

# TE OGH 2010/1/27 3Ob217/09x

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.01.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie die Hofräte und Hofrätinnen Hon.-Prof. Dr. Sailer, Dr. Jensik, Dr. Fichtenau und Dr. Grohmann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei DI Thomas P\*\*\*\*\*, vertreten durch Fiebinger Polak Leon & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei Dr. Sonja V\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ihor-Andrij Maritzak, Rechtsanwalt in Wien als Verfahrenshelfer, wegen Widerrufs von Schenkungen und Anfechtung, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 17. Juli 2009, GZ 12 R 119/09x-28, womit der Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 30. Dezember 2008, GZ 4 Cg 214/08g-5, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Parteien haben die Kosten des Revisionsrekursverfahrens selbst zu tragen, und zwar die klagende und gefährdete Partei vorläufig, die beklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei dagegen endgültig.

## Text

Begründung:

Zwischen der klagenden und gefährdeten Partei (in der Folge nur: Kläger) und der erstbeklagten Partei im Hauptverfahren und Gegnerin der gefährdeten Partei (in der Folge nur: Beklagte) bestand von etwa 1997 bis 2005 eine Lebensgemeinschaft.

Mit Kaufvertrag vom 27. Jänner 1998 erwarb die Beklagte Miteigentumsanteile an einer Liegenschaft des Grundbuchs K\*\*\*\*\*, mit denen Wohnungseigentum an einer Wohnung untrennbar verbunden ist, um einen Kaufpreis von 2.400.000 S. Den gesamten Kaufpreis leistete der Kläger schenkungsweise für sie. Er zahlte vereinbarungsgemäß auch das Honorar für die Errichtung des Kaufvertrags.

Mit Schenkungsvertrag vom 29. Jänner 2002 schenkte und übergab der Kläger der Beklagten in seinem bücherlichen Eigentum stehenden Miteigentumsanteile an einer Liegenschaft des Grundbuchs U\*\*\*\*\*, mit denen Wohnungseigentum an einer Wohnung untrennbar verbunden ist. Gleichzeitig behielt er sich das lebenslange und unentgeltliche Fruchtgenussrecht sowie das Recht der Verwaltung der geschenkten Liegenschaftsanteile vor. Die Streitteile vereinbarten, dass die Beklagte den Schenkungsgegenstand mit dem gemeinsamen Sohn persönlich

uneingeschränkt zu nutzen berechtigt sei, wobei dem Kläger als Fruchtnießer gleichermaßen ein jederzeitiges Benützungsrecht zustehe, auf dessen Widerruf die Beklagte unwiderruflich verzichte. Sowohl ihr Eigentumsrecht als auch sein Fruchtgenussrecht wurden im Grundbuch einverleibt.

Mit am 7. Juni 2006 eingebrachter Klage widerrief der Kläger die Schenkung der Eigentumswohnung in K\*\*\*\*\*, mit weiterer am 7. August 2006 eingebrachter Klage widerrief er die Schenkung der Eigentumswohnung in U\*\*\*\*\*. Nach Zustellung dieser Klagen räumte die Beklagte ihrer Mutter mit Vereinbarung vom 21. August 2006 ob den Miteigentumsanteilen an der Wohnung in K\*\*\*\*\* ein Belastungs- und Veräußerungsverbot ein. Dieses wurde in der Folge verbüchert, war aber zunächst weder dem Kläger noch dessen Rechtsvertreter bekannt. Es war niemals Gegenstand dieser beiden Verfahren. Am 23. Mai 2007 fand in dem zweiten Verfahren eine mündliche Streitverhandlung mit einer Dauer von elf halben Stunden statt. Anwesend waren die Parteien und deren Rechtsvertreter. Das Belastungs- und Veräußerungsverbot wurde bei den Vergleichsverhandlungen weder von der Beklagten noch von deren Vertreter erwähnt. Letztlich erzielten die Parteien nach ein bis eineinhalb Stunden Übereinstimmung, dass die Beklagte die Wohnung in U\*\*\*\*\* erhalten (behalten) und der Kläger die Wohnung in K\*\*\*\*\* erhalten solle. Es wurde auch über Einrichtungsgegenstände in der letztgenannten Wohnung gesprochen. Die Beklagte erklärte, dass diese Einrichtungsgegenstände ihrer Mutter gehörten und ersuchte um die Möglichkeit, telefonisch mit dieser Kontakt aufzunehmen, um ihr Einverständnis einzuholen. Daraufhin verließen die Beklagte und ihr Rechtsvertreter den Verhandlungssaal. Sie telefonierte auf dem Gang mit ihrer Mutter und erzählte ihr von den Möbeln. Außerdem fragte sie sie, ob sie das Belastungs- und Veräußerungsverbot aufgeben werde. Die Mutter war dazu bereit und erklärte wörtlich: „Gib ihm alles, damit endlich eine Ruhe ist!“ Ein Telefonat zwischen dem Rechtsvertreter der Beklagten und deren Mutter fand nicht statt. Danach sagte die Beklagte keinem der im Verhandlungssaal Anwesenden, dass ihre Mutter bereit wäre, das Belastungs- und Veräußerungsverbot aufzugeben. In weiterer Folge schlossen die Parteien einen Vergleich, womit die Schenkung des Geldbetrags zum Kauf der Wohnung in K\*\*\*\*\* widerrufen und aufgehoben werde, die Beklagte in die Einverleibung des Eigentumsrechts des Klägers ob den betreffenden Liegenschaftsanteilen und der Kläger in die Löschung seines Fruchtgenussrechts an den Liegenschaftsanteilen in U\*\*\*\*\* einwilligte. Der Vergleich konnte nur von der Beklagten bis 13. Juni 2007 (Postaufgabe) widerrufen werden.

Allen bei der Verhandlung Anwesenden war klar, dass die Aufteilung der beiden Wohnungen in einem untrennbaren Zusammenhang stand. Der Kläger hätte den Vergleich niemals abgeschlossen, wenn er gewusst hätte, dass ein Belastungs- und Veräußerungsverbot ob der Wohnung in K\*\*\*\*\* bestand. Auch die Beklagte hätte den Vergleich nicht abgeschlossen, hätte sie die Wohnung in K\*\*\*\*\* verloren, die Wohnung in U\*\*\*\*\* aber nicht „bekommen“. Mit Schreiben vom 24. Mai 2007 teilte die Mutter der Beklagten deren Vertreter mit, dass sie ihre Einwilligung zur Löschung des Belastungs- und Veräußerungsverbots zurückziehe. Die Beklagte widerrief den Vergleich nicht.

Bei der Vorbereitung der Durchführung des Vergleichs erfuhren der Kläger und sein Vertreter erstmals vom Bestehen des Belastungs- und Veräußerungsverbots zugunsten der Mutter der Beklagten. In der Folge focht der Kläger den Vergleich erfolgreich wegen Irrtums an; dieser wurde mit (in zweiter Instanz unangefochten bestätigtem) Urteil aufgehoben.

Die Beklagte setzte gegenüber dem Kläger den gemeinsamen Sohn regelmäßig als Druckmittel ein, indem sie ihm damit drohte, dass er keinen Kontakt mehr mit diesem haben könne, wenn er ihren Forderungen nicht nachkomme. Auf diese Weise veranlasste sie ihn insbesondere zur Schenkung des Kaufpreises für die eine und zur Übertragung der anderen Wohnung.

In der Nacht vom 27. auf den 28. Oktober 2003 nächtigten sowohl der Kläger als auch die Beklagte und deren Mutter sowie der Sohn der Parteien in der Wohnung in U\*\*\*\*\*, nachdem der Kläger die am Fuß verletzte Beklagte vom AKH nach Hause gebracht hatte. In dieser Nacht rief die Beklagte die Polizei und behauptete, der Kläger habe sie verbal und körperlich attackiert. So habe er sich auf ihren verletzten, hochgelagerten Fuß gesetzt, die Schlafzimmertür aus den Angeln gehoben und unter das Bett geworfen, sie geschlagen und versucht, sie mit der Brause der Badewanne komplett nass zu spritzen. Anschließend habe er versucht, ihr mit dem Wasserkocher heißes Wasser in Gesicht zu schütten. Die Strafanzeige wurde der zuständigen Staatsanwaltschaft im Jahr 2008 zugeleitet, die das Verfahren wegen Verjährung einstellte.

Im Jahr 2005 beantragte der Kläger erstmals beim Pflegschaftsgericht die Einräumung eines Besuchsrechts zu seinem

Sohn, der meist bei seiner Großmutter lebte. Die Beklagte erhab in weiterer Folge immer wieder Anschuldigungen gegen den Kläger, um die Einräumung des Besuchsrechts zu unterlaufen. So sandte sie wiederholt Eingaben an das Gericht, in denen sie nicht der Wahrheit entsprechende Vorwürfe gegen ihn erhab. So sandte sie etwa ein undatiertes Schreiben in Kopie (unter anderem) an die zuständige Pflegschaftsrichterin, in dem sie behauptete, der Kläger habe es am 6. Februar 2006 während der Ausübung seines Besuchsrechts trotz ihrer dreimaligen Aufforderung abgelehnt, das kranke Kind ins Spital zu begleiten. Am 12. Februar 2006 sei er ohne vorherige Ankündigung ins AKH gekommen, in dem sich der Sohn wegen eines Ergusses am Knie und rezidivierenden Fiebers befunden habe, habe sich beim Kind als Arzt ausgegeben, um das Knie zu untersuchen, das Fieber zu kontrollieren und die Krankengeschichte anzuschauen. Er habe den Buben „in einer ohnehin vulnerablen Situation“ eingeschüchtert, indem er seine Schmerzen angezweifelt habe, und ihn „mit diversen anderen Dingen“ bedrängt. In einem Schreiben vom 26. März 2006 berichtete die Beklagte der Richterin von „diversen Übergriffen“ des Klägers gegenüber dem Sohn.

Alle diese Vorwürfe gegen den Kläger waren unwahr.

Am 13. Mai 2003 hatte die Beklagte bei der örtlichen Polizeidienststelle gegen den Kläger Strafanzeige erstattet, weil er ihr im Zeitraum 12. bis 13. Mai 2003 diversen Schmuck und einen Autoschlüssel für den auf sie zugelassenen Pkw gestohlen und überdies ein Schaf in dem zur Wohnung gehörenden Garten grasen lassen habe, wodurch die gesamte Grünfläche beschädigt und verschmutzt worden sei. Tatsächlich hatte der Kläger im Mai 2003 ein etwa 3 kg schweres Lamm aus seiner Schafzucht in den Garten gebracht, um dem damals fünfjährigen Sohn eine Freude zu machen. Darauf hatte die Beklagte hysterisch reagiert und das sofortige Wegbringen des Tieres gefordert. Die übrigen Vorwürfe in den Anzeigen entsprachen zur Gänze nicht den Tatsachen.

Am 29. Mai 2004 hatte die Beklagte neuerlich eine Strafanzeige gegen den Kläger erstattet und darin behauptet er habe zwischen 26. und 28. Mai 2004 den Lack ihres Fahrzeugs zerkratzt. Auch diese Vorwürfe entsprachen nicht den Tatsachen. Eine weitere Anzeige gegen den Kläger wegen §§ 127, 129, 229 StGB, die das Landesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung am 30. Juni 2006 weitergeleitet hatte, legte die zuständige Staatsanwaltschaft am 5. Juni 2007 gemäß § 90 Abs 1 StPO zurück.

Am 26. Februar 2008 brachte die Beklagte bei einem Bezirksgericht gegen den Kläger eine Privatanklage gemäß § 111 Abs 1 StGB ein. Sie stützte sich darauf, dass dieser als Kläger in einem Besitzstörungsverfahren ein Replik eingebracht habe, in der er ausgeführt habe: „Nicht der Kläger hält sich nicht an rechtskräftige Vergleiche, sondern die 'Erst-Beklagte schließt arglistig nicht durchführbare Vergleiche und widerruft in der Folge den durchführbaren Vergleich.“ Von dieser Anklage wurde der Kläger freigesprochen.

Am 30. Oktober 2008 brachte die Beklagte neuerlich beim Bezirksgericht eine Privatanklage wegen § 111 bzw §§ 12, 111 StGB einerseits gegen den Kläger und andererseits gegen dessen Rechtsverteinerin ein. Dieses Verfahren ist noch anhängig.

Mit allen ihren unberechtigten Anzeigen bzw Eingaben an das Pflegschaftsgericht verfolgte die Beklagte die Absicht, die Einräumung bzw Ausübung des Besuchsrechts des Klägers zu verhindern, indem sie ihn in einem schlechten Licht darstellte. Sie hielt es dabei zumindest ernstlich für möglich und fand sich damit ab, ihn zu Unrecht zu beschuldigen und dadurch in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen bzw herabzusetzen. Sie handelte überdies in dem Bewusstsein, ihm dadurch eine Kränkung zuzufügen.

Mit Vereinbarung vom 17. Oktober 2008 zwischen der Beklagten, ihrer Mutter und ihrem Sohn verzichtete die Mutter zunächst auf das zu ihren Gunsten eingeräumte Belastungs- und Veräußerungsverbot und erteilte die Zustimmung zu dessen Löschung. Anschließend räumte die Beklagte sowohl der Mutter als auch dem Sohn jeweils ein Belastungs- und Veräußerungsverbot ob ihren Miteigentumsanteilen an der K\*\*\*\*\* Liegenschaft ein. Dieses Verbot wurde in der Folge im Grundbuch angemerkt.

Mit seiner am 24. Dezember 2008 gerichtsanhangig gewordenen Klage begehrte der Kläger - im Wesentlichen gestützt auf den dargestellten Sachverhalt - ua das Urteil, 1. der Schenkungsvertrag betreffend die Anteile der Liegenschaft Grundbuch U\*\*\*\* ... werde aufgehoben; die Beklagte sei schuldig, in die Einverleibung seines Eigentumsrechts ob diesen Liegenschaftsanteilen einzuwilligen; 3. die Schenkung eines Geldbetrags von 35.088 EUR zum Kauf eines Pkws werde widerrufen und aufgehoben; 4. die Schenkung hinsichtlich des Geldbetrags zum Kauf der Anteile der Liegenschaft in K\*\*\*\*\* werde widerrufen und aufgehoben; 5. die Beklagte sei schuldig, in die Einverleibung seines Eigentumsrechts ob diesen Liegenschaftsanteilen einzuwilligen.

Er stütze die Klage auf „jeden erdenklichen Rechtsgrund“, insbesondere aber auf § 948 ABGB iVm § 111 StGB. Die Beklagte habe ihm gegenüber den Tatbestand der übeln Nachrede verwirklicht, er werte ihr Verhalten als groben Undank, weshalb er die Schenkungen (die zu Punkt 4. des Spruchs bezeichnet er als „mittelbar“) widerrufe. Mit der Klage verband der Kläger zur Sicherung seines Anspruchs auf Einwilligung in die Einverleibung seines Eigentumsrechts an einer Liegenschaft nach § 381 Z 1 EO und gestützt auf das Vorbringen im Hauptverfahren die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 382 Abs 1 Z 6 EO (Verbot der Veräußerung, Belastung und Verpfändung in Ansehung der mit Wohnungseigentum an den näher bezeichneten Wohnungen verbundenen Liegenschaftsanteile) bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils. Es bestehe die konkrete Gefahr, dass die Beklagte die Wohnungen veräußere, belaste oder verpfände und dadurch die exekutive Durchsetzung des Herausgabeanspruchs vereitle.

Das Erstgericht erließ nach Einvernahme nur des Klägers und Einsicht in die vorgelegten Urkunden eine im Wesentlichen dem Antrag entsprechende einstweilige Verfügung. Es nahm den eingangs nur wenig gekürzt wiedergegebenen Sachverhalt als bescheinigt an. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Schenkungswiderruf sei als bescheinigt anzusehen. Er habe glaubhaft gemacht, dass sämtliche von der Beklagten ihm gegenüber erhobenen Vorwürfe einer Grundlage entbehrten und von ihr aus rein taktilen Gründen erhoben worden seien, um sich im Pflegschaftsverfahren einen Vorteil zu verschaffen. Damit sei aber ein Vergehen nach § 111 Abs 1 StGB bescheinigt und das Gesamtverhalten der Beklagten als grober Undank zu werten. Es sei, insbesondere aufgrund der Vorgeschichte (Einräumung eines Belastungs- und Veräußerungsverbots unmittelbar nach Zustellung der seinerzeitigen Klagen, Abschluss eines undurchführbaren Vergleichs ohne Hinweis an den Kläger sowie kürzlich neuerliche Einräumung eines Belastungs- und Veräußerungsverbots), auch die erforderliche objektive Gefährdung nach § 381 Z 1 EO konkret behauptet und glaubhaft gemacht worden. Es sei demnach davon auszugehen, dass die Beklagte auch künftig alles unternehmen werde, um die Durchsetzung des Anspruchs auf Rückabwicklung der Schenkungen zu vereiteln.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands (eindeutig gemeint: in Ansehung jeder der beiden Wohnungen) 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Das Gericht zweiter Instanz verneinte die geltend gemachte Nichtigkeit wegen res iudicata und räumte im Tatsachenbereich ein, dass die Einräumung des Belastungs- und Veräußerungsverbots an die Mutter der Beklagten nicht nach, sondern vor Zustellung der ersten der eingebrachten Klagen erfolgt sei; das gehe aber ohnehin aus den festgestellten Daten hervor. Der Irrtum in diesem Punkt sei aber ohne rechtliche Relevanz. Die Überprüfung von Feststellungen im Sicherungsverfahren, die der Erstrichter infolge von vor ihm abgelegten Aussagen als bescheinigt angenommen hat, sei nicht zulässig. In rechtlicher Hinsicht hielt das Rekursgericht der Beklagten entgegen, das Motiv einer Schenkung sei für ihre Anfechtung wegen Undanks irrelevant. Es verändere nach § 940 ABGB die Wesenheit einer Schenkung nicht, wenn sie aus Erkenntlichkeit, in Rücksicht auf die Verdienste des Beschenkten oder als eine besondere Belohnung desselben gemacht worden sei. Es dürfe die Beklagte nur kein Klagerecht darauf gehabt haben. Das habe sie weder behauptet, noch sei dies im Verfahren hervorgekommen. Soweit die Beklagte geltend mache, sie könne im Fall der Ausübung einer Rechtpflicht nur bei Handeln wider besseres Wissen verurteilt werden, gehe sie nicht vom bescheinigten Sachverhalt aus.

Es sei nicht ersichtlich, inwieweit durch ein Fruchtgenussrecht oder ein nur obligatorisches Belastungs- und Veräußerungsverbot eine Absicherung des Anspruchs auf Rückübereignung der Wohnung zu erzielen wäre.

Auf weitere Rechtsfragen - insbesondere zu den sicherbaren Ansprüchen und zur objektiven Gefährdung - gehe der Rekurs ausdrücklich nicht ein, weshalb es dem Rekursgericht verwehrt sei, diese explizit nicht relevierten Aspekte aufzugreifen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der außerordentliche Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig, weil es einer Klarstellung bedarf, dass auch nach dem vom Erstgericht „überschießend“ festgestellten Sachverhalt, wonach die Beklagte die für das Provisorialverfahren bedeutsamen Schenkungen an sie durch die Drohung veranlasst hat, der Kläger keinen Kontakt mehr zum gemeinsamen Sohn haben, wenn er ihren Forderungen nicht nachkomme, die Zuwendungen der fraglichen Liegenschaftsanteile dennoch als Schenkung zu beurteilen sind. Diesem Teil des bescheinigten Sachverhalts liegt kein entsprechendes Vorbringen des Klägers zugrunde. Selbst wenn man diese Feststellungen trotzdem der rechtlichen

Beurteilung deswegen zugrunde legen könnte, weil sie allenfalls noch in den Rahmen des geltend gemachten Klage- bzw hier Verfügungsgrundes („widerrufene Schenkung“) fallen (1 Ob 586/93 uva, RIS-Justiz RS0040318), ist der Revisionsrekurs im Ergebnis aber nicht berechtigt.

1. Zum Einwand der Beklagten, in Ansehung der Wohnung, für die der Kläger den Kaufpreis zahlte, komme nur die Rückforderung des geschenkten Geldbetrags, nicht aber ein Anspruch auf „Rückübertragung der Wohnung“ in Betracht:

Zwar ist es, wenn Geld zum Erwerb einer Sache geschenkt wird, für die Frage, was Gegenstand des Widerrufs nach § 948 ABGB ist, von Bedeutung, ob nach dem Parteiwillen dieser Geldbetrag oder mittelbar die zu erwerbende Sache Gegenstand der Schenkung sein sollte (Stanzl in Klang, ABGB<sup>2</sup> IV/1 587; Schubert in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 1, je unter Berufung auf deutsche Quellen). Im Zweifel ist aber dann, wenn Geld zur Anschaffung einer bestimmten Sache geschenkt wird, diese selbst als geschenkt anzusehen, es bestünde denn ein Ermessen des Beschenkten, was er mit dem Geld macht (Schubert aaO). Davon ist nach den getroffenen Feststellungen hier nicht auszugehen. Damit sind aber die Vorschriften über die Sicherung von Geldforderungen (§ 379 EO) nicht anzuwenden.

2. Die Revisionsrekurswerberin wendet sich gegen die Rechtsausführungen des Rekursgerichts zu den §§ 940 f ABGB, interpretiert sie dahin, dass es nach Ansicht des Rekursgerichts auf die Schenkungsabsicht nicht ankäme und führt zur Richtigkeit des Gegenteils unter Zitierung von Fallbeispielen aus der Judikatur ins Treffen, dass hier eine Gegenleistung der Beklagten festgestellt sei (die Ermöglichung von Kontakten des Klägers zum gemeinsamen Sohn), die eine Schenkungsabsicht des Klägers ausschlösse. Diesem Argument kann zumindest für das hier zu beurteilende Provisorialverfahren nicht folgt werden:

a) Im Provisorialverfahren sind die Behauptungen der gefährdeten Partei die Grenzen, in deren Rahmen zu prüfen ist, inwieweit eine einstweilige Verfügung erlassen werden kann. Es ist nicht Sache des Gerichts, von Amts wegen auf die Stoffsammlung oder ergänzendes Vorbringen zu dringen (RIS-Justiz RS0005452). Das Verfahren ist grundsätzlich ein einseitiges summarisches Eilverfahren. Über das Sicherungsbegehren ist allein aufgrund des Antrags und der beigebrachten Bescheinigungsmittel zu entscheiden (RIS-Justiz RS0028347). Daraus folgt eine gegenüber dem Hauptverfahren eingeschränkte Prüfung der materiellen Anspruchsvoraussetzungen. Das Gericht kann sich bei der Glaubhaftmachung der den Antrag stützenden Tatumstände unter Umständen sogar mit der plausiblen Behauptung samt Bescheinigungsmittelanbot zufriedengeben (Kodek in Angst, EO<sup>2</sup>, § 389 Rz 7). Die für eine Schenkung erforderliche Unentgeltlichkeit (§ 938 ABGB) wurde hier behauptet, durch die Aussage des Klägers und für ein Objekt auch urkundlich (Notariatsakt) bescheinigt. Ohne die bloß auf die Vernehmung des Klägers gestützte zitierte Feststellung über die Veranlassung der Schenkungen durch die Beklagte könnte kein Zweifel daran bestehen, dass die Zuwendungen unentgeltlich erfolgten. Die für die Schenkung begriffswesentliche Schenkungsabsicht ist zu vermuten, wenn die Absicht auf keine Gegenleistung bezogen ist (Schubert aaO Rz 4 und 4a).

b) Für die Bejahung eines Entgelts reicht zwar schon jeder wirtschaftliche Vorteil, also jedes eigenwirtschaftliche Interesse des Geschenkgebers, und es muss auch keine geldwerte Gegenleistung vorliegen (RIS-Justiz RS0018852), entscheidend ist aber immer der Parteiwillen, ob etwas als Gegenwert (Gegenleistung) gemeint ist (7 Ob 671/85 = SZ 58/209; Schubert aaO Rz 4), also eine gewollte „synallagmatisch, konditional oder kausal verknüpfte Gegenleistung“ vorliegt (8 Ob 3/09p).

c) Derartiges kann aus der bloßen Feststellung, die Beklagte habe mit ihrer (das Wohl des Kindes und seine Rechte auf Kontakt mit dem Vater außer Acht lassenden) Drohung der Unterbindung von Kontakten zwischen Vater und Kind die Schenkungen veranlasst, nicht abgeleitet werden, sondern höchstens das Motiv des Klägers für seine Schenkungen. Die konditionale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung könnte nur dann bejaht werden, wenn die Parteien den Beweggrund (das Motiv) des Klägers ausdrücklich oder schlüssig zum Gegenstand ihrer Einigung gemacht hätten (vgl § 901 ABGB: „ausdrücklich zur Bedingung gemacht“) und wenn solches auch festgestellt worden wäre. Die gegenteilige Auffassung führte dazu, dass - weil jeder Schenkung ein Motiv zu Grunde liegt - schon die bloße Erwartung eines bestimmten Verhaltens des Geschenknehmers zur Verneinung der Unentgeltlichkeit führen müsste. Eine bloß erhoffte Gegenleistung schließt den Schenkungscharakter, also die Unentgeltlichkeit, nicht aus.

3. Bei einer gemischten Schenkung (wie hier bei jenen mit Wohnungseigentum verbundenen Liegenschaftsanteilen, für die sich der Kläger das Fruchtgenussrecht zurückbehält) erfasst die Anfechtung wegen Undanks die ganze Sache, jedenfalls dann, wenn - wie hier - der unentgeltliche Teil vom entgeltlich zugewendeten nicht getrennt werden kann (s

dazu etwa Schubert, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 9a, § 948 Rz 5; Binder in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 50 ff; Bollenberger in KBB<sup>2</sup> § 938 Rz 8 mwN; 2 Ob 113/02k).

4. Auch wenn der Beklagten zuzugestehen ist, dass sie ungeachtet ihrer abschließenden Äußerung im Rekurs an die zweite Instanz im Absatz vorher die mangelnde Bescheinigung der Gefährdung „der Wohnung“, die der Kläger unmittelbar geschenkt hatte, bestritten hatte, weil ihm insoweit ohnehin ein Fruchtgenussrecht zustehe, kann diesem Einwand nicht gefolgt werden, schützt doch diese Dienstbarkeit den Kläger nicht vor einer Veräußerung oder Verpfändung der Sache durch die Klägerin. Gerade diese Gefahr nahmen aber die Vorinstanzen aufgrund des Verhaltens der Beklagten als bescheinigt an. Dem kann sie auch in dritter Instanz nichts Schlüssiges entgegenhalten. Demnach stellen sich auch Fragen zur Geltung des § 182a ZPO im Rechtsmittelverfahren (des Provisionialverfahrens nach der EO) nicht.

Die dargelegten Erwägungen führen zur Beurteilung, dass das Rekursgericht zu Recht die Glaubhaftmachung der Ansprüche des Klägers und deren Gefährdung bejaht hat. Dem Revisionsrekurs der Beklagten ist daher nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 Abs 1 EO und § 402 Abs 4 EO, § 78 EO iVm §§ 50, 40 ZPO.

**Textnummer**

E93149

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0030OB00217.09X.0127.000

**Im RIS seit**

26.02.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

06.03.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)