

§§ 938 ff – Vorbemerkungen

Stand 29.4.2020

§§ 938-955 (sechzehn §§)

Allgemein:

- Alles Urbestand!

Zentralprobleme dieser Normengruppe:

- Vieles ist veraltet, einigen Normen wurde bereits vor längerer Zeit materiell derogiert.
- Zum Teil fehlen wichtige Grundsätze, während seltene Konstellationen näher geregelt werden (Beispiele dazu folgen).
- Manches ist sprachlich oder inhaltlich schwer verständlich (Beispiele dazu folgen).

Wichtige Detailspekte:

- **§ 939** behandelt sehr knapp und schwer verständlich den unentgeltlichen Schulderrlass (**Verzicht**), der nur bei Einwilligung des Begünstigten als Schenkung(svertrag) eingeordnet wird. Offen bleibt, ob er der Notariatsaktsform bedarf; aber auch, was ohne die Einwilligung gilt. Überdies wäre eine Abstimmung mit § 1381, vor allem aber mit § 1444 wünschenswert, dessen Formulierung eher für die Möglichkeit eines einseitigen Verzichts spricht.
- **§ 955** sieht für einen seltenen – und schwer greifbaren – Sonderfall aktive und passive Unvererblichkeit vor. Es fehlt aber die Grundregel (Vererblichkeit).

Terminologisches/Formales:

- Gelegentlich wird in der Formulierung auf die Verfügung statt auf die Verpflichtung abgestellt (so gleich zu Beginn bei der Definition des Schenkungsvertrages in **§ 938**).
- Einige unklare Ausdrücke wie etwa „wahre Schenkung im Ganzen“ (**§ 942**), „Unterstützung in gewissen Fristen zugesichert“ (**§ 955**).
- In **§ 946** heißt es – wie öfters im ABGB – „dürfen“, obwohl „können“ gemeint ist.

de lege ferenda (Auswahl):

- Der **unentgeltliche Verzicht** in **§ 939** sollte – in Abstimmung mit den §§ 1381 und 1444 – positiv und nicht wie derzeit (in wenig klarer Weise negativ) geregelt werden; der Vertragscharakter (Zweiseitigkeit) muss deutlich werden. Der terminologisch unpassende Hinweis auf die „Abtretung“ wäre zu ändern oder zu streichen. Günstig wäre überdies eine ausdrückliche gesetzliche Entscheidung über Formfreiheit oder Formpflicht.
- Die Selbstverständlichkeit, dass keine Schenkung vorliegt, wenn der Gläubiger bereits einen entsprechenden Anspruch („Klagerecht“) gegen den Schuldner hatte, wird gleich zweimal (in den **§§ 940 und 941**) erwähnt. Ersatzlose Streichung empfohlen.
- Gleiches gilt für die unzutreffende Passage in **§ 941 aE**, wonach die Erfüllung ein entgeltlicher Vertrag ist.
- Einige Vorschriften erfassen bloß ganz ungewöhnliche Konstellationen und sind in einer modernen Kodifikation durchaus entbehrlich; so zB die Regel über „Schenkungen und Gegenschenkungen“ (**§ 942**) oder die über nachgeborene Kinder (**§ 954**); ebenso wohl **§ 955**.
- Umgekehrt ist Wichtiges sehr lückenhaft geregelt, so vor allem die **Haftung des Schenkers** in **§ 945** (bloß mit dem seltenen Sonderfall des wissentlichen Verschenkens einer fremden Sache).
- Beim Widerruf (**§§ 946 ff**) sollte unbedingt geregelt werden, auf welche Weise er vorgenommen werden kann: nur gerichtlich oder auch durch außergerichtliche Erklärung.
- **§ 949** ist sehr unübersichtlich und sollte zumindest besser gegliedert werden.
- Ad **Widerrufsgründe**: Die **§§ 950 und 953** passen systematisch nicht dazu, da es dort um die Rechte anderer Personen, nicht aber um ein Widerrufsrecht des Schenkers geht. **§ 954** (mangelnder Unterhalt) passt inhaltlich besser zu **§ 947**.
- Schon um Missverständnisse zu vermeiden sollten materiell derogierte Vorschriften auch formell aus dem Rechtsbestand entfernt oder rechtskonform formuliert werden. Das betrifft die Form der Schenkung, wo **§ 943** das Ausreichen der einfachen Schriftform suggeriert, sowie die gläubigernachteilige Schenkung (**§ 953**).