedenfalls nicht anfechten, zumal er weder vom Schutzzweck des Übereilungsschutzes umfasst ist noch Gesamtrechtsnachfolger des Geschenkgebers ist. Dies erscheint insbesondere insofern wertungsmäßig gerechtfertigt, als der Geschenkgeber ja auch zu Lebzeiten das Vermächtnis jederzeit hätte widerrufen können und der Geschenknehmer somit nicht schutzwürdig erscheint.

Wieder anders sieht die Lage für einen Gläubiger oder Masseverwalter aus. Da dem Gläubiger der Übereilungsschutz nicht zugutekommt, kann er sich auch nicht den Anfechtungsanspruch des Geschenkgebers übertragen lassen. Auch aus dem Nebenzweck des Gläubigerschutzes lässt sich für den Gläubiger weniger gewinnen.

---

<sup>707</sup> Verweijen, Verlassenschaftsverfahren<sup>2</sup> 198; Spruzina in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 810 (Stand 1.1.2017, rdb.at), Rz 9.

<sup>708</sup> So auch OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v.

Dieser Schutzzweck soll den Gläubiger ja vor erfundenen Verträgen schützen.<sup>709</sup> Ein im Grundbuch durchgeführter und beglaubigt unterschriebener Schenkungsvertrag kann aber wohl nie erfunden sein. Dem Gläubiger kommen daher nur die Anfechtungsmöglichkeiten der AnfO zu.

*Hat der Geschenkgeber die Liegenschaft bereits mehr als zwei Jahre vor der finanziellen Krise verschenkt, kann sich der Gläubiger nicht an der geschenkten Sache befriedigen (§ 3 AnfO).*

Anders sieht die Situation wiederum in der Insolvenz des Geschenkgebers oder dessen Verlassenschaft aus. In diesem Fall greift § 29 IO, dem zufolge Schenkungen des Schuldners, die in den letzten zwei Jahren vor Insolvenzeröffnung gemacht wurden, vom Masseverwalter angefochten werden können. Wie bereits gezeigt, kann sich der Geschenkgeber jederzeit auf die Nichtigkeit des Schenkungsvertrages berufen. Damit stellt sich die Frage, wann die zweijährige Anfechtungsfrist beginnt.

In 3 Ob 24/18b<sup>710</sup> hatte sich der OGH mit der Anfechtung einer widerruflichen Lebensversicherung auseinanderzusetzen. Dabei hielt er fest, dass eine widerrufliche Lebensversicherung grundsätzlich der Anfechtung unterliegt. Da sich der Geschenkgeber aber jederzeit auf die Nichtigkeit des Schenkungsvertrages berufen kann, stellt dies eine mit einem Widerrufsrecht vergleichbare Situation dar. Für diese Ansicht spricht auch, dass § 1 Abs 1 lit d NotAktG, wenn auch in untergeordnetem Ausmaß, dem Schutz von Gläubigerinteressen dient. Daher ist davon auszugehen, dass auch der für den Geschenkgeber oder dessen Verlassenschaft bestellte Masseverwalter die Nichtigkeit der Schenkung aufgreifen kann.

## 15.2. GESAMT- ODER TEILNICHTIGKEIT

Verstößt ein Schenkungsvertrag über mehrere trennbare Sachen gegen die vorgeschriebene Form, stellt sich die Frage, ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit vorliegt.<sup>711</sup> Entscheidet man sich für die Gesamtnichtigkeit, bedeutet dies, dass der Vertrag als

---

<sup>709</sup> Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 1 NotAktG, Rz 14.

<sup>710</sup> OGH 25.04. 2018, 3 Ob 24/18b.

<sup>711</sup> *Illedits*, Teilnichtigkeit 21.

Ganzes nichtig ist, wenn nur irgendeiner seiner Teile an Nichtigkeit leidet. Die Teilnichtigkeit hingegen isoliert die Nichtigkeit auf diesen Vertragsbestandteil.<sup>712</sup> Dabei hängt die Frage der Restgültigkeit des Vertrages vom Normzweck ab, wobei aber der Restgültigkeit grundsätzlich der Vorzug zu geben ist.<sup>713</sup>

In einem ersten Schritt könnte man nun zu der Ansicht gelangen, dass das Nutzungsrecht der wirklichen Übergabe widerspreche, da aber primär von Teilnichtigkeit auszugehen sei, sei lediglich das Nutzungsrecht teilnichtig, der Rest der Schenkungsvertrag aber gültig, sodass der Geschenknehmer jederzeit lastenfreie Erfüllung verlangen könnte. Diese Auslegung widerspräche jedoch offenkundig dem Normzweck des Übereilungsschutzes. Die Teilnichtigkeitsanktion darf nicht zu einer Schlechterstellung des Geschenkgebers führen, als bei Gültigkeit des Vertrages. Besteht das Nutzungsrecht daher am gesamten Schenkungsobjekt, ist jedenfalls Gesamtnichtigkeit anzunehmen.

Interessant sind daher jene Fälle, in denen sich das Nutzungsrecht nicht auf das gesamte Schenkungsobjekt bezieht.<sup>714</sup> Gesamtnichtigkeit soll dabei dann eintreten, wenn die einzelnen Vertragselemente so verbunden sind, dass sie entweder nicht getrennt werden können oder nach der Parteiabsicht getrennt werden sollen.<sup>715</sup>

Werden also mehrere Liegenschaften übergeben, das Nutzungsrecht aber nur an einer Liegenschaft zurückbehalten, stellt sich die Frage, ob beide Liegenschaften eine einheitliche oder gemeinsame Leistung darstellen. Dies ist eine Frage des Einzelfalles, welche von der Parteiabsicht, aber auch von den tatsächlichen Gegebenheiten abhängt. Man wird daher unterscheiden müssen, ob die Liegenschaften wirtschaftlich getrennt sind oder beispielsweise Teil eines landwirtschaftlichen Betriebs sind.

Anders ist der Fall gelagert, wenn lediglich eine Liegenschaft übergeben wird, das Nutzungsrecht aber nur an bestimmten Teilen besteht. Dabei ist grundsätzlich primär zu fragen, ob eine wirkliche Übergabe im Sinne des § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG stattge-

---

<sup>712</sup> Mayer-Maly, Über die Teilnichtigkeit, in Gschnitzer-GedS (1969), 266.

<sup>713</sup> Siehe hierzu OGH 26.11.1997, 9 ObA 2264/96y; zuletzt OGH 24.10.2018, 8 ObA 59/18m.

<sup>714</sup> Siehe etwa 9 Ob 149/04h, wo das Nutzungsrecht nur an einer Liegenschaft eingeräumt wurde.

<sup>715</sup> Mayer-Maly, Gschnitzer-GedS 267.

funden hat. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn das Wohnrecht des Geschenkgebers nur an bestimmten Räumen eingeräumt wird, die Geschenknehmer aber *aufgrund des Schenkungsvertrages* nunmehr den Rest des Hauses nützen dürfen. In diesem Fall liegt eine formgültige Schenkung vor, die Frage der Nichtigkeit stellt sich erst gar nicht. Bewohnten die Vertragsparteien das Haus jedoch bereits vor der Schenkung gemeinsam, liegt keine wirkliche Übergabe vor. Hier stellt sich die Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit. Damit stellt sich aber die Frage, worin Teilnichtigkeit bestehen soll. Keinesfalls kann sie die Nichtigkeit des Nutzungsrechtes des Geschenkgebers bedeuten.<sup>716</sup> Damit bleibt aber nur die Nichtigkeit der Eigentumseinräumung an den Geschenknehmer, was im Ergebnis mit der Gesamtnichtigkeit zusammenfällt. Somit könnte sich der Geschenkgeber auch bei einem beschränkten Nutzungsrecht auf die Nichtigkeit stützen und den gesamten Vertrag anfechten.

### 15.3. HAFTUNG DES VERTRAGSERRICHTERS

Gemäß § 9 RAO ist der Rechtsanwalt verpflichtet, die Rechte der Parteien mit Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Diese Norm konkretisiert dabei die allgemeinen Regeln zu den Pflichten des Auftragnehmers in § 1009 ff. Aus diesen Bestimmungen leiten sich umfassende Warn-, Aufklärungs-, Informations- und Verhütungspflichten ab.<sup>717</sup> Der Rechtsanwalt hat dabei stets den gefahrloseren Weg zu wählen und nicht eine risikoreiche Rechtskonstruktion.<sup>718</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn der Auftraggeber trotz ausreichender Belehrung auf der risikoreicheren Variante beharrt.<sup>719</sup> Die Beweislast dafür, dass der Schaden bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht eingetreten wäre, trifft dabei den Geschädigten.<sup>720</sup> Bei der Vertragsgestaltung ist insbesondere darauf zu achten, dass die erforderlichen Formerfordernisse eingehalten werden.<sup>721</sup>

---

<sup>716</sup> Siehe hierzu bereits oben.

<sup>717</sup> RS0112203.

<sup>718</sup> OGH 09.08.2011, 17 Ob 11/11h = MR 2011, 379 = *ecolex* 2012/196 S 472 – *ecolex* 2012, 472 = RZ 2012, 66 EÜ33 – RZ 2012 EÜ33 = SZ 2011/105 – Taxikomm/Teletaxi.

<sup>719</sup> OGH 19.09.2002, 3 Ob 35/02 x = RdW 2003, 257 = EFSlg 104.670.

<sup>720</sup> RS0022700.

<sup>721</sup> *Harrer in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> VI § 1300 Rz 24.

In 4 Ob 197/08m<sup>722</sup> hatte sich der OGH mit der Haftung des Vertragserrichters aus 9 Ob 149/04h auseinanderzusetzen. Dabei schuldete der Rechtsanwalt den Vertragsparteien einen wirksamen Vertrag. Dabei habe ihm bei gehöriger Sorgfalt bewusst sein müssen, dass er einen formunwirksamen Vertrag verfasst, was er auch den Parteien hätte mitteilen müssen. Er hätte sie insbesondere über die Möglichkeit einer Solennisierung belehren müssen. Nur durch diese Aufklärung über die Risiken einer Privaturkunde hätte die Vorgehensweise des Rechtsanwaltes gerechtfertigt sein können. Der Einwand, er habe auf eine Heilung durch Verbücherung gehofft, sei unzulässig, da sich bereits zuvor in der Lehre vermehrt kritische Stimmen hiergegen geäußert hätten und die Errichtung eines formnichtigen Vertrages mit der Hoffnung auf Heilung jedenfalls ein risikoreicherer Weg ist als die Errichtung eines von allem Anfang an formgültigen Vertrages. Daher hätte der Rechtsanwalt die Parteien auf die Nichtigkeit seines Vertrages und die damit verbundenen Risiken hinweisen müssen. Die Unterlassung dieser Belehrung stelle eine haftungsbegründende Pflichtverletzung des Rechtsanwaltes dar.

Der Schaden der Parteien sei durch einen Vergleich des Vermögens zwischen einem formgültigen und einem formungültigen Vertrag zu ermitteln. Dabei stellt die Frage, ob die Parteien auch einen Notariatsakt abgeschlossen hätten, eine erhebliche Tatsachenfrage dar. Diesbezüglich hätte die erste Instanz jedoch weitere Erhebungen treffen müssen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass der Rechtsanwalt in Hinblick auf die damalige Judikatur das Risiko, dass die Verbücherung die Formnichtigkeit nicht heilt, als gering hätte darstellen können.

Aus dieser Entscheidung lassen sich nun mehrere interessante Schlüsse ziehen. Wenig überraschend dürfte sein, dass ein Rechtsanwalt die Errichtung eines rechtsgültigen Vertrages schuldete. Interessanter dürfte aber sein, dass der Rechtsanwalt die Parteien über das Risiko einer Privaturkunde hätte belehren müssen. Er muss seinen Mandanten also sagen, dass sein eigener Vertrag an sich risikoreicher ist als der eines Notars. Die Aussage des OGH, dass der Rechtsanwalt dabei das Risiko einer unterbleibenden Heilung als gering darstellen durfte, wird jedoch im Sinne der vorstehenden Entscheidungen nicht mehr gegeben sein. Mittlerweile wird ein sorgfältiger Rechtsanwalt davon ausgehen können, dass die Verbücherung keine Erfüllung im Sinne des § 1432 darstellt. Er muss seinen Mandanten daher klar vor Augen führen,

---

<sup>722</sup> OGH 15.12.2008, 4 Ob 197/08m.

dass es eine ganz erhebliche Wahrscheinlichkeit gibt, dass der vom Rechtsanwalt errichtete Vertrag formnichtig ist.

Letztlich stellt sich die Frage, warum angenommen wird, dass ein Notariatsakt teurer ist. Sowohl Rechtsanwalt als auch Notare berechnen ihr Honorar in Anlehnung an den Liegenschaftswert anhand des NTG<sup>723</sup>. Der Rechtsanwalt wird daher wohl auch zu beweisen haben, dass die Errichtung durch einen Notar teurer gewesen wäre. Auch das Argument, dass die Aufnahme eines Notariatsaktes für die Parteien komplizierter gewesen sei, überzeugt nicht. Es wäre lediglich für den Rechtsanwalt unangenehm gewesen, ein Mandat auszulassen.

Letztlich bringt diese Entscheidung den Rechtsanwalt in eine unangenehme Situation. Um eine Haftung zu vermeiden, muss er seinen Mandanten erklären, dass er selbst ihnen bei einer Schenkung keine Rechtssicherheit bieten kann, sondern sie ernsthaft darüber nachdenken sollten, zu einem Notar zu gehen.

---

<sup>723</sup> Bundesgesetz vom 8. November 1973 über den Notariatstarif, BGBl. Nr. 576/1973.

## 16. HEILUNG DER FORMNICHTIGKEIT

Da die Rechtsfolgen eines nichtigen Übergabsvertrages wie gezeigt gravierend sind und diese Nichtigkeit auch nicht durch Verbücherung geheilt werden kann, stellt sich die Frage, wie eine Heilung ansonsten eintreten kann. Im Folgenden sollen exemplarisch drei Heilungsvarianten dargestellt werden: Solennisierung, Verzicht auf das Nutzungsrecht und gesondertes Einbringen eines Grundbuchgesuches.

### 16.1. SOLENNISIERUNG NACH § 54 NO

Bei der Solennisierung wird eine Privaturkunde durch Aufnahme eines Notariatsaktes bekräftigt. Dabei hat der Notar die Urkunde inhaltlich nach den §§ 34, 36, 52 und 53 zu prüfen. Dies bedeutet insbesondere, dass er die Geschäftsfähigkeit der Parteien zu überprüfen hat und ob diese den Vertrag auch wirklich verstanden haben. Die Solennisierung einer Privaturkunde ersetzt dann aber die Errichtung eines Notariatsaktes. Rechtsgeschäfte, die dem NotAKtsG unterliegen, können daher wirksam durch Solennisierung der darüber errichteten Privaturkunde abgeschlossen werden.<sup>724</sup> Andererseits kann aber aus einer Privaturkunde nicht auf Aufnahme eines Notariatsaktes geklagt werden.<sup>725</sup>

Die Parteien können natürlich auch einen eigentlichen Notariatsakt errichten, wobei in diesem Fall nicht wirklich von einer Heilung gesprochen werden kann.<sup>726</sup>

Sohin stellt die Solennisierung jedenfalls eine Möglichkeit der Heilung dar. Ist die Privaturkunde gemantelt, wurde der Geschenkgeber vor Übereilung geschützt und das Formerfordernis erfolgreich nachgeholt. Die Solennisierung stellt damit den sichersten Weg der Heilung dar.

---

<sup>724</sup> So bereits 4 Ob 197/08m.

<sup>725</sup> Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 54 NO, Rz 1.

<sup>726</sup> Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 96.

## 16.2. NACHTRÄGLICHE TATSÄCHLICHE ÜBERGABE

Eine andere Form der Heilung ist die nachträgliche wirkliche Übergabe im Sinne des § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG.<sup>727</sup> Sie bewirkt Erfüllung im Sinne des § 1432 und somit Heilung des anfänglich nichtigen Vertrages.

Da die Berufung auf die Formunwirksamkeit keinen Rechtsmissbrauch darstellt,<sup>728</sup> besteht zwischen Vertragsabschluss und wirklicher Übergabe keinerlei Erfüllungsverpflichtung des Geschenkgebers.<sup>729</sup> Bis dahin besteht sohin lediglich eine Naturalobligation, die nicht einklagbar, aber erfüllbar ist.<sup>730</sup> Für eine Übergabe ist im Sinne der Rsp erforderlich, dass die Sache mit Traditionswillen des Übergebers aus seiner physischen Verfügungsmacht in die des von einem gleichen Übernahmewillen beherrschten Übernehmers übergeht, wobei dieser Traditionswille noch im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sein muss.<sup>731</sup>

In jedem Fall sind daher der Auszug des geschäftsfähigen Geschenkgebers und die Übergabe an den Geschenknehmer eine wirkliche Übergabe im Sinne des § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG. Gleichbedeutend dürfte es sein, wenn der Geschenkgeber zu einem späteren Zeitpunkt eine beglaubigt unterfertigte Verzichts- und Löschungserklärung für das Nutzungsrecht unterschreibt.

Häufig wird der Geschenkgeber aber auch die geschenkte Liegenschaft verlassen, weil er aufgrund von Pflegebedürftigkeit in ein Alten- und Pflegeheim übersiedeln muss. In vielen Fällen wird der Grund hierfür in der Geschäftsunfähigkeit des Geschenkgebers liegen. Daher stellt sich die Frage, ob auch der Wegzug des geschäftsunfähigen Geschenkgebers eine wirkliche Übergabe bewirkt.

Da die Übergabe im Sinne der vorstehenden Judikatur verlangt, dass der Geschenkgeber im Zeitpunkt der Übergabe einen Traditionswillen hat, ist dies wohl zu verneinen.

---

<sup>727</sup> Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 96.

<sup>728</sup> Schubert in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 943 ABGB.

<sup>729</sup> Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden, 96.

<sup>730</sup> Welser/Kletečka, Bürgerliches I<sup>15</sup> Rz 585.

<sup>731</sup> OGH 07.03.1974, 6 Ob 6/74 = SZ 47/27.

Auch *Dehn* geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass die tatsächliche Übergabe freiwillig sein muss, was die Heilung durch Übergabe nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ausschließen dürfte.<sup>732</sup>

Erfolgt die Aufgabe des Nutzungsrechtes daher nur, weil der Geschenkgeber aufgrund seiner Demenz oder anderen kognitiven Beeinträchtigung auszieht, ist keine Heilung im Sinne des § 1432 anzunehmen.

### 16.3. GESONDERTE AUFSANDUNG

Eine dritte Möglichkeit der Heilung könnte darin liegen, dass der Geschenkgeber eine vom Vertrag unabhängige Aufsandungserklärung abgibt. Ich denke dabei an folgenden Sachverhalt:

*Geschenkgeber und Geschenknehmer unterfertigen einen Schenkungsvertrag, in welchem dem Geschenkgeber ein umfassendes Nutzungsrecht eingeräumt wird. Bestätigt der Geschenkgeber dann einige Zeit nach Vertragsabschluss seinen Schenkungswillen, indem er eine Aufsandungserklärung in beglaubigter Form unterschreibt, wird man darin eine wirkliche Übergabe sehen können. Die Nichtigkeit wäre daher geheilt. Gleichbedeutend dürfte es sein, wenn der Geschenkgeber zu einem späteren Zeitpunkt eine beglaubigt unterfertigte Verzichts- und Löschungserklärung für das Nutzungsrecht unterschreibt. Beide Akte setzen aber jedenfalls die Geschäftsfähigkeit des Geschenkgebers im Zeitpunkt der Unterschrift voraus.*

---

<sup>732</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, 218.

## 17. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE

1. Aufgrund der Übergangsbestimmung des § 1503 Abs 7 z 5 ist die alte Rechtslage, also jene vor dem ErbRÄG 2015, auch weiterhin auf alle Schenkungen auf den Todesfall anzuwenden, die vor dem 01.01.2017 abgeschlossen wurden. Somit stellt sich aber weiterhin die Frage der Einordnung der Schenkung auf den Todesfall, insbesondere, ob die Vertrags- oder Vermächtnistheorie zu gelten hat.
2. Bei der Fortwirkung des alten Rechtes für Altverträge ist zu unterscheiden: Während das alte Recht in Hinblick auf den Widerrufsverzicht und das freie Viertel weiter wirkt, unterliegt der Rest der Schenkung auf den Todesfall, etwa die Behandlung im Pflichtteilsrecht, der neuen Rechtslage.
3. Die überzeugenderen Argumente sprechen bei Schenkungen auf den Todesfall, die noch dem alten Recht unterliegt, für die Vertragslösung. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass die Schenkung zu Lebzeiten des Geschenkgabers nicht als *wirklich gemacht* gilt, sodass die Zweijahresfrist des § 782 nicht zu laufen beginnt. Somit ist eine Schenkung auf den Todesfall auch unter Heranziehung der Vertragstheorie unbefristet nach § 781 hinzuzurechnen.
4. Da nach der Übergangsbestimmung des § 1503 Abs 7 z 5 für Altverträge weiterhin die Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 anzuwenden ist, stellt sich die Frage, ob § 1253 analog anzuwenden ist. Aufgrund der fundamentalen Unterschiede zwischen dem Erbvertrag (Gesamtrechtsnachfolge und freie Verfügungsmöglichkeit zu Lebzeiten) und der Schenkung auf den Todesfall (Einzelrechtsnachfolge und Verfügungsverbot) kann jedoch eine planwidrige Lücke nicht angenommen werden. Auch die gesetzliche Normierung eines ausdrücklichen Widerrufsverzichts spricht gegen eine analoge Anwendung. Mangels einer planwidrigen Lücke sprechen somit die besseren Argumente gegen eine analoge Anwendung des freien Viertels auf Altverträge.

5. Fehlt einer Schenkung auf den Todesfall, welche vor dem 01.01.2017 geschlossen wurde, der ausdrückliche Widerrufsverzicht, ist diese weiterhin ungültig. Es kommt insbesondere nicht zu einer Rückwirkung der Erleichterung des § 603. Somit sind auf Altverträge auch weiterhin die Lehre und Rsp zur Zulässigkeit von Bedingungen heranzuziehen. Bedingungen, die am 01.01.2017 unzulässig waren, bleiben auch weiterhin unzulässig und machen die gesamte Schenkung auf den Todesfall ungültig.
6. Die Bestimmungen des § 725 über den vermuteten Widerruf von letztwilligen Verfügungen bei Wegfall der Angehörigenstellung sind nicht analog auf die Schenkung auf den Todesfall anzuwenden. Allenfalls stellt der Wegfall der Angehörigenstellung aber einen beachtlichen Motivirrtum oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage dar. Diese Anfechtungstatbestände stehen dem Geschenkgeber oder dessen Erben weiterhin offen.
7. Der Zweck der notariellen Form liegt vor allem im Übereilungsschutz und der Belehrung durch einen unparteiischen fachkundigen Juristen. Dies wird auch durch die erforderliche vollständige Verlesung erreicht. Der Zweck der notariellen Form liegt aber auch in der Beweisfunktion. Dabei kommt der Feststellung der Geschäftsfähigkeit der Parteien durch den Notar mehr denn je erhebliche Bedeutung zu.
8. Bei Schenkungen auf den Todesfall, die dem neuen Recht unterliegt, ist eine erweiterte Zulässigkeit von Bedingungen festzustellen. Hatte der ausdrückliche Widerrufsverzicht bisher auch den Zweck, den Geschenkgeber vor Übereilung zu schützen, liegt der Normzweck des Verbotes eines Widerrufsrechtes in der Unterscheidbarkeit zwischen der Schenkung auf den Todesfall und letztwilliger Verfügung. Bedingungen, die eine Schenkung auf den Todesfall von einem Vermächtnis ununterscheidbar machen, etwa reine Potestativbedingungen, sind daher auch weiterhin unzulässig. Bedingungen, die aber schon bisher zulässig waren, sind sicherlich auch nach dem neuen Recht weiterhin zulässig.

9. Liegt eine unklare Bedingung vor, die sich sowohl als unzulässiges Widerrufsrecht, aber auch als zulässige Bedingung auslegen lässt, ist sie primär so auszulegen, dass man zu einer zulässigen Bedingung gelangt.
10. Kommt man auch bei einer einschränkenden Interpretation der unzulässigen Bedingung zu dem Ergebnis, dass diese unzulässig ist, stellt sich die Frage, ob Teil oder Gesamtnichtigkeit vorliegt. Unterliegt die Schenkung auf den Todesfall dem alten Recht, fehlt somit eine materielle Gültigkeitsvoraussetzung, daher sprechen die besseren Argumente für eine Gesamtnichtigkeit. Unterliegt sie hingegen dem neuen Recht, ist primär Teilnichtigkeit anzunehmen, sodass die unzulässige Bedingung als nicht beigelegt gilt. Auf die Nichtigkeit der Bedingung kann sich jedoch nur der Geschenknehmer berufen. Dem Geschenkgeber steht jedoch allenfalls ein Schadenersatzanspruch gegen den Vertragserrichter wegen unzureichender Aufklärung zu.
11. Wie bisher ist auch nach dem ErbRÄG 2015 eine Überlebensbedingung zulässig.
12. Die Bedingung der Führung einer harmonischen Ehe ist primär gesetzeskonform auszulegen. Verhält sich der Geschenkgeber daher besonders unleidlich und erzwingt somit das Scheitern des Ehebandes, wird man zum Ergebnis gelangen, dass die Schenkung auf den Todesfall weiterhin aufrecht ist. Bietet die konkrete Bestimmung jedoch keinen ausreichenden Auslegungsspielraum, ist zwischen der alten und der neuen Rechtslage zu unterscheiden. Nach dem alten Recht fehlt der erforderliche Widerrufsverzicht, sodass die Schenkung auf den Todesfall ungültig ist. Nach dem neuen Recht liegt jedoch nur Teilnichtigkeit vor, sodass lediglich der Geschenknehmer die Schenkung auf den Todesfall anfechten kann.
13. Auch die Scheidung an sich kann als gültige Bedingung vereinbart werden, da die Schenkung immer noch von einem Vermächtnis unterscheidbar bleibt. Wenn der Geschenkgeber die Scheidung und damit den Bedingungseintritt will, ändert sich in seinen allgemeinen Lebensverhältnissen so viel, dass man in einer Gesamtbetrachtung nicht von einer mit einem Vermächtnis ver-

gleichbaren Widerruflichkeit ausgehen kann. Somit liegt keine Potestativbedingung vor, weswegen eine derartige Bedingung zulässig sein müsste. Zusätzlich wird man sich in Extremfällen noch mit dem Institut des Rechtsmissbrauches behelfen können.

14. Es kann sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Recht eine auflösende Bedingung der Pflegebedürftigkeit des Geschenkgebers vereinbart werden.
15. Bei der aufschiebenden Bedingung der Geburt von Kindern ist sowohl nach den Beweggründen für die Bedingung, als auch nach dem Verhältnis zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer zu differenzieren. Zwischen Eltern und Kindern wird man eher von einem sittenwidrigen Beweggrund ausgehen können.
16. Hingegen halte ich eine derartige Bedingung, bei der der Schenkung auf den Todesfall eine Art Unterhaltscharakter zukommt, zwischen Ehegatten oder Lebensgefährten eher für zulässig, solange der Versorgungscharakter im Vordergrund steht. Will jedoch der Geschenkgeber den Geschenknehmer lediglich zur Zeugung von Kindern „überreden“ und überlagert dieses Argument den Versorgungscharakter, gehe ich von einer unzulässigen Bedingung aus, welche als nicht beiggesetzt gilt.
17. Die aufschiebende Bedingung der Zeugung von Kindern durch den Geschenknehmer stellt in den meisten Fällen eine sittenwidrige Bedingung dar, welche sowohl nach dem alten als auch nach der neuen Rechtslage Teilnichtigkeit zu Gunsten des Geschenknehmers bewirkt. Die auflösende Bedingung der Geburt von Kindern des Geschenkgebers wird jedoch zumindest nach der neuen Rechtslage zulässig sein. Einen Sonderfall stellen derartige Bedingungen zwischen Ehegatten dar. Hier wird man von einer erweiterten Zulässigkeit ausgehen können.
18. Mangels einer planwidrigen Lücke steht dem Geschenknehmer auf den Todesfall kein analoges außerordentliches Erbrecht der Legatäre nach § 749 zu.

19. Kommt es zu einer doppelten Schenkung auf den Todesfall über dieselbe Sache, werden beide Geschenknehmer anteilig gekürzt. Dies gilt jedoch nicht, wenn sich der erste Geschenknehmer bereits durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot abgesichert hat. In diesem Fall kommt ihm das materielle Publizitätsprinzip des Grundbuches zugute.
20. Die Frage, wie Vermögensminderungen seitens des Geschenkgebers zu behandeln sind, stellt eines der größten Probleme der Reform der Schenkung auf den Todesfall dar. Man wird aber die Wertung des Gesetzgebers, den Geschenkgeber stärker als den Geschenknehmer zu schützen, berücksichtigen müssen. Daher ist davon auszugehen, dass der Geschenkgeber weiterhin über das nicht geschenkte Vermögen verfügen kann. Stellt die Schenkung auf den Todesfall im Todeszeitpunkt mehr als  $\frac{3}{4}$  dar, kann es zu einer Kürzung der Schenkung kommen.
21. Das freie Viertel wird im Sinne der bisherigen Rechtsprechung gleich wie beim Erbvertrag zu behandeln sein. Daher gehen Pflichtteilsansprüche lediglich zu Lasten des Geschenknehmers.
22. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Geschenknehmer die gesamte geschenkte Sache zu erhalten hat, er hat lediglich ein Viertel des Wertes auszubehalten. Aus kautelarjuristischer Sicht empfiehlt sich jedoch eine Gütergemeinschaft, ein Vermächtnis oder ein Aufgriffsrecht.
23. Die Anwendung des § 1253 auf die Schenkung sollte de lege ferenda wieder verworfen werden, da sie einerseits dogmatische Unschärfen erzeugt, aber auch keinen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Geschenkgeber und Geschenknehmer schafft.
24. Grundsätzlich kann der Geschenknehmer eine Schenkung auf den Todesfall mit Aufsandungserklärung ohne weiteres Zutun verbüchern. Die geht insbesondere auch bei einem überschuldeten Nachlass. Besteht die Gefahr einer Gläubigerbeeinträchtigung, ist allenfalls ein Verlassenschaftsinsolvenzverfahren zu eröffnen oder rechtzeitig eine Rangordnungserklärung einzutragen.

25. Die Schenkung auf den Todesfall stellt im Sinne der EuErbVO einen Erbvertrag dar. Somit unterliegt sie dem Regelungsregime der EuErbVO und nicht der Rom I-VO, eine Rechtswahl ist daher nicht möglich.
26. Die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt eine Schenkung auf den Todesfall grundverkehrsbehördlich zu genehmigen ist, hängt primär von den jeweiligen Grundverkehrsgesetzen der Länder ab. Da die Schenkung auf den Todesfall einen Rechtserwerb unter Lebenden darstellt, wird man in den meisten Fällen von einer Genehmigungsbedürftigkeit ausgehen können.
27. Die Grunderwerbsteuer wird erst mit dem Tod des Geschenkgebers fällig.
28. Die unwiderrufliche Begünstigung in einer Er- und Ablebensversicherung stellt eine Schenkung auf den Todesfall dar. Daran ändern auch weder die Dreipersonalität des Versicherungsvertrages noch § 167 VersVG etwas. Wurde die Begünstigtenstellung nicht in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen, ist der Vertrag formnichtig. Die Leistung der Versicherung an den Begünstigten bewirkt auch keine Heilung durch Erfüllung nach § 1432. Die Leistung fällt in den Nachlass und ist in das Verlassenschaftsinventar aufzunehmen. Allenfalls kann sie der Nachlass auch vom Begünstigten kondizieren.
29. Es dürfte auch weiterhin strittig sein, ob lediglich die geleisteten Prämien oder die gesamte Versicherungsleistung der Hinzu- und Anrechnung unterliegen. Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, lediglich die bisher geleisteten Prämien dem Nachlass hinzuzurechnen.
30. Zwar wurde der Vermächtnisvertrag durch das ErbRÄG 2015 nunmehr ausdrücklich erwähnt, diese Anerkennung ändert jedoch wenig an der bestehenden Rechtsunsicherheit. Da der Vermächtnisvertrag zwischen der Schenkung auf den Todesfall und dem Erbvertrag liegt, unterliegt auch er der Formvorschrift eines Notariatsaktes. Außerdem ist im Sinne der Privatautonomie davon auszugehen, dass ein Vermächtnisvertrag auch zwischen Nichtehegatten abgeschlossen werden kann. Letztlich wird man jedoch auch davon

ausgehen müssen, dass derzeit die  $\frac{3}{4}$ -Grenze des § 1253 auch auf den Vermächtnisvertrag anzuwenden ist.

31. Der Übergabsvertrag stellt einen in der Praxis besonders häufigen Vertrag sui generis dar. Er weist sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Elemente auf. Nach der Einheitstheorie ist jedoch stets zu unterscheiden, ob der vorliegende Übergabsvertrag einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrag darstellt. Maßgeblich ist dabei die Parteienabsicht. Die Einordnung in ein entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft ist beispielsweise bei Leistungstörungen oder einer Irrtumsanfechtung wichtig.
32. Die Ausgleichzahlung des Übernehmers an weichende Erben stellt kein Einkommen des Übergebers dar. Somit wird beim Übergeber auch keine Immo-Est ausgelöst.
33. Für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche der weichenden Erben kann auch weiterhin das Anerbengesetz samt seines Übernahmepreises herangezogen werden. Allerdings wurde der Anwendungsbereich des Anerbengesetzes durch die jüngste Reform stark ausgeweitet. Nach der neuen Rechtslage genügt es bereits, wenn der Hof ausreicht, um eine erwachsene Person zu erhalten.
34. Die von der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, dass die wirkliche Übergabe ein sinnfälliger, nach außen hin bemerkbarer Akt ist, aus der der ernstliche Wille des Geschenkgebers hervorgeht, das Objekt aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Geschenknehmers zu übertragen, und dass „wirkliche Übergabe“ nichts anderes bedeutet als ein zum bloßen Schenkungsversprechen hinzutretender nach außen hin sichtbarer, sind weiterhin aufrecht. Ob eine wirkliche Übergabe vorliegt, ist daher anhand dieses Maßstabes zu beurteilen.
35. Ein Schenkungsvertrag muss daher entweder eine wirkliche Übergabe enthalten, in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen sein oder nach § 1432 geheilt sein, um unanfechtbar zu sein.

36. Bereits seit dem römischen Recht lassen sich Formvorschriften für Schenkungen ohne wirkliche Übergabe nachweisen. Diese wurden auch dem ABGB zugrunde gelegt. Sobald der Gesetzgeber jedoch mit dem Notariat einen geeigneten Übereilungsschutz zur Verfügung hatte, machte er davon Gebrauch.
37. Das Besitzkonstitut reicht entgegen vereinzelt Entscheidungen des OGH nicht aus, um eine wirkliche Übergabe im Sinne des § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG zu begründen, da sie dem Geschenkgeber das Vermögensopfer nicht ausreichend vor Augen führt.
38. Befindet sich die Sache in gemeinsamer Gewahrsame von Geschenkgeber und Geschenknehmer, genügt auch eine *traditio brevi manu* nicht als wirkliche Übergabe. Da bei gemeinsamer Gewahrsame Besitzkonstitut und *traditio brevi manu* ineinanderfallen, sind die beiden Übertragungsakte zu Lasten der *traditio brevi manu* gleich zu behandeln.
39. Anders wird sich die Sache verhalten, wenn durch die *traditio brevi manu* Alleingewahrsame des Geschenknehmers begründet wird. In diesem Fall verspürt der Geschenkgeber die Schenkung in einem für den Übereilungsschutz ausreichenden Ausmaß.
40. Erfüllung im Sinne des § 1432 liegt nur vor, wenn ein Akt gesetzt wurde, der dem Geschenkgeber den Vermögensverlust in einer der wirklichen Übergabe vergleichbaren Weise vor Augen führt. Daher ist die Erfüllung im Sinne des § 1432 nicht von der wirklichen Übergabe zu trennen.
41. In einem Verfahren mit unbeschränkter Kognitionsbefugnis ist davon auszugehen, dass er OGH gegen eine Heilung der Formnichtigkeit durch Verbüchierung entscheiden wird. Demnach könne das Eigentum des Geschenknehmers an der geschenkten Sache entweder vom Geschenkgeber, von dessen Verlassenschaft oder den Erben gelöscht werden. Die Liegenschaft ist jedenfalls in das Verlassenschaftsinventar aufzunehmen.

42. Kommt es zu besonderen Umständen, die die Vertragserrichtung in die Nähe eines Notariatsaktes rücken, etwa bei Errichtung des Schenkungsvertrages durch einen Notar, und setzt der Geschenkgeber einen besonderen Übergabeakt (z.B.: Schlüsselübergabe), wird man trotzdem von einem gültigen Schenkungsvertrag ausgehen können.
43. Im Grundbuchsverfahren, welches ein reines Urkundenverfahren darstellt, sind die Entscheidungen zur Verbücherung eines Schenkungsvertrages, der nicht in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen wurde, in dem sich der Geschenkgeber aber ein umfassendes Nutzungsrecht zurückbehält, überaus kasuistisch. In den meisten Fällen geht der OGH jedoch davon aus, dass der Grundbuchsführer die Verbücherung nicht ablehnen dürfe, solange sich die mehr oder wenige aussagekräftigen Urkundenfloskeln im Schenkungsvertrag befinden.
44. Die Löschungsklage nach den §§ 61 ff GBG bietet keine ausreichende Absicherung des Geschenkgebers, da sie einerseits gegen den gutgläubigen Dritten nur drei Jahre lang geltend gemacht werden kann, aber andererseits vom Geschenkgeber ein aktives Tun samt Prozesskostenrisiko verlangt, um sein Eigentum zurückzubekommen.
45. Die Prüfungspflicht des Grundbuchsführers steht in einem Spannungsverhältnis, er darf einerseits nicht zu genau prüfen, um nicht dort Probleme zu schaffen, wo zwischen den Parteien Einigkeit besteht, andererseits muss er aber so genau prüfen, dass das Vertrauen in das Grundbuch gewahrt bleibt. Ergeben sich jedoch bereits nach der allgemeinen Lebenserfahrung klare Anhaltspunkte dafür, dass es entgegen der Urkundenfloskel keine wirkliche Übergabe gab, sollte der Grundbuchsführer die Verbücherung ablehnen, um das materielle Publizitätsprinzip des Grundbuches zu wahren.
46. Liegen bei einem Schenkungsvertrag weder wirkliche Übergabe noch ein Notariatsakt vor und kam es auch zu keiner nachträglichen Erfüllung im Sinne des § 1432, ist der Vertrag nichtig und kann daher angefochten werden. Hin-

sichtlich der Anfechtungsberechtigung ist jedoch stets nach dem Normzweck zu unterscheiden. Der Geschenkgeber, aber auch dessen Nachlass bzw dessen Erben können die Nichtigkeit jedenfalls aufgreifen.

47. Der Vermächtnisnehmer und der Pflichtteilsberechtigte können sich nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen. Allerdings wird der Pflichtteilsberechtigte behaupten können, dass eine nichtige Schenkung vom Geschenkgeber zu Lebzeiten nicht „wirklich gemacht“ sei, sodass er über den Umweg der Hinzu- und Anrechnung zum selben Ergebnis gelangt wie bei einer Vertragsanfechtung.
48. Auch ein für den Geschenkgeber oder dessen Verlassenschaft bestellter Masseverwalter kann sich auf die Nichtigkeit des Schenkungsvertrag berufen und die Schenkung anfechten, da § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG auch den Zweck des Gläubigerschutzes mitumfasst.
49. Umfasst das zurückbehaltene Nutzungsrecht die gesamte Liegenschaft, liegt Gesamtnichtigkeit vor. Umfasst es jedoch nur eine von mehreren übergebenen Liegenschaften oder nur einen räumlich abgegrenzten Bereich, ist nach der jeweiligen Parteienabsicht zu ermitteln, ob eine teilbare oder unteilbare Leistung vorliegt.
50. Ein Rechtsanwalt oder Notar hat bei der Vertragserrichtung stets den sichersten Weg für seine Parteien zu wählen. Wenn er aus Kostengründen nicht den sichersten Weg geht, hat er die Parteien über die Risiken ausdrücklich zu belehren. Dabei wird er nach der Rechtsprechung auch nicht durch eine Hoffnung auf Heilung der Nichtigkeit nach § 1432 von seiner Haftung befreit. Die Vertragsparteien sind dabei so zu stellen, wie wenn der Vertrag formgültig abgeschlossen worden wäre. Demnach müsste der Vertragserrichter dem Geschenknehmer den Wert der geschenkten Sache ersetzen, wenn dem Geschenknehmer der Beweis gelingt, dass der Geschenkgeber auch einen Notariatsakt unterfertigt hätte.

51. Die Heilung des nichtigen Schenkungsvertrages kann insbesondere durch Solennisierung, nachträgliche wirkliche Übergabe oder eine gesonderte Aufsandung erreicht werden.
  
52. Der freiwillige Auszug des geschäftsfähigen Geschenkgebers aus der übergebenen Liegenschaft stellt eine wirkliche Erfüllung im Sinne des § 1432 dar, welcher nachträglich zu einer Heilung des Vertrages führt. Ist der Geschenkgeber jedoch im Zeitpunkt des Auszuges nicht mehr geschäftsfähig, tritt keine Heilung ein.