

# Die Form der Schenkung unter Lebenden

Was ist die wirkliche Übergabe wirklich?

von

**Mag. Dr. Marie-Therese Fritzer**  
Graz



Wien 2018

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
Glossar .....	XVII
Literaturverzeichnis .....	XXI
§ 1 Einleitung .....	1
A. Problemaufriss .....	1
B. Die Schenkung (§ 938 ABGB) .....	2
I. Der enge Schenkungsbegriff .....	2
II. Unentgeltlichkeit und Schenkungsabsicht .....	4
C. Form der Schenkung .....	4
I. Die notarielle Errichtung .....	5
II. Die wirkliche Übergabe .....	6
1. Begriffsverständnis der Rechtsprechung .....	7
2. Begriffliche Unsicherheiten .....	11
§ 2 Auslegung der „wirklichen Übergabe“ .....	12
A. Wortlautinterpretation – Der Sprachgebrauch um 1800 .....	12
I. Die Schenkung im römischen Recht .....	13
1. Schenkungsverbote .....	13
2. Formale Erfordernisse für verbindliche Schenkungen .....	15
3. Die <i>traditio</i> .....	17
II. Der Codex Theresianus (1766) .....	18
1. Schenkungsrecht .....	19
2. Die „wirkliche Übergabe“ .....	20
3. Vorgesehene Übergabearten .....	21
4. Zwischenergebnis .....	22
III. Der Entwurf Horten (1774) .....	23
1. Die „wirkliche Übergabe“ im Schenkungsrecht .....	23
2. Die „wirkliche Übergabe“ bei anderen Verträgen .....	23
3. Zwischenergebnis .....	24
IV. Einfluss des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten 1794? .....	25
1. Wirkliche Übergabe als Überbegriff .....	26
2. Schenkungsrecht .....	27
3. Zwischenergebnis .....	28
V. Der Entwurf Martini (1794), das Westgalizische Gesetzbuch (1797) und das ABGB (1811) .....	29
1. Von der Urfassung zum Wortlaut des heutigen § 943 ABGB .....	29
2. Würdigung und Rückschlüsse für das Begriffsverständnis .....	30
VI. Das NotaktsG 1871 .....	32
VII. Zusammenfassung .....	33
B. Die systematisch-logische Auslegung .....	34
I. Bedeutung der rechtlichen Übergabe (§ 425 ABGB) .....	35
1. Entwicklung vom Entwurf <i>Martini</i> zu den §§ 426 ff, 1392, 1444 ABGB ...	35
2. Akt zur Änderung der dinglichen Rechtslage .....	36
3. Die Gleichwertigkeit der Übergabearten am Beispiel der Doppelveräußerung .....	38

II. Der zweiaktige Eigentumserwerb – Die Lehre von <i>titulus</i> und <i>modus</i> .....	39
III. Abgrenzung zu den Realverträgen .....	40
1. Systematische Stellung .....	41
2. Übertragung des Eigentumsrechts versus Übertragung der Gewahrsame ..	41
3. Kein Titel und Vorvertrag versus formmangelhafter Titel und Naturalobligation .....	42
4. Ergebnis .....	43
IV. Die wirkliche Übergabe für andere Rechtsgeschäfte .....	44
1. Der Tauschvertrag .....	44
a) Erkenntnisse aus § 1045 ABGB .....	44
b) Materialien zu §§ 1048 ff ABGB .....	45
2. Der Kaufvertrag .....	45
3. Der Glücksspielvertrag .....	46
V. Ergebnis .....	46
C. Die subjektiv-teleologische und die objektiv-teleologische Auslegung .....	47
I. Bloß mitverwirklichte Zwecke .....	48
1. Beweissicherungszwecke .....	48
2. Rechtssicherheits- und Praktikabilitätzwecke .....	49
3. Verhinderung von Pflichtteilsverkürzungen .....	50
a) Formrichtigkeit iSd § 943 ABGB bzw § 1 Abs 1 lit d NotaktsG .....	50
b) Die „wirklich gemachte“ Schenkung iSd § 782 ABGB nF .....	51
c) Würdigung .....	53
II. Gläubigerschutz .....	54
1. Gläubigerschutz als Zweck der Schenkungsform? .....	54
a) Gläubigerschutz als Hauptzweck .....	54
b) Gläubigerschutz als bloßer Nebenzweck .....	55
c) Gläubigerschutz ablehnend .....	56
2. Abschließender Gläubigerschutz durch Spezialnormen .....	57
a) § 953 ABGB .....	57
b) Concursordnung 1868 (CO) .....	58
c) § 1 Abs 1 lit d NotaktsG 1871 .....	58
aa) Rechtsbestand im Jahr 1871 .....	58
bb) Materialien zu § 1 Abs 1 lit d NotaktsG .....	59
cc) Kein effektiver Gläubigerschutz .....	60
(1) Wahl zwischen Notariatsakt und wirklicher Übergabe .....	60
(2) Scheingeschäfte .....	61
(3) Unentgeltlicher Schulderlass .....	61
dd) Resümee .....	62
d) AnfO und IO .....	62
aa) Kostenrisiko .....	63
bb) Beweislast .....	63
3. Ergebnis .....	64
III. Übereilungsschutz .....	65
1. Wille des Gesetzgebers .....	65
2. Anpassungsbedürftiger Schutzzumfang? .....	67
a) Überblick .....	67
b) Kritische Analyse .....	68
3. Wirksame Mittel gegen Übereilung .....	70
a) Gewahrsamsverlust? .....	70
aa) Besser überlegte Übergabe mit Besitzkonstitut .....	70
bb) Keine gesetzliche Einschränkung auf die körperliche Übergabe .....	71
b) Zweiter rechtlich relevanter Akt .....	73

aa) Sicht des Geschenkgebers .....	73
bb) Sicht des Beschenkten .....	74
cc) Schutzobjekt: übereiltes Versprechen – nicht übereilte Übergabe ..	74
dd) Zwei – auch zeitlich – getrennte Akte? .....	76
ee) Beweisrecht als zusätzliche Hürde .....	77
4. Weitere Schutzmechanismen bei formrichtigen Schenkungen .....	78
5. Zwischenergebnis .....	78
IV. Ergebnis: Übereilungsschutz als ausschließlicher Formzweck .....	79
§ 3 Die Schenkung mit wirklicher Übergabe – Eigene Ansicht .....	80
A. Die „wirkliche Übergabe“ .....	80
I. Rechtliche Übergabe .....	80
II. Gesetzte Übergabe .....	81
B. Formpflicht nur der Übergabe .....	82
I. Voraussetzungen der Formrichtigkeit .....	82
1. Zeitliches Auseinanderfallen von Titel und Übergabe .....	83
2. Zeitliches Auseinanderfallen von Übergabe und Übernahme .....	83
II. Abgrenzung zum Eigentumsübergang .....	85
III. Resümee .....	85
C. Titel, Modus, Form .....	86
I. Formgebundener Konsensualvertrag .....	86
II. Form im Modus .....	86
D. Formmangelhafte, ursprünglich formrichtige oder geheilte Schenkung .....	87
I. Formmangelhafte Schenkung .....	87
1. Konstellationen der Formverfehlung .....	87
2. Divergierende Anordnungen durch § 943 ABGB und § 1 Abs 1 lit d NotaktsG? .....	88
3. Ergebnis .....	90
II. Ursprünglich formrichtige Schenkung .....	90
1. Notariell errichtete Schenkung .....	90
2. Wirklich übergebene Schenkung .....	91
a) Erfüllungsanspruch gemäß § 938 ABGB .....	92
b) Herausgabeanspruch gemäß § 366 ABGB .....	94
3. Ergebnis .....	95
III. Nachträglich geheilte Schenkung .....	95
1. Solennisierung einer Privaturkunde gemäß § 54 NO .....	95
2. Heilende wirkliche Übergabe .....	96
a) Heilung gemäß § 1 Abs 1 lit d NotaktsG .....	97
b) Heilung bei Unkenntnis des Formmangels? .....	98
aa) Irrtümliche Zahlung (§ 1432 ABGB) .....	99
bb) Heilung oder bloßer Rückforderungsausschluss? .....	101
3. Rechtsfolgen .....	103
a) Heilung <i>ex nunc</i> oder <i>ex tunc</i> .....	103
b) Klagbarkeit .....	104
c) Annahmeobligiertheit .....	104
4. Ergebnis .....	104
IV. Irrtum über die Rechtsfolgen der wirklichen Übergabe .....	105
1. Anfechtbarkeit gemäß §§ 871, 901 Satz 3, § 572 ABGB .....	107
a) Fehlvorstellung zum Vertragsabschlusszeitpunkt .....	107
b) Beachtlichkeit des Rechtsirrtums .....	107
c) Kausalität .....	109
aa) Geschäftsirrtum .....	109
bb) Motivirrtum .....	109
d) Anwendbarkeit des § 871 Abs 1 ABGB für Schenkungen.....	111

2. Beweislast .....	115
3. Ergebnis .....	115
§ 4 Anwendung: Wirkliche Übergabe durch gesetzte rechtliche Übergabe (§§ 426 ff, 1392, 1444 ABGB) .....	116
A. Körperliche Übergabe (§ 426 ABGB) .....	116
I. Rechtliche Übergabe .....	116
II. Wirkliche Übergabe .....	117
1. Meinungsstand: Einräumung physischer Verfügungsmacht .....	117
2. Eigene Ansicht .....	118
III. Beispiele aus der Judikatur .....	119
1. Ursprünglich formrichtige Schenkung .....	119
2. Legitimation zur körperlichen Übernahme .....	120
3. Schenkung eines Verkaufserlöses .....	121
B. Symbolische Übergabe (§ 427 ABGB) .....	125
I. Rechtliche Übergabe .....	125
1. Subsidiarität .....	125
2. Zeichen iSd § 427 ABGB .....	128
II. Wirkliche Übergabe .....	128
1. Meinungsstand: Besondere Zeichen .....	128
2. Eigene Ansicht .....	129
III. Beispiele aus der Judikatur .....	130
1. Begründung eines Fruchtgenussrechts an beweglichen Sachen .....	130
2. Werknutzungsrechte .....	131
3. Schuldforderungen und verbrieft Rechte .....	132
4. Schenkungen im Gesellschafts- bzw Unternehmensrecht .....	132
a) Aktien .....	132
b) GmbH-Anteile .....	132
c) Unternehmen (asset deal) .....	133
d) Schenkungsweise Gesellschafternachfolge bei Personen- gesellschaften .....	139
5. Liegenschaften .....	141
C. Besitzeinweisung (§ 427 ABGB) .....	142
I. Rechtliche Übergabe .....	142
1. Voraussetzungen .....	142
2. § 427 ABGB, § 428 ABGB analog oder § 1392 ABGB analog? .....	143
II. Wirkliche Übergabe .....	145
1. Meinungsstand: § 428 ABGB analog .....	145
2. Eigene Ansicht: § 427 ABGB .....	145
III. Beispiele aus der Judikatur .....	145
1. Verwahrte Sachen .....	145
2. Kontoguthaben .....	146
3. Aktien und Wertpapierdepots .....	149
a) Namensaktien .....	150
b) Inhaberaktien bzw Wertpapierdepots .....	152
c) Rechtsprechung .....	154
D. Zession (§ 1392 ABGB) .....	155
I. Grundlagen .....	155
II. Rechtliche Übergabe .....	156
III. Wirkliche Übergabe .....	158
1. Meinungsstand: besonders deutliche Zeichen iSd § 427 ABGB .....	158
2. Eigene Ansicht .....	161
a) Gesetzte rechtliche Übergabe .....	162
b) Fehlender Übereilungsschutz? .....	163

IV. Beispiele aus der Judikatur .....	164
1. Unverbriefte Rechte .....	164
2. Rektasparurkunden .....	167
a) Rechtliche Übergabe .....	167
b) Wirkliche Übergabe .....	167
aa) Meinungsstand .....	167
bb) Eigene Ansicht .....	168
3. Inhabersparurkunden .....	169
a) Rechtliche Übergabe .....	169
b) Wirkliche Übergabe .....	170
aa) Meinungsstand .....	170
bb) Eigene Ansicht .....	170
4. Verbücherte Rechte .....	170
E. Schulderrlass (§ 1444 ABGB) .....	171
I. Rechtliche Übergabe .....	171
II. Wirkliche Übergabe .....	171
III. Beispiele aus der Judikatur .....	173
F. Besitzkonstitut (§ 428 Fall 1 ABGB) .....	174
I. Rechtliche Übergabe .....	174
II. Wirkliche Übergabe .....	175
1. Meinungsstand .....	175
a) Keine wirkliche Übergabeart .....	175
b) Ausnahmen im Verhältnis zu Dritten .....	177
aa) Qualifiziert geäußerter Schenkungswille .....	177
bb) Kein ausreichend qualifiziert geäußerter Schenkungswille .....	179
c) Kritische Würdigung .....	180
aa) Einschränkendes Begriffsverständnis .....	180
bb) Wiederholt geäußerter Schenkungswille und Zeugen .....	182
cc) Liegenschaftsschenkung mit Besitzkonstitut .....	184
dd) Neue Tendenzen .....	186
2. Eigene Ansicht .....	188
a) Schenkungsspezifische Publizitätsbedenken? .....	188
b) Besitztchein? .....	190
c) Bedeutung des Gewahrsamsverlusts .....	191
aa) Hin- und Zurückgabe – der lange Traditionsweg .....	191
bb) Besitzkonstitut – der kurze Traditionsweg .....	192
cc) Irrelevanz des Gewahrsamsverlusts .....	193
d) Anwendung .....	195
aa) Wirkliche Übergabe mit Besitzkonstitut .....	195
bb) Beispiele aus der Judikatur .....	196
G. <i>Traditio brevi manu</i> (§ 428 Fall 2 ABGB) .....	198
I. Rechtliche Übergabe .....	198
II. Wirkliche Übergabe .....	199
1. Meinungsstand .....	199
a) Unproblematischer Grundfall .....	199
b) Spezialfall fortbestehende Mitgewahrsame .....	199
aa) Konkurrenz von <i>traditio brevi manu</i> , Besitzkonstitut und körperlicher Übergabe .....	199
bb) Mitgewahrsame .....	200
cc) Schenkungsform .....	201
dd) Kritische Würdigung .....	203
2. Eigene Ansicht .....	204
III. Beispiele aus der Judikatur .....	205

H. Übergabe durch Versendung (§ 429 ABGB) .....	206
I. Rechtliche Übergabe .....	206
1. Versendung iSd § 429 ABGB .....	206
2. Sonstige Versendung .....	207
II. Wirkliche Übergabe .....	208
1. Versendung iSd § 429 ABGB .....	208
a) Schicksal der rechtlichen Übergabe bei Eingriffen des Veräußerers ....	209
b) Schicksal der wirklichen Übergabe bei Eingriffen des Geschenkebers .....	211
2. Sonstige Versendung .....	211
III. Anwendungsfälle .....	211
I. Intabulation (§ 431 ABGB) .....	212
I. Grundlagen des grundbücherlichen Systems .....	213
1. Historische Bedeutung der wirklichen Übergabe .....	213
2. Eintragungs- und Antragsprinzip .....	214
II. Sonderfall Schenkung: Meinungsstand zur wirklichen Übergabe .....	217
1. Außerbücherliche Übergabe .....	218
a) Anforderungen an eine außerbücherliche Übergabe .....	219
aa) Für das Grundbuchsgericht unbedenkliche Urkunde .....	221
bb) Der außerbücherlichen Übergabe schadende Besitzkontinuität ...	226
cc) Heilung durch Eintragung der (ungeprüften) Privaturkunde .....	227
dd) Fallgruppen .....	228
b) Kritik .....	230
aa) Auseinanderfallen der Besitz- bzw Eigentumserwerbs- handlungen .....	230
bb) Der dem ABGB fremde dreiaktige Erwerb .....	231
cc) Besitzkontinuität und wirkliche Übergabe .....	232
dd) Gewohnheitsrecht .....	233
c) Ergebnis .....	234
2. Sämtliche für den Eigentumsübergang erforderlichen Handlungen .....	234
3. Erfüllungszustand .....	235
a) Notariatsakt .....	236
b) Intabulation .....	237
III. Eigene Ansicht .....	237
1. Abgabe der Aufsandungserklärung .....	238
a) Rechtliche Übergabe iSd § 425 ABGB .....	239
b) Doppelaufgabe der Aufsandungserklärung .....	240
c) Erforderlichkeit nur bei Privaturkunden .....	241
d) Ergebnis .....	242
aa) Keine wirkliche Übergabe .....	242
bb) Rechtsfolgen .....	242
2. Mitwirkung an der Ausstellung verbücherungsfähiger Urkunden .....	243
3. Bedeutung des Intabulationsantrags .....	243
a) Intabulationsantrag als rechtliche Übergabe .....	244
aa) Das Antragsprinzip der §§ 425, 431 ABGB und § 76 BGB .....	244
bb) Doppelveräußerung: Maßgeblichkeit des früheren Intabulationsantrags .....	245
cc) Auf den Antragszeitpunkt zurückwirkender Eigentumserwerb ....	245
dd) Bedeutung der Antragstellung in der Rechtsprechung .....	247
ee) Zwischenergebnis .....	248
b) Antragslegitimation bei Schenkungen .....	249
aa) Legitimiert gestellter Antrag .....	249
bb) Unverbindlichkeit bis zur legitimierten Antragstellung .....	250

c)	Anforderungen an den Antrag .....	251
aa)	Formrichtiger Titel (§§ 26, 93 GBG, § 432 ABGB) .....	252
bb)	Beurteilungszeitpunkt (§ 93 GBG) .....	252
cc)	Möglichkeit der Rechtfertigungsklage des Beschenkten .....	253
4.	Ergebnis und Vergleich .....	254
a)	Wirkliche Übergabe mittels Intabulationsantrags .....	254
b)	Vorzüge .....	254
aa)	Besser gewahrter Formzweck .....	254
bb)	Irrelevanz der Besitzkontinuität .....	254
cc)	Gefahr der Löschungsklage .....	255
dd)	Fallgruppen .....	256
c)	Haftung des Vertragserrichters .....	257
IV.	Schenkungsweise Bestellung anderer dinglicher Rechte .....	257
1.	Nicht in das Grundbuch eingetragene Liegenschaften und Superädifikate .....	258
a)	Allgemeine Erwerbserfordernisse .....	258
b)	Schenkungsrechtliche Besonderheiten .....	258
2.	Dienstbarkeiten an Liegenschaften (§ 12 GBG) .....	259
3.	Wohnungseigentum .....	261
a)	Anwartschaftsrecht auf Begründung von Wohnungseigentum .....	261
b)	Anteile, mit denen Wohnungseigentum verbunden ist .....	262
c)	Hälfteanteil .....	263
4.	Baurecht .....	263
§ 5	Schenkung in Notariatsaktsform (§ 1 Abs 1 lit d NotaktsG) .....	265
A.	Von der Schriftlichkeit zur Notariatsaktsform .....	265
B.	Der Notariatsakt .....	265
I.	Pflichten des Notars bei der Errichtung .....	265
II.	Der Solennisierungs-Notariatsakt (§ 54 NO) .....	267
III.	Formpflicht beider Vertragserklärungen? .....	269
IV.	Formfreie Nebenabreden .....	270
C.	(Un-)Zulässigkeit von Formsubstituten .....	271
D.	Ergebnis .....	273
§ 6	Weitere Formfragen .....	274
A.	Vollmacht .....	274
I.	Abschluss eines notariell errichteten Schenkungsvertrags .....	274
1.	Art der Vollmacht .....	274
2.	Form der Einzelvollmacht .....	275
II.	Vertragsabschluss mit wirklicher Übergabe .....	276
1.	Anwendungsfälle .....	276
2.	Art der Vollmacht .....	276
3.	Form der Einzelvollmacht .....	276
a)	Unmittelbare Anwendbarkeit des § 69 NO? .....	276
b)	„Durchschlagen“ der wirklichen Übergabe als Schenkungsform? .....	277
c)	Ergebnis .....	279
4.	Grundbuchsrechtliche Besonderheiten? .....	279
a)	Art der Vollmacht .....	279
b)	Form der Einzelvollmacht .....	280
c)	Ergebnis .....	280
III.	Heilung .....	281
IV.	Ergebnis .....	281
B.	Gemischte Schenkung .....	282
I.	Meinungsstand .....	283
II.	Sonderfall Ehegattenschenkung .....	284



1. Reine Ehegattenschenkung .....	284
2. Gemischte Ehegattenschenkung .....	285
C. Anstandsschenkung .....	286
§ 7 Zusammenfassung und Ergebnisse .....	288
A. Wirkliche Übergabe .....	288
B. Notariatsakt .....	290
C. Formpflicht nur der Erklärung des Geschenkgebers .....	290
D. Kein Realvertrag .....	290
E. Vollmacht .....	291
Stichwortverzeichnis .....	293