

Achtzehntes Hauptstück Von Schenkungen

Schenkung

§ 938. Ein Vertrag, wodurch eine Sache jemandem unentgeltlich überlassen wird, heißt eine Schenkung.

Stammfassung JGS 1811/946.

Lit: *Frankl*, Die Formerfordernisse der Schenkung (1883); *Liebisch*, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden 1927); *Hohenfels*, Schenkungsverträge mit Rückfallvereinbarung, NZ 1949, 39; *Kulka*, Unentgeltlichkeit und Freigebigkeit, ÖJZ 1969, 477, *Migsch*, Die sogenannte Pflichtschenkung, AcP 173, 46; *Kocevar*, Unentgeltliche Dienstleistungen, DRdA 1975, 77; *Mayrhofer*, Zur Rechtsnatur der „Dauerleihe“ an Museen und ähnliche Einrichtungen, NZ 1975, 86; *Eccher*, Antizipative Erbfolge (1980); *Hofmann-Wellenhof*, Erbverzicht und Ausschlagung der Erbschaft aus zivilrechtlicher Sicht, NZ 1984, 17; *Edlbacher*, Vermögenskurator für die Scheidungswaise, ÖJZ 1985, 675; *Zemen*, Im Zweifel Darlehen oder Leihe statt Schenkung?, JBl 1986, 205; *Schmidinger*, Subventionen aus Sicht eines Kreditinstitutes, ÖBA 1988, 19; *Kralik/Beer*, Die Schenkung unter auflösender Bedingung, NetV 1997, 14; *Weinberger*, Das Institut der mittelbaren Grundstücksschenkung, 1997, 112; *Nowotny*, Zivilrechtliches zum Schenken von Sparbüchern und Bankguthaben, RdW 2000, 714; *Taucher*, Dispositionen über erbrechtliche Ansprüche, NZ 2001, 117; *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001); *Vollmaier*, Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545; *Kogler*, Der Erbverzicht (2013).

Übersicht

I. Allgemeines	1–3
II. Begriff der Schenkung	4–37
1. Vertrag	4–9
2. Sache	10–20
a) Allgemeines	10
b) Unkörperliche Sache	11–13
c) Dienstleistungen	14–15
d) Unterlassungspflichten	16
e) Naturkräfte	17
f) Vermögen, Unternehmen	18
g) Künftige Sachen	19
h) Fremde Sachen	20
3. Überlassung der Sache	21–22
4. Unentgeltlichkeit und Freigebigkeit	23–37
a) Begriff	23–29
b) Schenkungsabsicht	30

c) Scheingeschäft	31
d) Behauptungs- und Beweislast	32–35
e) Bereicherung und Vermögensaufopferung	36
f) Motiv	37
III. Gemischte Schenkung	38–47
1. Begriff	38–39
2. Rechtliche Behandlung	40–47
IV. Einzel- und Grenzfälle	48–81
1. Unterhalt	48–50
2. Übergabevertrag, Abfindung und Erbschaftsvorhilfe, Erbverzicht	51–53
3. Erbschaftsschenkung	54–58
4. Kulanz und Entgelterhöhung	59–62
5. Vorkaufsrecht	63
6. Gesellschaftsvertrag	64–66
7. Ehepakete	67–69
8. Lebensversicherung zugunsten eines Dritten	70
9. Schadenersatz	71–72
10. Bürgschaft, Pfandreht und andere Sicherungsrechte	73–77
11. Schulderlass	78
12. Zahlung für einen Dritten	79
13. Erfüllung einer Naturalobligation	80–81

I. Allgemeines

- 1 Der Begriff „Schenkungs“ wurde vor allem früher in verschiedener Bedeutung verwendet, was zu Unklarheiten hinsichtlich seiner Stellung im Rechtssystem geführt hat. So wurde er als Rechtsgrund (*causa donandi* neben der *causa credendi* und *solvendi*) für die Veränderung von Vermögensrechten, nämlich für Zuwendungen, angesehen; man sprach ihm einen „allgemeinen Charakter“ zu, den die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen könnten; manche fassten ihn als Eigentumserwerbsart auf; andere verwiesen ihn ins Obligationenrecht.¹ Die Redaktoren des ABGB gingen von einem **zweifachen Schenkungsbegriff** aus, einem engeren und einem weiteren, wobei letzterer jede unentgeltliche Zuwendung umfasste, ein Sprachgebrauch, der auch heute noch gängig ist.² Heute wird die Schenkung iSd §§ 938 ff., also die Schenkung ieS, allgemein als obligatorischer Vertrag verstanden, der auf dauernde Zuweisung des Schenkungsobjektes gerichtet ist, gleichzeitig aber den **Prototyp der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte** darstellt.³
- 2 Das ABGB regelt die Schenkung ieS als einen **Schuldvertragstypus**. Es handelt von ihr im Anschluss an die Lehre von Verträgen (und Rechtsgeschäf-

¹ Dazu mit näheren Angaben *Stanzl* in *Klang*² IV/1, 583.

² *Zeiller*, *Comm* III/1 154 f.; *Stubenrauch* II 7. Aufl 132; *Swoboda* in *Klang*¹ II/1 606 f und *Völlmaier*, *JBl* 2005, 558f; auch *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 63 unterscheiden zwischen Schenkung ieS und iwS.

³ *Kozioł/Welser*¹³ I 190; *Binder* in *Schwimann*³ IV § 985 Rz 1 und 3; *Schubert* in *Rummel*³ I § 985 Rz 3.

ten) überhaupt (17. Hauptstück), wobei im 18. bis 29. Hauptstück teils schlechterdings unentgeltliche Verträge wie die Schenkung und der Leihvertrag, teils rein entgeltliche wie der Tausch-, Kauf- und Bestandvertrag, teils gemischte wie etwa Darlehens-, Verwahrungs- und Bevollmächtigungsvertrag behandelt werden. Das oben angedeutete Theorien- und Konstruktionsrecht ist damit zwar als solches für das österreichische Recht bedeutungslos geworden, strittig sind aber immer wieder die Fragen, wie weit der Bereich der Schenkung reicht und inwieweit die Formvorschrift des § 943 bzw des § 1 lit d NotAKtsG auch auf Schenkungen iW, also andere unentgeltliche Rechtsgeschäfte, anzuwenden ist. Es kann daher zu Auslegungs- und Abgrenzungsproblemen zu diesen Verträgen, aber auch zu Ehepakten⁴ kommen.

Die Regeln des Schenkungsvertrages nach §§ 938 ff sind daher unanwendbar, soweit Sondervorschriften für unentgeltliche Zuwendungen durch besondere Vertragstypen bestehen.⁵ 3

II. Begriff der Schenkung

1. Vertrag

Die Schenkung ist ein Vertrag und zwar ein **schuldrechtlicher Vertrag**.⁴ Sie begründet stets obligatorische Pflichten und Rechte zwischen den Vertragspartnern, die allerdings Besonderheiten aufweist, wie zB die verschiedenen Fälle der Widerrufsberechtigung (§§ 946 ff). Zu den obligatorischen Pflichten gehört auch die Haftpflicht des Schenkers (§ 945), die im Verhältnis zu anderen (entgeltlichen) Vertragstypen abgeschwächt, aber keineswegs beseitigt ist. Nichts anderes gilt für die Hand- oder Realschenkung, bei der lediglich Abschluss und Erfüllung des Vertrages zusammenfallen.

Die Schenkung ist ein (**formpflichtiger**) **Konsensualvertrag**, der durch übereinstimmende Willensäußerungen des Schenkers und des Beschenkten zustande kommt. Diese Willensäußerung muss darauf gerichtet sein, dass der Schenker dem Beschenkten eine Sache unentgeltlich überlässt und sie dieser so annimmt; es muss also mit Schenkungswillen (*animus donandi*) gegeben und empfangen werden⁶ (dazu unten unter Rz 30). Erst die beiderseitigen Willenserklärungen erzeugen den Vertrag. **Bloße Gefälligkeitshandlungen** des täglichen Lebens und im gesellschaftlichen Verkehr ohne rechtsgeschäftlichen Charakter sind daher **keine Schenkungen**.⁷ Bei Abgrenzungsproblemen entscheidet letztlich die „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Die Einladung zu einem Mittagessen ist also idR kein Schenkungsversprechen, das Mitbringsel aber sehr wohl eine Schenkung, die Einräumung einer Mitfahrgelegenheit nach diesem Mittagessen idR wiederum nicht. Die Unterscheidung wirkt sich praktisch vor allem in der Vertragshaftung aus. Aus demselben Grund – dem Fehlen beiderseitiger Willenserklärung – handelt es sich bei der Dereliktion

⁴ Koziol/Welser¹³ I 191; OGH 7 Ob 102/72, JBI 1973, 32 (F. Bydlinki).

⁵ Koziol/Welser¹³ II 190.

⁶ Schubert in Rummel³ I § 938 Rz 1; Binder in Schwimann³ IV § 938 Rz 2; OGH 5 Ob 16/72, SZ 45/35; 5 Ob 29, 100/75, SZ 48/68 uza.

⁷ Schubert in Rummel³ I § 938 Rz 1.

einer Sache mit nachfolgender Aneignung durch eine andere Person nicht um eine Schenkung, mag auch zB bei der Irrtumsanfechtung der Dereliktion zwecks Rückgängigmachung des Eigentumserwerbes durch den Okkupanten die analoge Anwendung der einschlägigen Vorschriften für die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte geboten sein.⁸

- 6 Schenkungsanbot und -annahme müssen nicht ausdrücklich erklärt werden; sie können sich auch aus einem **schlüssigen Verhalten** des Schenkers oder (und) des Beschenkten ergeben.⁹ Im schlüssigen Schenkungsanbot wird oft die „wirkliche Übergabe“ iSd § 943 liegen. Zu besonderer Großzügigkeit bei der Beurteilung eines Verhaltens des Beschenkten als schlüssig besteht nur dann Anlass, wenn es offensichtlich ist, dass die Annahme des Geschenks für ihn nur oder deutlich überwiegende Vorteile hat.
- 7 Das Erfordernis der **Zustimmung des Beschenkten** zur Schenkung hat nicht nur konstruktive sondern auch gute sachliche Gründe. Müsste sich dieser ein Geschenk aufdrängen lassen, so könnten ihm daraus zunächst eine lästige gesellschaftliche Verpflichtung entstehen, vor allem aber könnte die geschenkte Sache schadensträchtige Mängel aufweisen oder ihre Übernahme lästige rechtliche Pflichten auslösen. Das traditionelle Lehrbuchbeispiel ist das geschenkte Tier, das an Maul- und Klauenseuche leidet und nun den ganzen Stall des Beschenkten ansteckt, näher liegt uns heute der Fall des Verschenkens einer gebrauchten Sache, für die der Geschenkgeber keine Verwendung mehr hat oder auch die Zuwendung eines schwer kontaminierten Grundstücks.
- 8 Bei **Verträgen zugunsten Dritter** ist allerdings zu beachten, dass es hier um ein Dreipersonenverhältnis geht und der Vertragspartner des Schenkenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht einmal wissen muss, wer bedacht wird.¹⁰ Aus diesem Grund bedarf es hier zwar nicht der Annahme der Schenkung durch den Begünstigten, doch kann dieser die Zuwendung gem § 881 Abs 2 ausschlagen¹¹ (näheres unter § 943 Rz 19). Der Schuldner kann auch nicht verhindern, dass ein Dritter für ihn die Schuld zahlt, muss aber die Zahlung nicht als Geschenk annehmen und ist dann der Kondition des Zahlenden ausgesetzt (dazu Rz 80); zum Schuldverlass s § 939 und § 943.
- 9 Der Schenkungsvertrag kann **bedingt** abgeschlossen werden und zwar sind sowohl Suspensiv- als auch Resolutivbedingungen zulässig;¹² zu den Besonderheiten der Schenkung auf den Todesfall s § 956, zur Schenkung unter Auflage s §§ 940, 941; zur Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Schenkung s Rz 32 ff.

⁸ Ertl, Aneignung preisgebener Sachen, JBl 1974, 281 und 342.

⁹ Stanzl in Klang² IV/1, 584 mit Fallbeispielen aus der älteren Rsp in FN 11; Schubert in Rummel³ I § 938 Rz 1.

¹⁰ Der Extremfall wäre hier die Versicherung für Rechnung „wen es angeht“ (§ 80 VersVG), bei der nicht nur offen bleibt, wer im Versicherungsfall begünstigter Dritter sein soll, sondern sogar, ob das nicht der VN selbst sein wird.

¹¹ OGH 3 Ob 627/77, SZ 51/82; Schubert in Rummel³ I § 983 Rz 1; Binder in Schwimann³ IV § 983 Rz 5.

¹² Binder in Schwimann³ IV § 938 Rz 3f.

2. Sache

a) Allgemeines

Geschenkt wird eine **Sache**. Der Begriff der Sache ergibt sich aus § 285. 10
 Schon wegen dieses weiten Sachbegriffs kann die Schenkung verschiedenen Erfüllungsgeschäften, so der Übertragung, Begründung oder Aufgabe eines dinglichen Rechtes an einer Sache, dem Erlass (§ 1381) oder der Abtretung einer Forderung zugrunde liegen. Die Sache muss lediglich einen Wert verkörpern und im Verkehr stehen.¹³ Darüber hinaus darf kein im Gesetz besonders geregelter Vertragstypus eines anderen unentgeltlichen Vertrages vorliegen, also insb Leihe, unentgeltliches Darlehen, Verwahrungsvertrag, Bevollmächtigungsvertrag.¹⁴ Umstritten ist die Behandlung eines Vertrages über Dienstleistungen, näheres dazu unter Rz 14 f. Auch soweit keine dauernde Zuordnung einer Sache vorliegt, kommt die unmittelbare Anwendung von Schenkungsrecht nicht in Betracht, doch bedeutet das nicht, dass nur Rechte von grundsätzlich unbeschränkter Dauer (wie vor allem das Eigentum) verschenkt werden können. Verschenkbare Rechte können nach allgemeiner Auffassung ihrer Natur nach auch begrenzt sein und so gibt es hier zahlreiche Abgrenzungsfragen. Dies betrifft vor allem unentgeltlich eingeräumte **Bestandrechte**.¹⁵ Die Leihe ist jedenfalls besonders „vertyp“ und daher keine Schenkung. Sie ist aber von einem geschenkten Bestandrecht manchmal kaum zu unterscheiden. Ein Servitut des Wohnungsrechtes ähnelt hinsichtlich der dauernden oder doch langfristigen Zuwendung einem Pfandrecht, das nach allgemeiner Auffassung ebenfalls geschenkt werden kann. Schließlich können neben einer **Dienstbarkeit** oder einem **Fruchtgenuss**¹⁶ auch **Forderungen** unabhängig von ihrer Dauer geschenkt werden, sodass einer schenkungsweisen Abtretung von Bestandrechten nichts im Wege steht.¹⁷ Auch sonst kann, der Art der geschenkten Sache entsprechend, die Schenkung sogar als solche die Form eines **Dauerschuldverhältnisses** annehmen und daher auch aufgekündigt werden. Insgesamt muss gesagt werden, dass die von der hM vorgenommene Abgrenzung zwischen Schenkungen und allgemein unentgeltlichen Rechtsgeschäften (Schenkungen ieS und iwS) gerade auch im Hinblick auf das Erfordernis der dauernden Zuordnung des Schenkungsobjektes immer wieder unklar und inkonsequent ist. Schuld daran trägt vor allem das vom Verkehr in manchen Fällen als überstreng empfundene und daher nicht gelebte Formerfordernis des Notariatsaktes mangels wirklicher Übergabe, näheres s § 943.

¹³ *Binder* in Schwimann³ IV § 938 Rz 10.

¹⁴ *Bollenberger* in KBB³ § 938 Rz 2; *Koziol/Welser*¹³ II 190; vgl auch *Stanzl* in Klang² IV/1, 584 und *Binder* in Schwimann³ IV § 938 Rz 1 ff; auch schon *Ehrenzweig*, System II/1² 364.

¹⁵ *Schubert* in Rummel³ I § 938 Rz 3 und OGH 6 Ob 327/71, MietSlg 24.098. Zu verschiedenen Sonderfällen vgl allerdings *Binder* in Schwimann³ IV § 938 Rz 13 und 14 mit weiteren Nachweisungen aus der Rsp: OGH 1 Ob 616/49, MietSlg 1.135 (9); OLG Wien 12 R 153/93 EF 68.988; OGH 1 Ob 285/55, JBl 1955, 473 (krit *Gschnitzer*); 1 Ob 491/53, MietSlg 2.791; 8 Ob 194/62, MietSlg 9.361.

¹⁶ *Schubert* in Rummel³ I § 938 Rz 2.

¹⁷ OGH 6 Ob 327/71, MietSlg 24.098; *Bollenberger* in KBB³ § 938 Rz 2.