

§ 1 Einleitung

A. Problemaufriss

In den Morgenstunden eines Sommertags begeht eine Mutter mit ihrem Sohn ein Grundstück. In der Absicht, ihrem Sohn die Liegenschaft samt darauf befindlichem Wohnhaus als zukünftigen Familienwohnsitz zu schenken, übergibt sie die Verwaltungsunterlagen und Schlüssel. Im nicht notariell errichteten Schenkungsvertrag mit Aufsandungserklärung wird festgehalten, dass die wirkliche Übergabe bereits stattgefunden hat. Die schon bisher im Haus wohnende Mutter behält sich ein lebenslanges, bürgerlich einzuverleibendes Wohnrecht zurück. Die Erdgeschosswohnung soll zu ihrer ausschließlichen Nutzung freistehen. Der Sohn beantragt mit den einverleibungsfähigen Urkunden erfolgreich die Intabulation seines Eigentumsrechts, der Familienwohnsitz wird bezogen. In weiterer Folge verschlechtern sich die familiären Beziehungen. Das Zerwürfnis endet damit, dass die Mutter ihren Sohn auffordert, „ihr“ Haus sofort zu räumen. Im langwierigen Rechtsstreit behauptet sie, dass eine Liegenschaftsbegehung nie stattgefunden hat. Sie wollte ihrem Sohn auch niemals Gewahrsame oder Besitz an der Liegenschaft übertragen. Eine Schenkung des Hauses habe sie nicht gewollt.¹

Nach § 943 ABGB² bzw § 1 Abs 1 lit d NotaktsG³ sind Schenkungen nicht nur in Notariatsaktsform, sondern auch mit „wirklicher Übergabe“ formrichtig und verbindlich. Ohne notariell errichteten Schenkungsvertrag hängt die Frage, ob der Sohn das Haus behalten darf oder nicht, damit entscheidend vom Begriffsverständnis der wirklichen Übergabe ab. Wie zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen belegen,⁴ ist in diesem Zusammenhang aber auch nach über 200jähriger Diskussion vieles unklar: Beispielsweise ist nicht abschließend geklärt, ob die aufrecht bleibende Gewahrsame des Geschenkgebers der wirklichen Übergabe entgegensteht. Fraglich ist außerdem, ob eine wirkliche Übergabe für eine formmangelhafte⁵ Schenkung nachgeholt werden kann bzw ab wann in einem solchen Fall eine formrichtige⁶ Schenkung vorliegt. Zu hinterfragen ist überdies die insofern hA, dass Liegenschaften außerbücherlich⁷ wirklich übergeben werden können. Der unklare Meinungsstand beschränkt sich aber nicht auf Schenkungen mit wirklicher Übergabe. Auch

1 Lebenssachverhalte wie dieser liegen häufig zur höchstgerichtlichen Beurteilung vor; s nur die Seiten 184 ff, 217 ff.

2 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) JGS 1811/946.

3 Gesetz, betreffend das Erfordernis der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte (NotaktsG) RGBI 1871/76.

4 Vgl nur die ausgewählten Entscheidungen in Fn 50 und Fn 51.

5 S Glossar (ab Seite XVII).

6 S Glossar (ab Seite XVII).

7 S Glossar (ab Seite XVII).

im Zusammenhang mit Schenkungen in Notariatsaktsform stellen sich verschiedene Formfragen, wie etwa die Zulässigkeit von Formsubstituten.

Der breit gefächerte Meinungsstand über die Anforderungen an die Form von Schenkungen stellt sogar den einschlägig befassten Juristen vor Herausforderungen. Diese unbefriedigende Ausgangslage gab den Anstoß, sich mit diesem Thema auseinanderzusetzen. Das vorliegende Buch hat sich zum Ziel gesetzt, ein homogenes Gesamtkonzept für die Form von Schenkungen unter Lebenden zu erarbeiten. Spezialprobleme der Schenkungsform werden nicht bloß einer isolierten Lösung zugeführt. Vielmehr wird ein Konzept erarbeitet, das die gesetzliche Form der Schenkung unterschiedlichster Sachen leicht ermittelbar macht.

Ein kurz gefasster Überblick zur gesetzlichen Ausgangslage (§ 1 B. und C.) bildet die Basis für die Interpretation der „wirklichen Übergabe“ iSd § 943 ABGB bzw § 1 Abs 1 lit d NotaktsG (§ 2). Das gefundene Begriffsverständnis (§ 3) wird anschließend auf verschiedenste Schenkungsfälle angewendet und überprüft (§ 4). Gegenstand des Kapitels § 5 ist die Schenkung in Notariatsaktsform. Weitere Spielarten der Schenkungsform und damit einhergehende Formfragen – wie die Form der Vollmacht zum Abschluss eines Schenkungsvertrags – werden in Kapitel § 6 behandelt.

B. Die Schenkung (§ 938 ABGB)

Eine Schenkung (§ 938 ABGB) ist ein Vertrag, wodurch jemandem eine Sache unentgeltlich überlassen wird.

I. Der enge Schenkungsbegriff

Der Begriff der Schenkung wurde ursprünglich sowohl in einem weiteren als auch in einem engeren Sinn gebraucht.⁸ Der weitere – heute nicht mehr gebräuchliche – Begriff erfasste jede unentgeltliche Zuwendung einer Sache⁹, also auch unentgeltliche Dienstleistungen oder unentgeltliche Gebrauchsüberlassungen. Für die

8 von Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie III/1 (1812) § 938 ABGB 154f. In der Rechtswissenschaft wurde die Schenkung im 19. Jahrhundert von der überwiegenden Lehre zunächst überdies nur als „allgemeiner Charakter“ begriffen. Als solcher könne sie die Gestalt verschiedenster Rechtsgeschäfte annehmen. S nur *Frankl*, Die Formerfordernisse der Schenkung nach österreichischem Rechte (1883) 11 ff, insbesondere 17 Fn 2; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV (1841) 3. Heute ist aber unbestritten, dass die Schenkung ein eigenständiger Rechtsgrund ist. S nur *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II³ (1870) 348 Fn 18; *Löcker* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), Online-Kommentar zum ABGB – ABGB-ON^{1.02} § 938 Rz 1 mwN.

9 § 938 ABGB stellt auf den weiten Sachbegriff des § 285 ABGB ab. Schenkungsgegenstand können daher nicht nur körperliche Sachen sein, sondern insbesondere auch Rechte. *Frankl*, Die Formerfordernisse der Schenkung 40 f; *Winiwarter*, Das persönliche Sachenrecht nach dem Österreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche: Systematisch dargestellt und erläutert IV² (1844) 116; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), *Klang*³ (2013) §§ 938 – 1001, § 938 Rz 10; *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 938 Rz 6 ff; *Vollmaier*, Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545 (560).

Schenkungsform in § 943 ABGB drängt sich die Frage auf, ob die Redaktoren des ABGB noch von diesem weiteren Schenkungsbegriff ausgegangen sind und für andere unentgeltliche Rechtsgeschäfte nur deswegen keine Form normierten, weil sie diese von § 943 ABGB erfasst sahen.¹⁰ Die Kommentierung von *Zeillers*¹¹ zeigt aber, dass die Redaktoren des ABGB bei der Schaffung von § 938 ABGB bereits vom heute üblichen¹² engeren Schenkungsbegriff ausgingen. Die Form des § 943 ABGB ist demnach nicht für alle unentgeltlichen Rechtsgeschäfte angeordnet.¹³ Die Einführung der Notariatsaktspflicht in § 1 Abs 1 lit d NotaktsG hat daran nichts geändert.¹⁴ Im weiteren Verlauf der Untersuchung wird daher vom engen Schenkungsbegriff iSd § 938 ABGB ausgegangen.

Der enge Schenkungsbegriff erlaubt es, die Schenkung nur soweit auszudehnen, bis andere unentgeltliche Verträge speziellere Regelungen vorsehen. Für die unentgeltliche Überlassung von bloßen *Nutzungsrechten* sieht das ABGB etwa im 20. und 21. Hauptstück Spezialvorschriften vor.¹⁵ Eine Schenkung liegt daher nur dann vor, wenn eine Sache ohne Zurückstellungsverpflichtung dauerhaft überlassen wird.¹⁶ Aus diesem Grund scheidet etwa die (selbständige) Schenkung von Vorkaufrechten aus. Zwar hat das Vorkaufrecht einen eigenen Vermögenswert,¹⁷ es ist aber lediglich ein vorbereitender und unselbständiger Teil einer auf entgeltlichen Austausch angelegten Vertragslage und hat *nur vorübergehenden* Charakter.¹⁸

10 Dazu bereits *Vollmaier*, JBl 2005, 545 (559 f).

11 *von Zeiller*, Kommentar III/1 § 938 ABGB.

12 Tendenzen für ein weiteres Begriffsverständnis finden sich aber bei *Schubert* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 938 ABGB Rz 2 f; *Stanzl* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (1968) § 938 ABGB 585; *Swoboda* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2 (1934) § 938 ABGB 613.

13 Dazu bereits *Vollmaier*, JBl 2005, 545 (559 f).

14 *Vollmaier*, JBl 2005, 545 (560).

15 S *Nippel*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesamten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses VI (1833) § 938 ABGB 211; *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV⁴ (2014) § 938 Rz 8; *Gschnitzer*, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz (1963) 41.

16 S nur *Winiwarter*, Das persönliche Sachenrecht IV² 116 f; *Schubert* in *Rummel*, ABGB³ § 938 ABGB Rz 3; *Vollmaier*, JBl 2005, 545 (560).

17 *F. Bydlinski* in *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2² (1978) § 1072 ABGB 761; aA *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1² § 938 ABGB 596 (kein Vermögenswert daher keine Schenkung); *Hoyer*, Anmerkung zu OGH 5 Ob 131/10s, NZ 2011/24.

18 OGH 5 Ob 131/10s NZ 2011/24 (*Hoyer*) = Zak 2010/675; OGH 1 Ob 108/03v ecolex 2005/3; *F. Bydlinski* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/2² § 1072 ABGB 761; *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 1072 ABGB Rz 8; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 938 Rz 13, 63.

II. Unentgeltlichkeit und Schenkungsabsicht

Unentgeltlichkeit ist dann zu bejahen, wenn es nach dem Parteiwillen an einer synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Gegenleistung fehlt.¹⁹ Der Gegenstand der Gegenleistung wird sehr weit interpretiert.²⁰ Es können allerdings ausschließlich Leistungen veranschlagt werden, die aus dem Vermögen des Beschenkten (oder allenfalls aus dem Vermögen eines Dritten für den Beschenkten) erbracht werden.²¹ Behält sich der Geschenkgeber ein Fruchtgenussrecht, ein Wohnungsgebrauchsrecht und/oder ein Veräußerungs- und Belastungsverbot zurück, mindert der Geschenkgeber lediglich den Wert des Geschenks. Entgegen häufig in der Praxis²² verwendeten Ausführungen in Vertragsurkunden liegt darin keine Gegenleistung des Beschenkten.

Für die *Schenkungsabsicht* ist im Rahmen eines angemessenen Bewertungsspielraums die subjektive und gewollte Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung entscheidend.²³

Die Behauptungs- und Beweislast für die Unentgeltlichkeit und die Schenkungsabsicht trägt derjenige, der sich darauf beruft.²⁴

C. Form der Schenkung

Schenkungswillige Parteien können nur dann einen verbindlichen Schenkungsvertrag abschließen, wenn sie die Formvorgaben des § 943 ABGB²⁵ bzw § 1 Abs 1 lit d NotaktsG²⁶ beachten.²⁷ § 943 ABGB bestimmt, dass aus einem bloß mündlichen,

19 *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 938 Rz 10; *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 938 Rz 16f; s auch *Kulka*, Unentgeltlichkeit und Freigebigkeit, ÖJZ 1969, 477.

20 Mit zahlreichen Beispielen *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 938 Rz 18 ff.

21 OGH 5 Ob 227/14i wobl 2015/136 (*Bittner*) = EvBl-LS 2015/126 (*Brenn*) = ecolex 2015/318 mwN; OGH 5 Ob 178/13g NZ 2014/72; OGH 5 Ob 191/10i JEV 2011/16; OGH 6 Ob 232/09z ZLB 2012/27; OGH 5 Ob 247/02p NZ 2004/75.

22 Vgl nur die auszugsweise abgedruckten Schenkungsverträge im Volltext der folgenden Entscheidungen: Punkt IV des Schenkungsvertrags in OGH 5 Ob 82/15t ecolex 2015/452 (*Benes*) = ecolex 2016/39 (*Fritzer*); Punkt III in OGH 5 Ob 167/15t Zak 2016/21; Punkt IV in OGH 2 Ob 197/15g NZ 2017/8; OGH 5 Ob 227/14i wobl 2015/136 (*Bittner*) = EvBl-LS 2015/126 (*Brenn*) = ecolex 2015/318.

23 Vgl OGH 5 Ob 39/14t NZ 2015/97; OGH 5 Ob 192/14t Zak 2015/233 (*Kolmasch*). *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 938 Rz 21. Zur gemischten Schenkung s die Seiten 282 ff.

24 *Bollenberger* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017) § 938 Rz 5; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 938 Rz 32 ff mwN.

25 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) JGS 1811/946.

26 Gesetz, betreffend das Erfordernis der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte (NotaktsG) RGBI 1871/76.

27 Gegenstand der folgenden Ausführungen ist die Form der Schenkung unter Lebenden iSd § 943 ABGB bzw § 1 Abs 1 lit d NotaktsG. Die Schenkung auf den Todesfall regelt § 603 ABGB idF ErbRÄG 2015. Anders als die Schenkung unter Lebenden ist sie mit dem Tod des Verstorbenen terminisiert, bis dahin bleibt der Verstorbene unverändert Eigentümer (s ErlRV 688 BlgNR 25. GP 12 zum ErbRÄG 2015; zur alten Rechtslage, aber weiterhin

ohne wirkliche Übergabe geschlossenen Schenkungsvertrag dem Beschenkten kein Klagerecht erwächst. Dieses Recht müsse vielmehr durch eine schriftliche Urkunde begründet werden. Der Wortlaut des § 943 ABGB entspricht der Urfassung des ABGB aus 1811. Das NotaktsG und dessen Vorgängerbestimmung²⁸ ordnen allerdings seit über 165 Jahren die Notariatsaktspflicht für Schenkungen ohne wirkliche Übergabe an. Bis heute wurde § 943 ABGB nicht mit dieser Vorschrift harmonisiert. Rechtspolitisch ist es wünschenswert, dass der Gesetzgeber die Rechtslage bereinigt.²⁹ *De lege lata* ist aber zu klären, in welchem Verhältnis § 943 ABGB aus 1811 und § 1 Abs 1 lit d NotaktsG aus 1871 zueinander stehen.

Nach überwiegender Ansicht derogiert der jüngere § 1 Abs 1 lit d NotaktsG nur dem 2. Satz des § 943 ABGB.³⁰ Nach einer Mindermeinung³¹ bestimmt § 1 Abs 1 lit d NotaktsG den Bereich, für den die Notariatsaktspflicht besteht. Damit definiere diese Bestimmung als Restgröße denknötwendig auch jene Schenkungen, die dieser Form nicht bedürfen. Im Ergebnis verbleibe für § 943 ABGB *in seiner Gesamtheit* kein eigenständiger Anwendungsbereich.

Dieser Mindermeinung wäre zuzustimmen, wenn gezeigt werden könnte, dass § 943 Satz 1 ABGB tatsächlich keine aufrechten und von § 1 Abs 1 lit d NotaktsG abweichenden Anordnungen enthält.³² Jedenfalls lässt sich aus dem Gesagten bereits jetzt ableiten, dass Schenkungen *auf zwei möglichen Wegen formrichtig* errichtet werden können: einerseits durch die Notariatsaktsform, andererseits durch die wirkliche Übergabe.

I. Die notarielle Errichtung

Die Schenkung ohne wirkliche Übergabe bedarf der Notariatsaktsform (§ 1 Abs 1 lit d NotaktsG). Nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung kann diese notarielle Errichtung³³ (Notariatsaktsform) substituiert werden.³⁴ Die Beurkundung im

zutreffend *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹⁴ (2015) Rz 2269, 2271). Die Schenkung auf den Todesfall wird im weiteren Verlauf nicht behandelt.

28 § 4 Z 4 Kaiserliches Patent, womit für die Kronländer Österreich unter und ob der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnten, Krain, Görz, Gradiska und Istrien, die Stadt Triest mit ihrem Gebiete, Tirol und Vorarlberg, Böhmen, Mähren, Ober- und Nieder-Schlesien eine Notariats-Ordnung erlassen wird RGBI 1850/366.

29 Statt aller *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 40, 63.

30 Statt vieler *Strohalek*, Zur Lehre vom Eigentum an Immobilien: Eine Studie aus dem österreichischen Grundbuchsrecht (1876) 78 Fn 21; *Riedler*, Modernisierungsbedarf des ABGB in den besonderen Bestimmungen über vertragliche Schuldverhältnisse! in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg.), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 73 (85); *Bollenberger* in *KBB*⁵ § 943 Rz 1.

31 *Kletečka*, Schenkungen und gemeinsame Gewahrsame, NZ 2015/60 (162).

32 Zur hier vertretenen Ansicht s ab Seite 88.

33 S Glossar (ab Seite XVII).

34 Kritische Ausführungen dazu folgen ab Seite 271.

Gerichtsprotokoll oder durch den Gerichtskommissär³⁵ sowie ein prätorischer Vergleich³⁶ (§ 433 ZPO)³⁷ könne die notarielle *Errichtung* ersetzen. Nicht ausreichend sei demgegenüber die bloße notarielle *Beurkundung*³⁸ gemäß den §§ 76 ff NO^{39, 40}.

II. Die wirkliche Übergabe

Neben der notariell errichteten ist auch die Schenkung mit wirklicher Übergabe formrichtig. Ein Formmangel sei von Amts wegen wahrzunehmen.⁴¹ Dem Wort „wirklich“ in § 943 ABGB bzw § 1 Abs 1 lit d NotaktsG wird dabei von der Rechtsprechung und Lehre ganz beträchtliche Bedeutung zugesprochen. Insbesondere soll nicht jede Übergabe iSd §§ 426 ff, 1392, 1444 ABGB für eine wirkliche Übergabe ausreichen können. Einigkeit über den Bedeutungsgehalt dieses Begriffs besteht bis dato aber nicht.

35 Für die Substituierbarkeit OGH 1 Ob 253/59 JBl 1960, 188 (gemischte Schenkung); OGH 2 Ob 142/15v JEV 2016/8 (für das Schenkungsversprechen genüge die Beurkundung durch Gerichtsprotokoll, dem jenes des Gerichtskommissärs bei der Verlassenschaftsbehandlung gleichsteht); *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 943 Rz 7; *Schubert* in *Rummel*, ABGB³ § 943 ABGB Rz 6. Nach dem Formzweck differenzierend *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen: zugleich ein Beitrag zur Notariatsaktspflicht (1991) 22 ff, 24: Das gerichtliche Protokoll sei einem Notariatsakt jedenfalls für Formen, die dem Übereilungsschutz dienen, dann nicht gleichwertig, wenn die Norm diese Wahl nicht ausdrücklich eröffnet. Gegen die Substituierbarkeit *Krasnopolski*, Lehrbuch des österreichischen Privatrechts III: Obligationenrecht (1910) 325; *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ (2007) § 1 NotAktsG Rz 3; *Welser*, Zivilrechtliche Formgebote und Notariatsakt, in *Rechberger* (Hrsg), Formpflicht und Gestaltungsfreiheit (2002) 1 (19 ff, 21): Ohne gesetzliche Sonderbestimmung könne ein Notariatsakt nicht durch ein Gerichtsprotokoll ersetzt werden; eine Gesetzesänderung sei nicht zu empfehlen.

36 OGH 6 Ob 61/67 JBl 1968, 32; OGH 7 Ob 190/70 JBl 1971, 263; OGH 5 Ob 118, 119/72 SZ 45/74; OGH 8 Ob 521/94 HS 25.208; *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ Anhang zu § 886: § 1 NotAktsG Rz 2; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 943 Rz 4, 23; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 883 Rz 8; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1² § 938 ABGB 595, § 943 ABGB 615 mwN; aA *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 26 f.

37 RGBl 1895/113 idF RGBl 1914/118.

38 S Glossar (ab Seite XVII).

39 RGBl 1871/75 idF BGBl I 2005/164.

40 OGH 2 Ob 493/57 SZ 30/78; *Gruber*, Studien zur notariellen Form, in *Rechberger* (Hrsg), Formpflicht und Gestaltungsfreiheit (2002) 55 (59); *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ Anhang zu § 886: § 1 NotAktsG Rz 2; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 943 Rz 23; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 883 Rz 8; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1² § 943 ABGB 615.

41 Vgl OGH 7 Ob 567/84 NZ 1984, 234; *Bollenberger* in *KBB*⁵ § 943 Rz 4; *Hagleitner* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 26 GBG Rz 11. Die Frage, ob der Mangel einer Form, die nur eine der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien vor Übereilung schützen will, auch in Bezug auf Dritte von Amts wegen wahrzunehmen ist, bedarf einer gesonderten Untersuchung.

1. Begriffsverständnis der Rechtsprechung

Die ältere Rechtsprechung grenzt für die wirkliche Übergabe die *gesetzte*⁴² (gegenwärtig bereits gemachte) Übergabe zum Teil deutlich von der bloß vereinbarten⁴³ Übergabe ab.⁴⁴ Allerdings kann auch für diese älteren Entscheidungen von keiner einheitlichen Rechtsprechung gesprochen werden. Besonders strenge Ausführungen finden sich etwa in einer Entscheidung aus dem Jahr 1875: Die Worte „wirkliche Übergabe“ seien zweifellos dahin zu verstehen, „dass die geschenkte Sache vom Geschenkgeber dem Beschenkten auch *sofort* übergeben, von Letzterem übernommen und in seinem *ausschließlichen* Besitze *behalten* wird [...]“.⁴⁵ Ohne eine solche wirkliche Übergabe bedürfte es eines Notariatsakts.⁴⁶ In einer wenig später ergangenen Entscheidung führte der Gerichtshof aus, dass für Geschenke in Mitgewahrsame nur eine körperliche Übergabe bzw allenfalls eine Übergabe mit Zeichen den Notariatsakt ersetzen könne.⁴⁷ Jede Übergabe durch Erklärung (§ 428 ABGB) scheidet aus.⁴⁸ Häufig misst der Gerichtshof die wirkliche Übergabe auch daran, ob durch sie das Geschenk mit dem Übergabewillen des Geschenkgebers aus dessen physischer Verfügungsmacht in jene des Beschenkten übertragen wird, sodass der Beschenkte über das Geschenk frei und *ausschließlich* verfügen kann.⁴⁹

In stRsp finden sich allerdings zwei Rechtssätze zum Begriffsverständnis der wirklichen Übergabe. Nach dem ersten Rechtssatz⁵⁰ bedeutet die wirkliche Übergabe

42 S Glossar (ab Seite XVII).

43 Die im Titel bloß vereinbarte Übergabe ist das Versprechen, *zukünftig* übergeben zu wollen. Die Übergabe wird aber tatsächlich noch nicht gesetzt. S Glossar (ab Seite XVII).

44 OGH 9. 10. 1895/10786 GIU 15586 = NZ 1896, 40 = ZBl 1895, 864. Die Entscheidung ist auf Seite 194 bei Fn 1433 aufbereitet und analysiert. Für weitere Entscheidungen s Fn 55, 1315; s aktuell auch OGH 1 Ob 229/16g ecolex 2017/249 = NZ 2017/42 (näher zum Fall auf Seite 186 bei Fn 1382).

45 OGH 21. 1. 1875/13677 GIU 5607 = NZ 1875, 151 (Hervorhebung durch die Verfasserin). Kritisch dazu in Fn 481.

46 OGH 21. 1. 1875/13677 GIU 5607 = NZ 1875, 151.

47 OGH 27. 11. 1879/10312 GIU 7673; ebenso OGH 1. 3. 1883/356 GIU 9329 = JBl 1883, 193.

48 OGH 27. 11. 1879/10312 GIU 7673; OGH 1. 3. 1883/356 GIU 9329 = JBl 1883, 193. Zur Problematik der fortbestehenden Mitgewahrsame s die Seiten 199 ff.

49 Vgl nur OGH 6 Ob 170/67 SZ 40/86 (körperliche Übergabe); OGH 6 Ob 553/77 HS 10.699; OGH 3 Ob 573/80 NZ 1982, 65 (Besitzanweisung); OGH 1 Ob 567/81 JBl 1982, 143 (Übergabe durch Zeichen); OGH 1 Ob 115/02x ÖBA 2003/1095 (körperliche Übergabe).

50 OGH 8. 8. 1872/7577 GIU 4682; OGH 5. 4. 1876/11965 GIU 6090; OGH 2. 6. 1882/4456 GIU 9008; OGH 9. 1. 1890/14276 GIU 13092; OGH 9. 10. 1895/10786 GIU 15586 = NZ 1896, 40 = ZBl 1895, 864. OGH 20. 5. 1903/6116 GIUNF 2353; OGH 12. 1. 1909 1 Ob 841/8 GIUNF 4493 = JBl 1909, 226; OGH 3 Ob 665/50 SZ 23/383; OGH 6 Ob 264/65 SZ 38/227; OGH 7 Ob 173/66 (OGH 7 Ob 174/66) JBl 1967, 623; OGH 1 Ob 299/71 NZ 1973, 103; OGH 5 Ob 16/72f NZ 1973, 126; OGH 3 Ob 573/80 NZ 1982, 65; OGH 1 Ob 567/81 JBl 1982, 143; OGH 12. 12. 1984, 3 Ob 71/84 (3 Ob 72/84 – 3 Ob 75/84); OGH 1 Ob 538/85 JBl 1985, 672; OGH 4 Ob 560/89 (4 Ob 561/89 – 4 Ob 572/89) NZ 1991, 11; OGH 7 Ob 506/92 ÖBA 1992/345; OGH 7 Ob 579/92 ecolex 1993, 18 (*Puck*); OGH 5 Ob 21/94 NZ 1994/309; OGH 4 Ob 516/95 NZ 1997, 51; OGH 1 Ob 169/98d NZ 1999, 213 = ÖJZ 1999/47 = ÖBA 1999/791; OGH 1 Ob 47/99i ÖJZ 2000/81 = ÖBA

nichts anderes als das „Gegenteil“ der bloßen Zusicherung oder des bloßen Schenkungsversprechens. Nach dem zweiten Rechtssatz⁵¹ muss die wirkliche Übergabe vom Schenkungsvertrag verschieden, sinnfällig nach außen bemerkbar und so beschaffen sein, dass aus ihr der ernstliche Wille des Geschenkgebers hervorgeht, das Geschenk sofort und vorbehaltlos aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Beschenkten zu übertragen.

-
- 2000/896; OGH 1 Ob 147/00z JBl 2001, 313; OGH 1 Ob 115/02x ÖBA 2003/1095; OGH 7 Ob 188/05f EFSlg 111.088; OGH 5 Ob 82/05b NZ 2006/639 (*Hoyer*); OGH 8 Ob 22/07d JEV 2007/18 = ÖBA 2008/1466 = EF-Z 2008/17 (*Fischer-Czermak*) = ZFR 2007/66 (*Hegen*); OGH 5 Ob 164/08s NZ 2009/32; OGH 4 Ob 151/11a JusGuide 2012/09/9727 = MietSgl 63.122 = EFSlg 131.017; OGH 4 Ob 189/12s NZ 2013/46; OGH 5 Ob 227/14i wobl 2015/136 (*Bittner*) = EvBl-LS 2015/126 (*Brenn*) = ecolex 2015/318; OGH 5 Ob 82/15t ecolex 2015/452 (*Benes*) = ecolex 2016/39 (*Fritzer*); OGH 5 Ob 184/15t ÖJZ-LS 2016/11 (*Brenn*); OGH 5 Ob 181/15a JusGuide 2016/05/14574; OGH 5 Ob 172/15b immolex 2016/20 (*Cerha*); OGH 5 Ob 76/16m JusGuide 2016/24/14922 = Zak 2016/399 = bbl 2016/201 (*Egglmeier-Schmolke*); OGH 5 Ob 155/16d Zak 2017/45 = JusGuide 2016/52/15413; OGH 1 Ob 229/16g ecolex 2017/249 = NZ 2017/42. Der Passus zur wirklichen Übergabe findet sich (nur) im ungekürzten Entscheidungstext auch bei: OGH 5 Ob 167/15t Zak 2016/21; OGH 5 Ob 8/16m Zak 2016/98. S dazu RIS-Justiz RS0011383 (T6).
- 51 OGH Plenissimarbeschluss 20. 6. 1899/20 GIUNF 650 = JB 142 = ZBl 1899, 867; OGH 3 Ob 665/50 SZ 23/383; OGH 2 Ob 264/59 SZ 32/81; OGH 6 Ob 264/65 SZ 38/227; OGH 7 Ob 173/66 (OGH 7 Ob 174/66) JBl 1967, 623; OGH 1 Ob 299/71 NZ 1973, 103; OGH 5 Ob 16/72f NZ 1973, 126; OGH 7 Ob 780/79 JBl 1980, 264; OGH 3 Ob 573/80 NZ 1982, 65; OGH 1 Ob 567/81 JBl 1982, 143; OGH 12. 12. 1984, 3 Ob 71/84 (3 Ob 72/84 – 3 Ob 75/84); OGH 14 Ob 96/86 REDOK 9390; OGH 4 Ob 560/89 (4 Ob 561/89 – 4 Ob 572/89) NZ 1991, 11; OGH 7 Ob 506/92 ÖBA 1992/345; OGH 7 Ob 579/92 ecolex 1993, 18 (*Puck*); OGH 5 Ob 124/92 NZ 1993, 240 (*Hofmeister*) = JBl 1993, 312; OGH 8 Ob 626/93 EFSlg 75.382; OGH 5 Ob 21/94 NZ 1994/309; OGH 4 Ob 516/95 NZ 1997, 51; OGH 1 Ob 39/97k NZ 1998, 246; OGH 5 Ob 390/97g JBl 1998, 247 = ecolex 1998, 317 = ÖJZ 1998/29 = NZ 1998/416 = immolex 1998/139; OGH 1 Ob 169/98d NZ 1999, 213 = ÖJZ 1999/47 = ÖBA 1999/791; OGH 10. 2. 1998, 5 Ob 21/98v; OGH 1 Ob 47/99i ÖJZ 2000/81 = ÖBA 2000/896; OGH 1 Ob 147/00z JBl 2001, 313; OGH 3 Ob 109/02d ecolex 2003/167 (*Wilhelm*) = JBl 2003, 512 (*Wagner*) = MietSgl 54.109; OGH 1 Ob 115/02x ÖBA 2003/1095; OGH 1 Ob 274/02d MietSgl 55.091; OGH 1 Ob 11/03d EFSlg 104.604; OGH 9 Ob 149/04h ÖJZ 2005/133 = MietSgl 57.109 = NZ 2006/82; OGH 9 Ob 151/04b JBl 2005, 648 (*Wagner*) = ÖBA 2006/1326 (*P. Bydlinski*) = ecolex 2005/427; OGH 7 Ob 188/05f EFSlg 111.088; OGH 5 Ob 82/05b NZ 2006/639 (*Hoyer*); OGH 8 Ob 22/07d JEV 2007/18 = ÖBA 2008/1466 = EF-Z 2008/17 (*Fischer-Czermak*) = ZFR 2007/66 (*Hegen*); OGH 5 Ob 164/08s NZ 2009/32; OGH 2 Ob 246/08b RdW 2009/436 = ecolex 2009/156; OGH 4 Ob 151/11a JusGuide 2012/09/9727 = MietSgl 63.122 = EFSlg 131.017; OGH 1. 3. 2012, 1 Ob 29/12i; OGH 4 Ob 189/12s NZ 2013/46; OGH 5 Ob 227/14i wobl 2015/136 (*Bittner*) = EvBl-LS 2015/126 (*Brenn*) = ecolex 2015/318; OGH 5 Ob 82/15t ecolex 2015/452 (*Benes*) = ecolex 2016/39 (*Fritzer*); OGH 5 Ob 184/15t ÖJZ-LS 2016/11 (*Brenn*); OGH 5 Ob 181/15a JusGuide 2016/05/14574; OGH 5 Ob 172/15b immolex 2016/20 (*Cerha*); OGH 5 Ob 76/16m JusGuide 2016/24/14922 = Zak 2016/399 = bbl 2016/201 (*Egglmeier-Schmolke*). Der Passus zur wirklichen Übergabe findet sich (nur) im ungekürzten Entscheidungstext auch bei OGH 5 Ob 167/15t Zak 2016/21; OGH 5 Ob 8/16m Zak 2016/98. OGH 5 Ob 155/16d Zak 2017/45 = JusGuide 2016/52/15413; OGH 1 Ob 229/16g ecolex 2017/249 = NZ 2017/42. S dazu RIS-Justiz RS0011383.

Der zweite (jüngere) Rechtssatz basiert auf einem im Jahr 1899 formulierten Plenissimarbeschluss. Auf Ersuchen des Justizministeriums legte das Präsidium des OGH dem Plenissimarsenat die Frage zur Entscheidung vor, inwiefern die schenkungsweise *Zession* eines Notariatsakts bedarf. Der Senat führte *allgemein* zur wirklichen Übergabe aus, dass sich darin die unverkennbare Absicht des Gesetzgebers spiegle, nur solche Schenkungen von dem Formzwang auszunehmen, „in welchen zu dem Schenkungsvertrage noch ein anderer, von demselben verschiedener, als Übergabe erkennbarer Akt hinzukommt.“⁵² Dieser Akt müsse ein „sinnfälliger nach außen hin bemerkbarer“ sein, aus dem „der ernstliche Wille des Schenkers hervorgeht, das Objekt der Schenkung sofort aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Beschenkten zu übertragen“.⁵³

Der erste (ältere) Rechtssatz scheint großzügiger.⁵⁴ Er qualifiziert die wirkliche Übergabe lediglich als „Gegenteil“ des bloßen Schenkungsversprechens, also des vertraglichen (schuldrechtlichen) Versprechens, zukünftig Eigentum zu übertragen.⁵⁵ Als „Gegenteil“ des bloß (schuldrechtlichen) Versprechens nennen die Entscheidungen immer wieder gesetzte (sachenrechtliche) Übergabeakte. Ein „sinnfälliger nach außen hin bemerkbarer“ Akt, der den ernstlichen Willen des Geschenkgebers belegt, das Geschenk „sofort aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Beschenkten zu übertragen“,⁵⁶ wird ursprünglich nicht gefordert.⁵⁷ Festgehalten werden kann, dass die beiden Rechtssätze divergierende Wertungen nahelegen.⁵⁸ Dessen ungeachtet werden sie seit Jahren aneinandergereiht.⁵⁹

52 OGH Plenissimarbeschluss 20. 6. 1899/20 GIUNF 650 = JB 142 = ZBl 1899, 867.

53 OGH Plenissimarbeschluss 20. 6. 1899/20 GIUNF 650 = JB 142 = ZBl 1899, 867.

54 So *Kletečka*, NZ 2015/60 (162), der in OGH 9. 10. 1895/10786 GIU 15586 = NZ 1896, 40 = ZBl 1895, 864 ein *obiter dictum* für das Besitzkonstitut als wirkliche Übergabe erkennt und dieses von der Vorjudikatur als zweifelsfrei erfasst sehen will (die Entscheidung ist auf Seite 194 bei Fn 1433 aufbereitet und analysiert). In dieser Deutlichkeit lässt sich das jedoch nicht belegen, da einige Entscheidungen auch vor dem Plenissimarbeschluss jegliche Übergabe durch Erklärung bei bloß mündlichem Schenkungsvertrag als unverbindlich qualifizieren. So etwa OGH 21. 1. 1875/13677 GIU 5607; OGH 1. 3. 1883/356 GIU 9329 = JBl 1883, 193; OGH 8. 5. 1889/4792 GIU 12730 (auch) zur *traditio brevi manu*. Richtig ist, dass manche Entscheidungen, die den großzügigeren Rechtssatz zitieren, das Besitzkonstitut nicht ausdrücklich ablehnen; vgl dazu auf Seite 175 f bei Fn 1315. Die alte Rechtsprechung schwankt bei der Frage, was die Voraussetzungen für eine wirkliche Übergabe sind, aber stark (s nur bei Fn 45). Eine einheitliche Rechtsprechungslinie für das Besitzkonstitut bestand demnach auch vor dem Plenissimarbeschluss nicht.

55 S nur OGH 5. 4. 1876/11965 GIU 6090 und weitere auf Seite 175 f bei Fn 1315.

56 Nach stRsp ist die Übergabe mit Besitzkonstitut daher keine wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB bzw § 1 Abs 1 lit d NotaktsG.

57 Abgesehen von den Unterschieden dieser beiden Rechtssätze schwankte aber auch die ältere Rechtsprechung bei den Voraussetzungen für eine wirkliche Übergabe stark. S nur die Entscheidungen in Fn 45 und 47.

58 Zur Rolle der beiden Rechtssätze für diese stRsp s die Seiten 174 f.

59 Abgesehen von Entscheidungen vor dem 20. 6. 1899 und OGH 1 Ob 538/85 JBl 1985, 672 in allen übrigen in Fn 50 zitierten Entscheidungen. Vgl auch *Liedermann* in *Schwimmann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 943 Rz 2; *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 943 Rz 14; *Schubert* in *Rummel*, ABGB³ § 943 ABGB Rz 1; kritisch *Kletečka*, NZ 2015/60 (162).

Interessant ist der Vergleich der Anforderungen an eine wirkliche Übergabe nach dem Plenissimarbeschluss mit der Kommentierung von *Zeillers* zu § 380 ABGB.⁶⁰ Dabei entsteht der Eindruck, dass der Senat mit seinen Ausführungen keine Besonderheiten für eine wirkliche Übergabe aufstellen wollte, sondern sich an den noch zu einschränkend formulierten allgemeinen Erfordernissen einer rechtlichen⁶¹ Übergabe schlechthin orientiert hat. So kommentiert *von Zeiller* § 380 ABGB:⁶² Zur „wirklichen Erwerbung muss [...] jemand wenigstens den Willen haben, eine Sache sich eigen zu machen [...]. Der Wille muss aber auch, um für andere eine beschränkende Richtschnur, dass sie in die Sachen nicht eingreifen sollen, zu sein, durch eine äußere Handlung, durch ein *fortdauerndes Merkmal* zu erkennen gegeben werden. Diese Handlung, wodurch man eine *Sache in seine Gewahrsame bringt*, und erklärt, sie als die seinige zu haben, heißt *Erwerbungsart*.“

Die so formulierten Anforderungen treffen weder für Schenkungen noch für andere Verträge in dieser Allgemeinheit zu. Keine der in §§ 426 ff ABGB vorgesehenen Übergabearten kann all diesen Voraussetzungen entsprechen und zugleich unter Übernahme des Erwerbers das *unbeschränkte Eigentumsrecht*⁶³ übertragen (§§ 353 f ABGB). So schließt ein „fortdauerndes Merkmal“ selbst bei körperlicher Übergabe aus, dass der Erwerber iSd § 354 ABGB mit den „Nutzungen einer Sache nach Willkür“ schalten können soll. Er könnte die Sache etwa insbesondere nicht an den Verkäufer zur Miete zurückgeben. Auch muss die rechtliche Übergabe für Dritte nicht erkennbar sein.⁶⁴ Die Publizität darf bei der Übertragung von Eigentum gering sein, da der Gesetzgeber die Kenntnis eigenen Eigentums voraussetzen und bereits daher das Achten fremden⁶⁵ Eigentums erwarten kann.⁶⁶ Nach den genannten Anforderungen verbliebe dem Besitzkonstitut oder der Besitzeinweisung überdies kein Anwendungsbereich, weil sie dem Erwerber nicht (sofort) die Gewahrsame verschaffen. Diese Übergabearten sind aber nicht nur geltendes Recht, sondern sie haben sich auch im Rechtsverkehr durchgesetzt.⁶⁷

Die Gegenüberstellung des Plenissimarbeschlusses mit *von Zeillers* Kommentierung zu § 380 ABGB zeigt, dass der Gerichtshof möglicherweise keine Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Übergabearten (§§ 426 ff, 1392, 1444 ABGB) formuliert hat.

60 *von Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie II/1 (1812) § 380 ABGB 156 f.

61 S Glossar (ab Seite XVII).

62 *von Zeiller*, Kommentar II/1 § 380 ABGB 156 f (Hervorhebung durch die Verfasserin).

63 *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 354 Rz 1 ff.

64 S nur OGH 6 Ob 644/94 NZ 1996, 233; OGH 2 Ob 274/01k JBl 2002, 451 (*Wagner*) = NZ 2002/80; *Till*, Versuch einer Rechtfertigung der Theorie vom titulus und modus acquirendi, in FS zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II (1911) 381 (394); *Baier*, Bedeutung und Zweck der Tradition bei der Eigentumsübertragung, RZ 1971, 127 (128).

65 Für das Wissen darüber, dass eine Sache fremd ist, genügt das Wissen, dass sie einem selbst nicht gehört. S dazu *Till* in FS Jahrhundertfeier ABGB II 381 (394); *Baier*, RZ 1971, 127 (128). Näher dazu bei Fn 1404.

66 *Hoyer*, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt? wbl 1995, 181 (183).

67 Zur rechtlichen Übergabe mit Besitzkonstitut ab Seite 174; zur Besitzeinweisung s ab Seite 141.