

menspender erfasst ist.<sup>40</sup> Was den *ordre public* betrifft, so ist bemerkenswert, dass nur die Blutschande (Inzest) in gerader Linie strafbewehrt ist (§ 211 StGB), aber nicht zwischen Cousins. Vor der Reform hat der OGH eine Ehe zwischen einer Cousine und einem Cousin nicht für *ordre-public-widrig* qualifiziert, was völlig konsequent ist, weil dies selbst nach nationalem Sachrecht – § 6 EheG in der damaligen Fassung – nicht verboten war.<sup>41</sup> Nach der Reform gilt dieses Argument nicht mehr. Es darf aber auch nicht der Fehlschluss gezogen werden, dass die Cousin-Ehe nun gegenteilig *per se* gegen den *ordre public* verstößt. Allein der Umstand, dass die Cousin-Ehe nach nationalem Recht nun unzulässig ist, führt nämlich nicht dazu, dass die Cousin-Ehe plötzlich mit Grundwertungen der – aktualisierten – österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist.<sup>42</sup>

Pro futuro, im Rahmen einer künftigen Reform, sollte der Gesetzgeber evidenzbasiert Farbe bekennen. Ist das Verbot der Cousin-Ehe nur eine Konsequenz des Kampfs gegen die Zwangsehe und dient damit dem Schutz des/der Verheirateten,<sup>43</sup> müsste konsequenterweise eine Heilungsmöglichkeit erwogen werden.<sup>44</sup> Geht es hingegen – wie im bisherigen Anwendungsbereich des § 6 EheG (Verwandte in gerader Linie) – auch um den Schutz vor Erbkrankheiten,<sup>45</sup> sind überindividuelle Interessen betroffen, nicht einmal unbedingt der künftigen Kinder in personam, sondern der Gesellschaft und deren abstraktes Interesse, Fehlbildun-

gen durch Cousin-Ehen über viele Generationen vorzubeugen. Dann wäre zu erwägen, das Verbot auf im Ausland geschlossene Ehen auszudehnen.

#### D. Fazit

Der Gesetzgeber wollte mit dem Ehe- und Partnerschaftsrechts-Änderungsgesetz 2025 ein Statement setzen und nahm dafür Unzulänglichkeiten sowie handwerkliche Mängel in Kauf. Im Zuge der Nachbesserungsarbeiten an dieser Reform sollte aber nun präzise gearbeitet werden.

Dies ist aber gerade nicht der Fall (wie hier *Nademleinsky* in *Schwimmann/Kodek*<sup>5,01</sup> § 6 EheG Rz 2 und *Nademleinsky*, EF-Z 2025, 256 [257] [der mit einer anderen Fundstelle als Gewährsmann für die missverständliche Aus-führung in den Materialien erwähnt wird]).

<sup>40</sup> Koch in KBB<sup>7</sup> § 6 EheG Rz 2.

<sup>41</sup> 8 Ob 32/25a (Pkt 5.1.).

<sup>42</sup> Im Ergebnis wie hier *Melcher*, iFamZ 2025, 275 (278); *Nademleinsky*, EF-Z 2025, 256 (257).

<sup>43</sup> In diese Richtung ErläutRV 97 BlgNR 28. GP 1: „Damit sollen Zwangsheiraten, die mitunter zwischen Verwandten bis zum vierten Grad der Seitenlinie geschlossen werden, verhindert werden.“

<sup>44</sup> In der Systematik des § 6 EheG ist keine Heilung vorgesehen, s. *Koch* in KBB<sup>7</sup> § 6 EheG Rz 1; *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> § 6 EheG Rz 15; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR<sup>2</sup> § 6 EheG Rz 6.

<sup>45</sup> *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR<sup>2</sup> § 6 EheG Rz 1.

## Funktion und Form der Schenkung aus sittlicher Pflicht oder Gründen des Anstands (Teil 2)

### Der Beitrag schnell gelesen

Der Beitrag analysiert die Schenkung aus sittlicher Pflicht und aus Gründen des Anstands als Ausnahme von der erbrechtlichen Schenkungsanrechnung nach § 784 ABGB. Im 1. Teil wurden die dogmatischen Grundlagen und der objektive Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen solcher Schenkungen systematisch aufgearbeitet. Zudem werden die Relevanz des Parteiwillens nach dem ErbRÄG 2015 sowie die wertmäßige Auf-

spaltung überschießender Zuwendungen diskutiert. Im 2. Teil folgen nun eine Untersuchung der Rechtsnatur und der Frage der Formpflicht derartiger Schenkungen.

### Zivilrecht

EF-Z 2026/54



Priv.-Doz. Dr. JOACHIM PIERER, LL. M. (Yale), Privatdozent an der Universität Wien. [www.joachimpierer.at](http://www.joachimpierer.at)

### Inhaltsübersicht:

#### D. Der außerrechtliche „Anstand“

1. Begriffsverwirrungen
2. Begriffsinhalt

#### E. Die Rechtsnatur von Pflicht- und Anstandsschenkung

1. Widersprüchliche Ausgangslage
2. Eigene Ansicht
  - a) Systematische Überlegungen
  - b) Causa oder Motiv?

#### F. Formpflicht

1. Ausgangslage
2. Der angeblich fehlende Übereilungsschutz
3. Der notwendige Übereilungsschutz

#### G. Verfassungsrechtliche Bedenken

#### H. Zusammenfassung

### D. Der außerrechtliche „Anstand“

#### 1. Begriffsverwirrungen

Pflicht- und Anstandsschenkungen werden im Gesetz in einem Atemzug genannt. Zur Verwirrung kann aber beitragen, dass

manchmal noch eine nicht im Gesetz erwähnte dritte Art, nämlich die „Schenkung aus moralischer Pflicht“, neben Sitte und Anstand erwähnt wird. Das beruht wohl darauf, dass manchmal auch von „moralisch-sittlicher Pflicht“ die Rede ist,<sup>62</sup> Sitte und Anstand unter dem Oberbegriff der Moral zusammengefasst werden,<sup>63</sup> umgekehrt Schenkung aufgrund moralischer oder sittlicher Pflicht als Anstandsschenkung zusammengefasst wird<sup>64</sup> oder die Rsp überhaupt vom Dreigespann der moralischen, sittlichen oder Anstandspflicht spricht.<sup>65</sup> Dies alles vor dem Hintergrund, dass sowohl Leistungen aus sittlicher Pflicht als auch aus Rücksicht des Anstandes dahingehend definiert werden, dass es sich dabei um Leistungen handelt, „die nach der gesellschaftlichen Anschauung zwar nicht rechtlich, aber moralisch gefordert werden können“.<sup>66</sup>

Festzuhalten ist, dass keine weitere Kategorie gebildet werden sollte, die zum einen nicht im Gesetz erwähnt wird und zum anderen ohnehin nur zur Verwirrung beiträgt, weil schon Sitte und Anstand nicht leicht auseinanderzuhalten sind. Das zeigt exemplarisch die Rezeption der Entscheidung GIUNF 6415 sowohl als Beispiel für eine Schenkung aus sittlicher Pflicht<sup>67</sup> als auch wahlweise aus Gründen des Anstands,<sup>68</sup> wobei der OGH das Vorliegen einer Schenkung in der Entscheidung überhaupt verneint hat. Auch die Erfüllung „einer sittlichen Anstandspflicht“ kennt das Gesetz nicht, wobei diese Formulierung nicht aus der Feder des OGH, sondern aus der eines Parteienvertreters stammt.<sup>69</sup> Für Verwirrung kann aber sorgen, wenn von der sittlichen Pflicht als einem Anwendungsfall der Anstandsschenkung die Rede ist.<sup>70</sup> Von derlei Kombinationen oder synonymen Verwendung sollte Abstand genommen werden, weil sie sich nicht dem Gesetz entnehmen lassen und die ohnehin schon herrschende allgemeine Verwirrung im Schenkungsrecht nur verstärken.

## 2. Begriffsinhalt

Was die Schenkung aus sittlicher Pflicht und aus Gründen des Anstands gemeinsam haben, sind ihre Rechtsfolgen. Wenn der OGH nicht gerade von der dem Gesetz unbekannten dritten Kategorie der moralischen Pflicht spricht, behandelt er die Schenkung aus sittlicher Pflicht und aus Gründen des Anstands daher gleich, was die objektiven Kriterien für deren Vorliegen anbelangt. Regelmäßig wird in der Rsp daher auch nicht unterschieden, die Rede ist dann bloß von einer sittlichen oder Anstandspflicht.<sup>71</sup>

Was nun eine Schenkung aus Rücksicht des Anstands ist, ist wie bei der Frage nach dem Vorliegen einer sittlichen Pflicht anhand der Verkehrsanschauung im gesellschaftlichen Kreis der Parteien zu bestimmen, wobei die konkrete Situation der beteiligten Personen im Einzelfall maßgeblich ist.<sup>72</sup> Der Hinweis des dt Reichsgerichts, wonach der Begriff des Anstands eine „Beobachtung dessen, was sich schickt“<sup>73</sup> sei, hilft nur bedingt weiter, weil dabei nur ein außerrechtlicher Begriff durch einen anderen ersetzt wird. Dasselbe gilt für das österreichische Pendant „was sich gehört“.

Anstandsschenkungen sind nach hA zu bestimmten Anlässen üblicherweise gemachte Geschenke.<sup>74</sup> Das sind etwa Weihnachten, Geburtstag, Firmung, Hochzeit, Taufe, Jubiläum, Studienabschluss oder Abschiedsgeschenke.<sup>75</sup> Allgemeiner gesprochen handelt es sich um Geschenke aus Anlass bestimmter Festtage oder Familienereignisse.<sup>76</sup> Oft werden Geschenke zu besonderen Anlässen bei Fragen der Anrechnung gem § 784 ABGB schon als Geschenke, die ohne Schmälerung des Stammvermögens gemacht wurden, zu qualifizieren sein.<sup>77</sup> Anders als das Erbrecht erwähnen § 29 Z 1 IO und § 440 Z 1 EO neben Pflicht- und An-

standsschenkungen zusätzlich noch „gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke“. Auch die Rsp zur Berücksichtigung besonderer Anlässe beruht regelmäßig auf anfechtungsrechtlichen Konstellationen. Schon Ehrenzweig hat darauf hingewiesen, dass die zusätzliche Erwähnung von Gelegenheitsgeschenken im Anfechtungsrecht überflüssig gewesen sei.<sup>78</sup>

Abgesehen von solchen Fällen hat die Rsp die Erfüllung einer Anstandspflicht angenommen, wenn die Ehefrau, die Mann und Kinder verlässt, nicht auch noch die von der Schwiegermutter geschenkte Liegenschaft „mitnimmt“, sondern zugunsten der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder darauf verzichtet.<sup>79</sup> Ebenso wurde die Umsetzung eines formungültig geäußerten letzten Willens als Erfüllung einer sittlichen und Anstandspflicht angesehen.<sup>80</sup> Allgemeiner kann man bei der Erfüllung von (rechtlich nicht durchsetzbaren) Wünschen, insb wenn sie von Personen im Familienverband geäußert werden, überlegen, ob deren Erfüllung als Anstandspflicht angesehen werden kann.<sup>81</sup>

Ob man tatsächlich einen Unterschied zur sittlichen Pflicht ausmachen kann, indem man sagt, dass die Anstandspflicht auch Leistungen umfasst, die zur Wahrung des guten Rufes erbracht werden, selbst wenn sie nicht geschuldet waren,<sup>82</sup> ist mE fraglich und mehr sprachliche als inhaltliche Differenzierung. Als weiteres Beispiel für die Erfüllung einer Anstandspflicht wird etwa genannt, dass ein Schaden ausgeglichen wird, obwohl dafür keine Haftung bestand.<sup>83</sup> Man denke etwa daran, dass die Eltern einen vom deliktsunfähigen Kind verursachten Schaden ersetzen, ohne selbst aufgrund der Verletzung von Aufsichtspflichten zu haften. Sich auf den Standpunkt zu stellen, dass kein rechtlich durchsetzbarer Anspruch bestünde, wird gerade beim Bestehen einer Beziehung zwischen Eltern und Geschädigten zu sozial-gesellschaftlichen Spannungen führen, wenn die Vermögenslage den Ersatz erlaubt. Auch hier wird man sagen, dass „es sich gehört“, dass die Eltern ersetzen, was der Nachwuchs zerstört hat. Damit ist der Unterschied zwischen sittlicher und Anstandspflicht aber

<sup>62</sup> Etwa bei *Parapatits* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 938 ABGB Rz 29.

<sup>63</sup> Bspw in 4 Ob 520/60, wo zuerst von der Erfüllung einer rechtlichen, sittlichen oder Anstandspflicht die Rede ist, im nächsten Satz aber gleichbedeutend die Erfüllung moralischer Verpflichtungen erwähnt wird.

<sup>64</sup> *Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden (2018) 286.

<sup>65</sup> Etwa in 7 Ob 260/63; 6 Ob 264/65; 5 Ob 16/72f; 6 Ob 1573/95; 5 Ob 189/19h NZ 2020/148.

<sup>66</sup> 2 Ob 678/87; 1 Ob 322/99f; 7 Ob 284/00s; 5 Ob 189/19h NZ 2020/148; s schon *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*<sup>3</sup> I § 29 KO Anm 22.

<sup>67</sup> *Parapatits* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 938 ABGB Rz 33; *Kellner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*<sup>4</sup> § 938 ABGB Rz 27.

<sup>68</sup> *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 938 Rz 16; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 26.

<sup>69</sup> Im Verfahren 6 Ob 104/18i.

<sup>70</sup> 5 Ob 189/19h NZ 2020/148.

<sup>71</sup> Etwa in 7 Ob 556/78.

<sup>72</sup> 2 Ob 678/87; 8 Ob 630/92 *ecolex* 1993, 86 (*Wilhelm*); 6 Ob 1573/95; 3 Ob 2178/96g; 5 Ob 189/19h NZ 2020/148; *Parapatits* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 938 ABGB Rz 29; *Musger* in *KBB*<sup>7</sup> § 784 Rz 1.

<sup>73</sup> RG VII 595/07 RGZ 70, 15, 20.

<sup>74</sup> A. Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup> (1928) 366; *Migisch*, AcP 173 (1973), 46 (60); *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 303; *Umlauf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> § 784 Rz 16; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 784 Rz 8; *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht<sup>2</sup> 597 (626 bzw Rz 11.38); BGH V ZR 78/79 NJW 1981, 111.

<sup>75</sup> A. Ehrenzweig, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 173; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*<sup>3</sup> I § 29 KO Anm 20; *Migisch*, AcP 173 (1973), 46 (47); *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht<sup>2</sup> 597 (626 bzw Rz 11.38); OGH I Rv 351/16 ZBl 1917/82.

<sup>76</sup> GIUNF 1620; 3 Ob 501/56.

<sup>77</sup> *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht<sup>2</sup> 597 (626 bzw Rz 11.38).

<sup>78</sup> A. Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup> 366.

<sup>79</sup> 5 Ob 50/66.

<sup>80</sup> 6 Ob 345/65; vgl auch *Migisch*, AcP 173 (1973), 46 (54).

<sup>81</sup> Vgl 2 Ob 79/99b; 5 Ob 189/19h NZ 2020/148.

<sup>82</sup> *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 303.

<sup>83</sup> *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 303; *Migisch*, AcP 173 (1973), 46 (54).

erst recht nur die Person des Leistungsempfängers und damit verbunden die Intensität der Beziehung, die darauf Einfluss hat, ob die „Verpflichtung“ aus sittlichen Überlegungen (familiär-nahe) oder dem Anstand (neutral) resultiert.

## E. Die Rechtsnatur von Pflicht- und Anstandsschenkung

### 1. Widersprüchliche Ausgangslage

Schon die Bezeichnung „Schenkung aus sittlicher Pflicht“ mutet an wie ein Paradoxon, weil man die Pflichterfüllung unter dem Druck gesellschaftlicher Anschauungen zu Sitte und Anstand nicht gerade als das Paradebeispiel einer Schenkung bezeichnen würde. Nach der Rsp gilt ganz allgemein für unentgeltliche Leistungen, dass solche nur dann vorliegen würden, wenn darin „ein Akt der Freigebigkeit“ zu erblicken sei.<sup>84</sup> Treffend merkt auch Kletečka an, dass es sich hier um eine *contradictio in adiecto* handelt.<sup>85</sup>

Obwohl in § 938 ABGB nicht vorkommend, verlangt die Rsp für das Zustandekommen einer Schenkung das Vorliegen von Schenkungsabsicht. Diese liege „in der Absicht einer unentgeltlichen, das heißt auf keine Gegenleistung bezogenen und freiwilligen (freigiebigen) und damit auch nicht durch sittliche Pflicht verlangten Leistung“.<sup>86</sup> Über die Schenkungsabsicht und das ebenfalls nicht in § 938 ABGB enthaltene Tatbestandsmerkmal der Freiwilligkeit<sup>87</sup> wird der Weg dafür geebnet, die Schenkung aus sittlicher Pflicht bzw allgemein Zuwendungen von Vermögenswerten aus einer – erneut nicht im Gesetz vorkommenden – moralischen, sittlichen oder Anstandspflicht entgegen ihrer mehrfachen<sup>88</sup> Bezeichnung durch den Gesetzgeber nicht als Schenkung zu behandeln.<sup>89</sup> Das hat zur von der Rsp beabsichtigten Konsequenz geführt, dass die strengen Formvorschriften für Schenkungen nicht zur Anwendung gelangen (zur Formpflicht unten F.).

Die überwiegende Lehre, selbst ein Verfechter der Notwendigkeit von Schenkungsabsicht und Freiwilligkeit für das Zustandekommen eines Schenkungsvertrags,<sup>90</sup> findet sich hier – wohl unbemerkt – in einer Zwickmühle wieder, weil sie der Rsp entgegenhält, dass es mit Blick auf die Erwähnung der Schenkung aus sittlicher Pflicht in § 784 ABGB, § 29 Z 1 IO und § 440 Z 1 EO (vormals § 3 Z 1 AnfG) doch angebrachter oder vorzugswürdiger sei, den Schenkungscharakter zu bejahen.<sup>91</sup> Wie das mit der Betonung von Schenkungsabsicht und Freiwilligkeit zusammenpasst, die der Rsp gerade als Argument für die gegenteilige Ansicht dienen, wird in der Lehre nicht näher ausgeführt, insb weil man inhaltlich ohnehin zum selben Ergebnis wie die Rsp gelangen möchte. Auch die überwiegende Lehre erklärt die für Schenkungen geltenden Formvorschriften mangels Bedarfs an Übereilungsschutz ohne nähere Begründung für nicht anwendbar (zur Formpflicht unten F.). Aufgrund dieser inhaltlichen Übereinstimmung sieht die Rsp keinen Bedarf, von ihrer Meinung abzugehen.<sup>92</sup> Das ist die widersprüchliche Ausgangslage.

### 2. Eigene Ansicht

#### a) Systematische Überlegungen

Wer vertritt, dass die Pflicht- und Anstandsschenkung keine oder keine vollwertige Schenkung sei, muss zumindest zwei Fragen zufriedenstellend beantworten können. 1) Warum sollte sich der Gesetzgeber gleich in mehreren Gesetzen zu verschiedenen Zeiten in der Bezeichnung und damit der Einordnung als Schenkung vergriffen haben? 2) Was für eine Art von Rechtsgeschäft mit welchen Rechtsfolgen ist die Zuwendung von Vermögen aufgrund sittlicher Pflicht oder aus Gründen des Anstandes dann? Auf beide Fragen gibt es keine befriedigenden Antworten.

Die hA<sup>93</sup> weist zu Recht auf die Existenz mehrerer Normen hin, die ausdrücklich eine Schenkung aus sittlicher Pflicht und aus Gründen des Anstands erwähnen. Dies sind § 784 (vormals § 785) ABGB, § 29 Z 1 IO (vormals KO) sowie § 440 Z 1 EO (vormals § 3 Z 1 AnfO). Stanzl, der mit seiner Kommentierung wesentlichen Anteil an der ablehnenden Ansicht der Rsp hat, meint, dass diese Vorschriften nichts darüber sagen würden, „unter welchen Voraussetzungen solche Verfügungen Schenkungen seien“.<sup>94</sup> Das ist eine auffallende Parallele zu den knapp 40 Jahre älteren Ausführungen von Liebisch zu § 534 BGB. Diese Bestimmung regelt, dass Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmende Rücksicht entsprochen wird, nicht der Rückforderung und dem Widerruf unterliegen. Liebisch wendet sich gegen die von Tuhr'sche Ansicht, der in § 534 BGB die Anerkennung der Schenkung aus sittlicher Pflicht als Schenkung sieht.<sup>95</sup> Damit diese Ansicht zutreffe, müsse – so Liebisch – § 534 doch vielmehr lauten „Zuwendungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, sind Schenkungen, unterliegen aber nicht der Rückforderung und dem Widerruf“.<sup>96</sup> In Wirklichkeit sage § 534 BGB aber nur, dass für die genannten Zuwendungen gewisse Ausnahmen von den Schenkungsvorschriften gelten sollen, „sofern sie Schenkungen sind“, aber „darüber, wann sie Schenkungen sind, sagt er gar nichts“.<sup>97</sup> Liebisch und Stanzl verwenden also dasselbe Argument – dass im Gesetzestext die Schenkung aus sittlicher Pflicht erwähnt werde, sage noch nichts darüber aus, ob es sich tatsächlich um eine Schenkung handle, sondern nur, dass diese Vorschrift anwendbar sei, wenn tatsächlich eine Schenkung vorliege.

Liebisch ist insb entgegenzuhalten, dass es nicht zutrifft, dass § 534 BGB „in Wirklichkeit“ dahingehend laute, dass die Ausnahme von Rückforderung und Widerruf nur für Zuwendungen gelte, „sofern sie Schenkung sind“. Das Wort „sofern“ stammt ausschließlich aus seiner und nicht aus der Feder des Gesetzgebers. Aber auch die von Stanzl herangezogenen österreichischen Bestimmungen haben keinen konditionalen Charakter. Wie es

<sup>84</sup> 7 Ob 652/85.

<sup>85</sup> Kletečka, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht (2015) 89 (104).

<sup>86</sup> Etwa 9 ObA 143/88; s auch 6 Ob 1573/95; 2 Ob 201/17y NZ 2019/15.

<sup>87</sup> Krit schon Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 23.

<sup>88</sup> § 29 Z 1 IO; § 440 Z 1 EO; § 784 ABGB; nur auf eine sittliche Pflicht nehmen Bezug § 5 c Abs 2 Kinderbetreuungsgeldgesetz, § 17 Abs 1 Karenzgeldgesetz. Etwa 6 Ob 190/21s; 5 Ob 189/19h NZ 2020/148; 6 Ob 1573/95; 9 ObA 143/88; 7 Ob 260/63; insb im Anschluss an Stanzl in Klang<sup>2</sup> IV/1 588f; dazu, dass die Anerkennung einer „Gewissenspflicht“ kein Akt bloßer Freigebigkeit und somit keine Schenkung sei, weshalb die Formvorschriften des § 943 ABGB nicht zur Anwendung gelangen würden s bereits GIU 2066.

<sup>89</sup> Liedermann in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKomm<sup>6</sup> § 938 Rz 3; Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 23, 30; Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 938 Rz 11; Schubert in Rummel<sup>3</sup> § 938 ABGB Rz 4.

<sup>90</sup> A. Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup> 366; F. Bydlinki, Entscheidungsanmerkung zu OGH 6 Ob 227/70, JBl 1971, 197 (198, in FN 1); Kircher, Schenkungssteuer beim unverzinslichen Familiendarlehen, eolex 1990, 109 (110); Schubert in Rummel<sup>3</sup> § 938 ABGB Rz 4; Riedler, Reformbedarf bei Schenkungs-, Verwahrungs-, Leih- und Darlehensvertrag? ÖJZ 2008, 624 (625); Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 27f; Parapatits in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 938 ABGB Rz 30; Welser/Zöchling-Jud, Grundriss II<sup>14</sup> Rz 843; Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 938 Rz 17; Bollenberger/P. Bydlinki in KBB<sup>7</sup> § 938 Rz 4; Rabl/Herndl/Schickmair, Schuldrecht BT, in Laimer/Rabl, Bürgerliches Recht I (2025) Rz 3/3.

<sup>92</sup> Vgl 5 Ob 189/19h NZ 2020/148.

<sup>93</sup> Siehe die Nachweise in FN 30.

<sup>94</sup> Stanzl in Klang<sup>2</sup> IV/1 588.

<sup>95</sup> Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (1918) 69 (in FN 33) und nochmals 149.

<sup>96</sup> Liebisch, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden (1927) 44.

<sup>97</sup> Liebisch, Unentgeltliche Zuwendungen 44.

möglich sein soll, dass es sich nach *Stanzl* „einmal um Schenkungen, ein anderes Mal um die Erfüllung von sittlichen oder Anstandspflichten handelt“<sup>98</sup> wenn der Gesetzestext von einer Schenkung aus sittlicher Pflicht spricht, bleibt ebenfalls offen. Dass aus diesen Bestimmungen nicht hervorgeht, unter welchen Voraussetzungen solche Verfügungen Schenkung sind, hat einen Grund – es ist aus systematischen Erwägungen schlicht nicht notwendig. Wenn unentgeltliche Zuwendungen in Erfüllung einer sittlichen Pflicht keine Schenkungen wären, dann hätte der Gesetzgeber keinen Bedarf gehabt, gleich in mehreren Gesetzen eine Ausnahmebestimmung mit Blick auf eine isolierte Rechtsfolge einzufügen. Mit anderen Worten: Die Ausnahmebestimmungen wären überflüssig, wenn es sich von vornherein nicht um Schenkungen handeln würde.<sup>99</sup>

Die genannten Gesetzesbestimmungen erkennen somit auch Zuwendungen in Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstands als Schenkung an.<sup>100</sup> Die vom Gesetzgeber mehrfach gewählte Bezeichnung zeigt, dass hier an das Vorliegen einer Schenkung mit all ihren Rechtsfolgen gedacht wurde und einzig die Anrechnung im Erbrecht sowie die Anfechtung aufgrund des besonderen Charakters mit Blick auf sittliche und Anstandspflichten als nicht passend erschienen, weshalb genau diese punktuellen Ausnahmen im Gesetz festgeschrieben wurden.

Davon abgesehen beantwortet das Ergebnis von *Stanzl*, dass es sich dann eben um die Erfüllung von sittlichen oder Anstandspflichten handle, nur die Frage, was solche Leistungen nicht sind, nicht aber, wie mit ihnen tatsächlich umzugehen ist.<sup>101</sup> *Bollenberger* und *P. Bydlinski* weisen in diesem Zusammenhang auf weitere offene Fragen wie die Anfechtung wegen Motivirrtums, den Widerruf oder die Anwendung des § 367 ABGB hin, weil es mit der Nichtanwendbarkeit der Formvorschriften bei Verneinung des Schenkungscharakters nicht getan ist.<sup>102</sup>

Weiters meint *Stanzl*, wenn denn schon Schenkungen vorliegen würden, dann würde ihnen das Gesetz „wesentliche Stücke des Schenkungscharakters“ nehmen.<sup>103</sup> Auch dem kann nicht gefolgt werden. Die einzige Rechtsfolge, die § 784 ABGB nach sich zieht, ist die Ausnahme von der Anrechnung. Damit betrifft § 784 ABGB nicht einmal den Kern des Schenkungsrechts, sondern eine einzelne erbrechtliche Frage, die es nur zu behandeln gilt, wenn der Erbl bestimmte Schenkungen gemacht hat. Dasselbe gilt für das Anfechtungsrecht. Auch hier werden Kernfragen des Schenkungsrechts wie etwa Vertragsnatur, Formpflicht, Widerruf etc nicht berührt.

## b) Causa oder Motiv?

Schon *Ehrenzweig* hat zu den Pflichtschenkungen festgehalten, dass an die Stelle des rechtlichen der gesellschaftliche Zwang tritt, „der nicht selten der wirksamere ist“.<sup>104</sup> Das ist eine gute Zusammenfassung der Problematik und wohl auch der Grund, warum man der Schenkung aus sittlicher Pflicht und aus Gründen des Anstands den Schenkungscharakter absprechen möchte. Wer aufgrund gesellschaftlichen Zwangs leistet, der leistet nicht freiwillig, und wer nicht freiwillig leistet, macht nach hA keine Schenkung. Warum aber das Motiv hinter dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts, das ansonsten alle Merkmale der Schenkung aufweist, über dessen rechtliche Qualifikation entscheiden sollte, ist nicht ersichtlich. § 940 ABGB ist deutlich: Es verändert das Wesen der Schenkung nicht, wenn sie aus Erkenntlichkeit, in Rücksicht auf die Verdienste des Beschenkten oder als eine besondere Belohnung gemacht worden ist, solange nur ein bestimmendes Kriterium erfüllt ist, nämlich dass der Beschenkte vorher kein Klagerecht auf die Leistung gehabt hat.

Sittliche und Anstandspflichten sind keine rechtlichen Pflichten, sodass es hier kein das Wesen einer Schenkung ausschließendes Klagerecht iSd § 940 ABGB geben kann. Bei Nichterfüllung muss der solcherart „Verpflichtete“ vielleicht gesellschaftliche Nachteile oder sinkendes Ansehen in Kauf nehmen, er kann aber gewiss sein, dass ihn niemand unter Zuhilfenahme staatlicher Zwangsgewalt zur Leistungserbringung zwingen wird. Dass es auch außerrechtliche Pflichten gibt, die nach gesellschaftlichen Anschauungen „zu erfüllen sind“, tut dem keinen Abbruch. Immerhin könnte sich der solcherart Verpflichtete auch entscheiden, nicht zu leisten. Derjenige, der einem mittels Klagerecht durchsetzbaren Anspruch ausgeliefert ist, hat diese Wahlfreiheit nicht.

Wenn also der Beweggrund des Geschenkgebers gem § 940 ABGB ohne Relevanz ist, dann müssen auch außerrechtliche Pflichten als Beweggrund ohne Relevanz sein. Der Gesetzgeber, der Qualifikation und Entstehen eines Schenkungsvertrags gerade nicht von der Motivlage des Geschenkgebers abhängig macht, bleibt seiner Linie auch bei der Schenkung aus sittlicher Pflicht und aus Gründen des Anstands treu. Er tritt nämlich nicht am Anfang, also bei der Frage, ob es sich überhaupt um eine Schenkung handelt, sondern erst am Ende auf den Plan, also dann, wenn die an sich neutrale Schenkung aufgrund einer für berücksichtigungswert erklärten Motivlage in bestimmten Punkten privilegiert werden soll. Gerade in der Anordnung der Nicht-Anrechenbarkeit in § 784 ABGB oder der Nicht-Anfechtbarkeit in § 29 Z 1 IO, § 440 Z 1 EO liegt die Anerkennung jener Umstände, die den Geschenkgeber zum Vertragsschluss bewogen haben. Immerhin kommt auch niemand auf die Idee, den Schenkungscharakter von Schenkungen zu gemeinnützigen Zwecken iSd § 784 ABGB in Frage zu stellen, obwohl auch hier die Motivlage des Geschenkgebers eine teilweise Privilegierung des Vermögensstransfers zur Folge hat. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber greift erst bei den Rechtsfolgen, nicht schon beim Entstehen des Schenkungsvertrages ein.

Immer dann, wenn außerrechtliche Erwägungen konkrete Rechtsfolgen nach sich ziehen sollen, herrscht Unsicherheit und zu Recht auch Misstrauen.<sup>105</sup> Beim Bestehen einer Pflicht geht man im juristischen Kontext zuallererst von einer aus dem Gesetz folgenden und damit letztendlich erzwingbaren Rechtspflicht aus, weil man sich nur einer solchen Pflicht in einem Rechtsstaat nicht entziehen kann. Wie kann man aber erklären, dass jemand nicht aus rechtlicher Verpflichtung, schon aber aus sittlicher Pflicht etwas leisten „muss“? Die Rechtsordnung versagt Ansprüchen, die bloß auf sittlichen Überlegungen beruhen, die zwangsweise Durchsetzung, mögen sie noch so naheliegend, selbstverständlich, logisch oder geboten erscheinen. Ohne subjektives Recht kein Anspruch.

Sittliche Pflicht ist daher Motiv und nicht *causa* – man erfüllt nicht die durch sittliche Umstände entstandene Pflicht, sondern

<sup>98</sup> *Stanzl* in Klang<sup>2</sup> IV/1 588f.

<sup>99</sup> So deutlich wie bei *Liedermann*, Die Schenkung (Diss, Wien, 2012) 73 kommt dies für die österreichische Rechtslage allerdings nirgends zum Ausdruck; zur vergleichbaren Situation bei § 534 BGB s etwa *Koch* in MüKoBGB<sup>9</sup> IV/2 § 534 Rz 1: „[...] bringt damit im Gegenschluss zum Ausdruck, dass es sich auch bei diesen Schenkungsformen um echte Schenkungen handelt“.

<sup>100</sup> So bereits *A. Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup> 366; *F. Bydlinski*, JBl 1971, 197 (198).

<sup>101</sup> Darauf weist etwa *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 27, hin.

<sup>102</sup> *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>7</sup> § 938 Rz 4.

<sup>103</sup> *Stanzl* in Klang<sup>2</sup> IV/1 589.

<sup>104</sup> *A. Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup> 366; *Welser/Kletečka*, Grundriss I<sup>15</sup> Rz 7 („übt oft eine gewaltige Macht aus“).

<sup>105</sup> Vgl insb *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 89 (104).

nimmt die Schenkung aufgrund dieses Motivs vor. Weder sittliche Pflicht noch Anstand sind Entstehungsgrund einer rechtlichen Verpflichtung, wie schon von *Tuhr* festgehalten hat.<sup>106</sup> Somit ist zu konstatieren, dass Pflicht- und Anstandsschenkungen genau das sind, was ihre Bezeichnung nahelegt – eine Schenkung iSd § 938 ABGB, auf die das Schenkungsrecht des ABGB Anwendung findet. Die für das Entstehen eines Schenkungsvertrags gem § 940 ABGB irrelevante Motivlage ist erst auf Rechtsfolgen-seite gem § 784 ABGB, § 29 IO und § 440 EO von punktuell beschränkter Relevanz.

## F. Formpflicht

### 1. Ausgangslage

Die überwiegende Lehre erklärt die für Schenkungen geltenden Formvorschriften (Notariatsakt oder wirkliche Übergabe) mangels Bedarfs an Übereilungsschutz ohne nähere Begründung für nicht anwendbar.<sup>107</sup> Daher sieht die Rsp auch keinen Anlass, von ihrer Ansicht abzugehen, dass es sich hier nicht unbedingt um Schenkungen handeln würde.<sup>108</sup> Im Gegenteil ist es geradezu beabsichtigt,<sup>109</sup> dass die strengen Formvorschriften für Schenkungen nicht zur Anwendung gelangen sollen.<sup>110</sup> Wenn man aber davon ausgeht, dass es sich bei der Schenkung aus sittlicher Pflicht oder aus Gründen des Anstands um eine vollwertige Schenkung iSd § 938 ABGB handelt, auf die das Schenkungsrecht des ABGB Anwendung findet, stellt sich allenfalls die Frage nach der teleologischen Reduktion der Formvorschriften.

### 2. Der angeblich fehlende Übereilungsschutz

Die Begründung der Lehre für die Ausnahme der Schenkung aus sittlicher Pflicht ist nur eine scheinbare. Sie geht zwar entgegen der Rsp davon aus, dass die Schenkung aus sittlicher Pflicht tatsächlich eine Schenkung ist, kommt aber inhaltlich zum selben Ergebnis, weil der Geschenkgeber aufgrund der sittlichen Pflicht nicht vor Übereilung geschützt werden müsse und daher die Formpflicht nicht notwendig sei.<sup>111</sup> Dahinter steht offenbar der Gedanke, dass die Leistung des Geschenkgebers nicht wie bei der „gewöhnlichen“ Schenkung aus Altruismus geschieht, sondern aus Verpflichtung – dass der Geschenkgeber leistet, „gehört sich eben“. Demnach könne es kein unbedachtes oder überstürztes Versprechen sein, vor dem er geschützt werden müsse. Es ist mE aber genau umgekehrt. Dass es gerade bei der Pflicht- und Anstandsschenkungen eines Übereilungsschutzes bedarf, ist nachfolgend zu begründen.

### 3. Der notwendige Übereilungsschutz

Die Problematik lässt sich anhand des Sachverhalts, der 8 Ob 630/92<sup>112</sup> zugrunde lag, erörtern. Ein pflegebedürftiger Mann zieht zu einer Frau (der späteren Bekl), lebt mit ihr in eheähnlicher Lebensgemeinschaft und wird von ihr acht Jahre lang gepflegt. Von seiner Pension iHv 21.410,- Schilling erhält die pflegende Frau monatlich 5.000,-, später dann 7.000,- Schilling. Der Mann setzt seine uneheliche Tochter zur Alleinerbin ein, die von der Bekl nach dessen Tod ein Sparbuch mit einem Guthaben von knapp einer halben Million Schilling herausverlangt. Dagegen wendet die Beklagte ein, sie habe das Sparbuch durch die Nennung des Lösungsworts geschenkt bekommen; zudem sollten damit ihre Pflegeleistungen abgegolten werden. Ist die Abgeltung der Pflege eine Leistung aus sittlicher Pflicht, schadet nach dem OGH die fehlende Übergabe des Sparbuchs, das erst nach dem Tod in die Hände der Bekl gelangte, nicht.

*Wilhelm* weist in seiner Glosse darauf hin, dass eine hier auch mögliche belohnende Schenkung (§ 940 ABGB) den Schen-

kungsregeln unterstellt wäre und der Zweck der wirklichen Übergabe weniger im Übereilungsschutz, sondern mehr dem Beweis der Ernstlichkeit des Schenkungswillens diene. Gleichzeitig merkt er an, dass aus „Gründen der Rechtssicherheit“ an der Rsp wie bisher festzuhalten sei, selbst wenn gar nicht anzunehmen sei, dass diese juristischen Laien bekannt sei.<sup>113</sup>

Ohne Formpflicht könnte allerdings jedes Wort der Dankbarkeit wirtschaftliche Folgen haben. Da schnell einmal etwas versprochen ist, bedarf es der wirklichen Übergabe oder des Notariatsaktes. Aus Gründen der Rechtssicherheit an einer Rsp festzuhalten, die entgegen dem Gesetzestext das Erfüllen einer bestimmten Form zum Nachteil des Versprechenden für nicht notwendig erachtet, ist wohl mehr vom Wunsch getragen, solche Verfügungen aufrecht zu belassen, weil das Ergebnis offenbar aus ethisch-moralischer Perspektive überzeugend scheint: Die Tochter erhält ohnehin den Nachlass und die Frau darf sich für acht Jahre Pflege zusätzlich zu den monatlichen Zahlungen auch noch das Sparbuch behalten. Oder wie es *Liedermann* zur Schenkung aus sittlicher Pflicht treffend ausdrückt: Die Angemessenheitsprüfung im gesellschaftlichen Kreis ersetzt die Übereilungsprüfung.<sup>114</sup>

Zumindest die Frage der Abgeltung von Pflegeleistungen ist seit dem ErbRÄG 2015 durch das neu geschaffene Pflegevermächtnis entschärft.<sup>115</sup> Das ändert aber nichts daran, dass die grundlegende Problematik einer Lösung bedarf, die aber nicht darin liegen kann, entweder den Gesetzestext nicht zu beachten oder die Notwendigkeit des Übereilungsschutzes zu leugnen. Gerade weil es keine rechtlich durchsetzbare Pflicht zur Leistung gibt, bedarf der Geschenkgeber in besonderem Maße eines Schutzes vor Übereilung. Die Möglichkeit, jemandem ein schlechtes Gewissen einzureden, weil Sitte, Moral und Anstand die Leistung verlangen würden und die soziale Ächtung drohe, bedeutet Stress und eine psychologische Drucksituation. Der einzige Ausweg aus einer solchen höchst unangenehmen Situation ist die Zusage einer Leistung, die dann aber rechtlich bindend sein soll. Wie schon *Ehrenzweig* geschrieben hat, tritt an die Stelle

<sup>106</sup> *Tuhr*, Allgemeiner Teil 69 (in FN 33) und nochmals 149.

<sup>107</sup> *F. Bydliński*, JBl 1971, 197 (198, in FN 1); *Wilhelm*, Privatrechtliche Probleme der Subvention, in *Wenger*, Förderungsverwaltung (1973) 195 (232); *Wilhelm*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 8 Ob 630/92, *ecolex* 1993, 86 (86); *Berger* in *Reithmann/Berger/Eccher/Zimmermann*, Gutachten für die Fachveranstaltungen des 3. Österreichischen Notariatskongresses 1986 „175 Jahre ABGB“ (1986) 41 (64); *Schubert* in *Rummel*<sup>3</sup> § 938 ABGB Rz 4; *Riedler*, ÖJZ 2008, 624 (625); *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*<sup>5</sup> § 938 ABGB Rz 30; *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 938 Rz 17; *Bollenberger/P. Bydliński* in *KBB*<sup>7</sup> § 938 Rz 4; *Rabl/Herndl/Schickmair*, Schuldrecht BT, in *Laimer/Rabl*, Bürgerliches Recht I (2025) Rz 3/3; die Unzulässigkeit der Ausklammerung aus dem Schenkungsbegriff betonend *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II<sup>14</sup> Rz 843. Für Formpflicht, weil diese Schenkungen von den gesetzlichen Ausnahmen abgesehen nach Schenkungsrecht zu behandeln seien *A. Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup> 366; höchst skeptisch zum nicht notwendigen Übereilungsschutz *Kellner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*<sup>4</sup> § 938 ABGB Rz 24; ebenso *Fritzer*, Form 287 (in FN 2101); *Liedermann*, Die Schenkung (Diss, Wien) 74.

<sup>108</sup> Vgl 5 Ob 189/19h NZ 2020/148.

<sup>109</sup> *Wilhelm* in *Wenger*, Förderungsverwaltung 195 (232); *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II<sup>14</sup> Rz 843; *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 938 Rz 17.

<sup>110</sup> Deutlich sichtbar etwa im Sachverhalt zu 8 Ob 630/92 *ecolex* 1993, 86 (*Wilhelm*) (Zusage eines Sparbuchs für die jahrelange Pflege ohne wirkliche Übergabe); ebenso in 5 Ob 189/19h NZ 2020/148, wo erneut die Unwirksamkeit wegen fehlenden Notariatsakts vermieden werden sollte; vgl schon *GLU* 2066, wo die Anwendbarkeit des § 943 ABGB wegen der Anerkennung einer „Gewissenspflicht“ verneint wurde, weil deshalb keine Schenkung vorliege.

<sup>111</sup> Siehe die Nachweise in FN 46.

<sup>112</sup> 8 Ob 630/92 *ecolex* 1993, 86 (*Wilhelm*).

<sup>113</sup> *Wilhelm*, *ecolex* 1993, 86 (86).

<sup>114</sup> *Liedermann*, Die Schenkung (Diss, Wien) 74.

<sup>115</sup> *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 89 (104).

des rechtlichen der gesellschaftliche Zwang – und der ist „nicht selten der wirksamere“.<sup>116</sup> Wer einem wirksameren Zwang als einem rechtlichen ausgesetzt ist, der bedarf dringend eines Schutzes vor unüberlegten Handlungen und Zusagen. Mit anderen Worten: Gerade, weil man unter hohem Druck steht, eine Leistung zuzusagen, zu der man rechtlich nicht gezwungen werden kann, muss man besonders geschützt werden.

In der Lehre regt sich leichter Widerstand gegen die These des fehlenden Übereilungsschutzes, wenn es heißt, dass auch „moralisch richtige“ Entscheidungen übereilt getroffen werden können und der aus sittlicher Pflicht Schenkende nicht vom Übereilungsschutz und somit vom Formzwang ausgenommen werden dürfe.<sup>117</sup> In diesem Zusammenhang wird zu Recht auch auf § 534 BGB hingewiesen.<sup>118</sup> Nach dieser Bestimmung unterliegen Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, weder der Rückforderung noch dem Widerruf. Sowohl Lehre als auch Rsp gehen hierbei von der Anwendbarkeit des § 518 BGB aus, also dass zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich ist, weil es sich auch bei solchen Schenkungen um echte Schenkungen iSd § 516 BGB handelt.<sup>119</sup>

Zusammengefasst ist die Pflicht- und Anstandsschenkung eine gewöhnliche Schenkung iSd § 938 ABGB, sodass auch die entsprechenden Formpflichten einzuhalten sind. Entgegen der hA kann nicht von einem fehlenden Übereilungsschutz gesprochen werden. Im Gegenteil bedürfen gerade jene, die sich nicht durch rechtlichen, sondern durch moralisch-psychischen Druck zu einer Leistung veranlasst sehen oder von Dritten veranlasst werden, eines starken Übereilungsschutzes. Daher ist sowohl der bisherigen Rsp als auch der hA nicht zu folgen. Eine teleologische Reduktion der Formvorschriften oder sonstiger Voraussetzungen für das gültige Zustandekommen einer Pflicht- und Anstandsschenkung kommt nicht in Frage.

## G. Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Beibehaltung der Schenkung aus sittlicher Pflicht und Gründen des Anstands durch das ErbRÄG 2015 ist auf Kritik gestoßen.<sup>120</sup> Von der grundsätzlichen Problematik – rechtlich nicht durchsetzbar, aber „moralisch verpflichtend“ – abgesehen, entscheidet sich, ob Pflichtteilsberechtigte womöglich gänzlich leer ausgehen, anhand eines kaum jemals objektivierbaren außerrechtlichen Moralbegriffs.<sup>121</sup> Kletečka äußert daher verfassungs-

rechtliche Bedenken, wenn der Gesetzesanwender auf „Normen“ außerhalb des verfassungsmäßigen Rechtsquellensystems verwiesen wird.<sup>122</sup> Dem steht nämlich das Prinzip der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems entgegen, wonach keine Rechtsquellen geschaffen werden können, die nicht in der Bundesverfassung vorgesehen sind.<sup>123</sup> Während bei § 879 ABGB noch die Argumentation gelingen wird, dass sich der Beurteilungsmaßstab allgemein aus dem ABGB bzw der Rechtsordnung ableiten lasse, versagt dieser Zugang hier vollkommen, weil ausdrücklich auf Sitte und Anstand abgestellt wird.<sup>124</sup>

## H. Zusammenfassung

Als zentrale These wird herausgearbeitet, dass die Schenkung aus sittlicher Pflicht und aus Gründen des Anstands entgegen der Rsp als vollwertige Schenkung iSd § 938 ABGB zu qualifizieren ist, da sittliche Verpflichtungen lediglich das Motiv, nicht aber die rechtliche Causa sind. Daraus folgt entgegen der hL die Anwendbarkeit der schenkungsrechtlichen Formvorschriften, da gerade die psychische Drucksituation einer moralischen Erwartungshaltung einen erhöhten Schutz vor Übereilung erforderlich macht. Zur Bestimmung des Vorliegens und des Umfangs einer solchen Schenkung ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der sich an der Verkehrsanschauung und den Vermögensverhältnissen der Beteiligten orientiert. Die Heranziehung außerrechtlicher Moralbegriffe als Entscheidungsgrundlage für den Entzug von Pflichtteilsansprüchen gefährdet allerdings das Prinzip der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems.

<sup>116</sup> A. Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup> 366; in diesem Sinne auch Welser/Kletečka, Grundriss I<sup>5</sup> Rz 7 („übt oft eine gewaltige Macht aus“).

<sup>117</sup> Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger<sup>4</sup> § 938 ABGB Rz 24; Fritzer, Form 287 (in FN 2101); Liedermann, Die Schenkung (Diss, Wien) 74.

<sup>118</sup> Fritzer, Form 287 (in FN 2101).

<sup>119</sup> Die Anwendbarkeit von § 518 BGB ausdrücklich bejahend schon RG IV 800/28 RGZ 125, 380, 382ff; zur hA s nur Grundmann, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198 (1998), 457 (478); Koch in MüKoBGB<sup>9</sup> IV/2 § 534 Rz 1; Chiusi in Staudinger<sup>2021</sup> § 534 Rz 3 mwN; die aA von Migsch, AcP 173 (1973), 46 (69) hat sich zu Recht nicht durchgesetzt.

<sup>120</sup> Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht 89 (103f); tendenziell zust Nemeth/Niedermayr in Schwimmann/Kodek<sup>3</sup> § 784 ABGB Rz 8.

<sup>121</sup> Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht 89 (104).

<sup>122</sup> Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht 89 (104).

<sup>123</sup> Vgl Eberhard, Altes und Neues zur „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“, ÖJZ 2007, 679; VfGH G 95/04 ua VfSlg 17394 mwN.

<sup>124</sup> Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht 89 (104).

Mit **RDB Keywords** gibt es keinen Zweifel mehr: Bei der

## Erbausschlagung

bekommt niemand einen Pferdetritt  
und schon gar keine roten Pusteln.



### RDB Keywords

Juristische Begriffe schnell und  
unkompliziert erklärt.

rdb.at  
MANZ