

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) Annahmepflicht	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. Besitzanweisung (§ 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. Schuldnerlass (§ 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 geäußelter Schenkungswille	177
bb) Kein ausreichend qualifiziert geäußelter Schenkungswille	179
c) Kritische Würdigung	180
aa) Einschränkendes Begriffsverständnis	180
bb) Wiederholt geäußelter Schenkungswille und Zeugen	182
cc) Liegenschaftsschenkung mit Besitzkonstitut	184
dd) Neue Tendenzen	186
2. Eigene Ansicht	188
a) Schenkungsspezifische Publizitätsbedenken?	188
b) Besitzschein?	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 Geschenkegebers	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) Wohnheitsrecht	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 GBG	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

Inhaltsverzeichnis

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