

# TE OGH 1977/6/28 5Ob618/77

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.06.1977

## Norm

ABGB §531

ABGB §710

ABGB §956

Apothekenbetriebsordnung §13

Apothekengesetz §12

## Kopf

SZ 50/96

## Spruch

Schenkung einer Apotheke auf den Todesfall

Der in § 12 Apothekengesetz 1906, BGBl. 5/1907, zum Ausdruck gebrachte persönliche Charakter der Apothekenkonzession läßt nur die Rechtsform der Personengesellschaften des Handelsrechtes - oder als reine Innengesellschaft eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft oder eine stille Gesellschaft - mit alleiniger Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Konzessionsträgers zu, der dann aber auch notwendigerweise Gesellschafterstellung haben muß. Die Rechtsreform einer juristischen Person ist jedenfalls unzulässig

OGH 28. Juni 1977, 5 Ob 618/77 (LGZ Wien 44 R 63/77; BG Innere Stadt Wien 2 A 247/76)

## Text

Mag. pharm. Oskar F ist am 18. Dezember 1973 gestorben. Er hinterläßt Anna F als Witwe und Sonja S als leibliche Tochter.

Mit dem Testament vom 5. Jänner 1971 setzte er seine Tochter zur Alleinerbin ein und schenkte ihr am selben Tag in der Form eines Notariatsaktes "auf den Todesfall" die ihm gehörige öffentliche Apotheke in Wien mit dem im folgenden angeführten Auflagen; er erklärte, auf das Recht zum Widerruf dieser Schenkung auf den Todesfall zu verzichten, und Sonja S erklärte, diese Schenkung anzunehmen.

In Punkt 4 des Notariatsaktes bestimmte der Geschenkgeber der Geschenknehmerin folgende Auflagen:

a) der Pächter der Apotheke, Mag. pharm. Johann F, soll verantwortlicher Leiter und damit auch Konzessionsinhaber werden.

b) Zu diesem Zwecke ist die Geschenknehmerin verpflichtet, ihm mindestens einen so großen Anteil zu verkaufen und zu übertragen, der nach Auffassung der zuständigen Behörde notwendig ist, damit er verantwortlicher Leiter der Apotheke werden kann und die erforderliche Konzession verliehen bekommt.

c) Zwischen der Geschenknehmerin und dem Genannten ist ein Gesellschaftsvertrag zu errichten, der die rechtlichen

Beziehungen zwischen ihnen regelt; dabei soll insbesondere ein Vor- und Wiederkaufsrecht der Geschenknehmerin für den Fall vereinbart werden, daß Mag. pharm. Johann F seinen Anteil an der Apotheke an eine dritte Person übertragen wollte oder persönlich zur verantwortlichen Leitung der Apotheke nicht mehr in der Lage sein sollte und daher ein anderer Konzessionsträger bestellt werden müßte. In jedem Fall ist der Kaufpreis einvernehmlich zu vereinbaren, falls eine Einigung nicht zustandekommt, ist der Kaufpreis von einem von der zuständigen Apothekenkammer zu bestellenden Sachverständigen festzusetzen.

Mit einem weiteren Testament vom 30. April 1973 verfügte Mag. pharm. Oskar F, daß die Apotheke seiner Frau Anna F zufallen soll. Als "Bedingung" dafür bestimmte er:

a) Die Apotheke darf von ihr ohne Einverständnis seiner Tochter Sonja S oder deren gesetzlicher Erben weder verkauft noch vererbt noch (anderweitig) belastet werden.

b) Sie verpflichtet sich für den Fall ihres Todes heute schon durch ihre dieser Anordnung beigesetzte Unterschrift, auf alle die Apotheke betreffenden Rechte und Ansprüche zu Gunsten seiner Tochter Sonja S oder deren Erben zu verzichten.

c) Sie hat sich nach seinem Ableben sofort um die Witwenkonzession zu bewerben und aus dem Erlös der Apotheke (derzeit aus dem monatlichen Pachtschilling) zwei Drittel an seine Tochter und nach deren Tode an deren gesetzlichen Erben weiter zu bezahlen. Das restliche Drittel des jeweiligen Erlöses aus der Apotheke ist ihr monatlich als Lebensunterhalt zu belassen.

d) Alle aus dem Apothekenbetrieb sich ergebenden Regelungen und Erledigungen, z. B. Pachtvertragsänderungen usw., sind nur im gegenseitigen Einverständnis zwischen ihr und seiner Tochter oder deren Erben durchzuführen.

Witwe und Tochter des Verstorbenen haben gemeinsam den Rechtsanwalt Dr. O zum Erbenmachthaber bestellt. Dieser hat am 13. März 1975 namens seiner Machtgeberinnen und gemeinsam mit dem Verlassenschaftskurator Dr. S beim Erstgericht den Antrag gestellt, die am 18. Feber 1975 in der Form eines Notariatsaktes errichtete Vereinbarung der Verlassenschaft nach Mag. pharm. Oskar F und Sonja S verlassenschaftsbehördlich zu genehmigen, mit welcher die Vertragsteile den Vertrag über die Schenkung der Apotheke auf den Todesfall des Geschenkgebers an Sonja S vom 5. Jänner 1971 aufhoben und die Schenkung als nicht zustande gekommen betrachteten; dadurch falle das dem Schenkungsvertrag zugrunde liegende Unternehmen zur Gänze in das Verlassenschaftsvermögen zurück.

Das Erstgericht wies diesen Antrag ab, nachdem es die von Sonja S zum gesamten Nachlaß des Verstorbenen mit der Einschränkung abgegebene "unbedingte Erbserklärung", daß sie nur unter der Bedingung und ab dem Zeitpunkt der verlassenschaftsbehördlichen Genehmigung des erwähnten Vertrages über die Aufhebung der Schenkung auf den Todesfall wirksam sein soll, rechtskräftig zurückgewiesen hatte.

Es brachte die Ansicht zum Ausdruck, daß es sich bei der Schenkung auf den Todesfall nicht um eine letztwillige Verfügung, sondern um eine vertragsmäßige Bindung auf den Todesfall handle, die - wenn überhaupt - nur zwischen den seinerzeitigen Vertragsteilen aufgehoben werden könne; dem Vertreter der Verlassenschaft nach dem Geschenkgeber ermangle es an der Berechtigung hiezu. Eine allfällige Vertragsaufhebung könne nur mit Wirkung ex nunc erfolgen, sodaß für die Tochter des Erblassers nichts gewonnen sei, weil das Apothekenunternehmen nicht mehr in den Nachlaß fallen könne.

Das Berufungsgericht wies den dagegen gerichteten Rekurs der Sonja S mit der Begründung zurück, es komme ihr keine Rechtsmittelbefugnis zu, weil sie keine Erbserklärung abgegeben habe. Hingegen gab das Gericht zweiter Instanz den Rekurs des Verlassenschaftskurators Folge; es hob den angefochtenen Beschluß auf und trug dem Erstgericht auf, nach

Verfahrensergänzung neuerlich zu entscheiden. Zur Begründung dieses Ausspruches wurde im wesentlichen angeführt:

Entspreche eine Schenkung auf den Todesfall den Bedingungen der §§ 956 ABGB und 1 Abs. 1 lit. d NotZwG, so erlange der Beschenkte bereits durch den Vertrag den Anspruch und es sei nur die Erfüllung (Fälligkeit) bis zum Tod des Schenkenden aufgeschoben; insofern handle es sich um eine Schenkung unter Lebenden. Das bedeute, daß der auf den Todesfall Beschenkte grundsätzlich nicht schon mit dem Tod des Schenkenden Eigentümer der geschenkten Sache werde, sondern seinen Anspruch auf Übergabe der Sache ins Eigentum als Nachlaßgläubiger vor der Einantwortung gegen den Nachlaß und nachher gegen den oder die Erben zu richten habe, es sei denn, daß ihm die Sache vom

Schenkenden bereits vor seinem Tode übergeben worden oder er schon zu dieser Zeit Mitinhaber der Sache gewesen sei. Für den vorliegenden Fall bedeute dies, daß grundsätzlich gegen die verlassenschaftsbehördliche Genehmigung der Einwilligung des Verlassenschaftskurators zur rückwirkenden Aufhebung des Schenkungsvertrages keine Bedenken bestünden, wenn es sich nicht um eine Schenkung auf den Todesfall unter einer Auflage handelte. Nach herrschender Auffassung seien die Normen über die Auflage in einer letztwilligen Verfügung (§§ 709, 710 ABGB, § 161a AußStrG) analog auf die Auflagen in unentgeltlichen Rechtsgeschäften unter Lebenden anzuwenden. Darnach verliere der Beschenkte dann, wenn er die Auflage nicht erfülle und die Nichterfüllung auf sein Verschulden zurückzuführen sei, das Zugewendete wieder. Darüber hinaus erwerbe - und dies sei hier entscheidend - der begünstigte Dritte ein selbständiges Klagerecht. Wenn der Dritte ein Recht auf Zuwendung erlangt habe, so könne von den Vertragspartnern der Vertrag nicht mehr ohne seine Zustimmung geändert oder aufgehoben werden. Dann komme auch eine gerichtliche Genehmigung der Einwilligung des Nachlaßvertreters zu einem derartigen Vertrag nicht in Betracht, weil das über eine Genehmigung entscheidende Gericht u. a. darauf zu achten habe, daß aus dem zu genehmigenden Vertrag nicht für die unter Rechtsfürsorge stehende Person - dies sei auch der Nachlaß - Streitigkeiten erwachsen. Die Frage, ob Mag. F aus dem Schenkungsvertrag unmittelbare Rechte erworben habe, müsse im Wege der Auslegung nach dem Parteiwillen, der Natur und dem Zweck des Vertrages erst geklärt werden. Vor einer solchen Klärung bliebe aber der Aufhebungsvertrag in seiner Rechtswirkung zumindest zweifelhaft, weshalb eine Genehmigung nicht erteilt werden dürfe. Dennoch sei die Abweisung des Antrages verfrüht, denn das Erstgericht müsse dem Verlassenschaftskurator Gelegenheit geben, eine Zustimmungserklärung des Mag. F vorzulegen. Wenn er diese nicht vorlege, müsse der Antrag abgewiesen werden.

Der Oberste Gerichtshof wies den Rekurs der Sonja S zurück und gab dem Rekurs des Verlassenschaftskurators nicht Folge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Der Aufhebungsbeschluß des Rekursgerichtes ist im Sinne des Judikates 203 anfechtbar.

Der Rekurs der Sonja S ist unzulässig.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, daß Erben, die noch keine Erbserklärung abgegeben haben, grundsätzlich keine Rekurslegitimation im Verlassenschaftsverfahren besitzen (SZ 27/164; SZ 46/117 u. v. a.). Die Rechtsmittelwerberin hat in keiner Weise dargelegt, aus welchen besonderen Ausnahmegründen ihr dennoch Beteiligtenstellung zukommen sollte. Ihr Rekurs ist deshalb als unzulässig abzuweisen.

Dem Rekurs des Verlassenschaftskurators kommt keine Berechtigung zu.

Den Ausführungen des Rekursgerichtes über die Rechtsnatur der Schenkung auf den Todesfall, die eine Mittelstellung zwischen den Geschäften unter Lebenden und den Geschäften von Todes wegen einnimmt (Koziol - Welser, Grundriß[3] II, 251) und dem Beschenkten die Stellung eines Nachlaßgläubigers gibt (dieselben a. a. O., 251 und die unter FN 1 zitierten Belegstellen), ist voll beizustimmen. Da sich die Apotheke als Gegenstand der Schenkung auf den Todesfall im Zeitpunkt des Todes des Erblassers auch in seinem alleinigen Besitz befunden hatte, kann auch kein Zweifel an der Stellung der beschenkten Tochter des Erblassers als Nachlaßgläubigerin bestehen.

Es entspricht dem das Vertragsrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, daß schuldrechtliche Verträge durch neue Verträge wieder aufgehoben werden können (Flume, Das Rechtsgeschäft[2], 608). Das Schuldverhältnis wird dabei als ganzes beseitigt (Koziol - Welser, Grundriß[4] I, 225; Larenz, Schuldrecht[11] I, 221). Ob der Aufhebung im schuldrechtlichen Bereich Rückwirkung zukommt, ist eine Frage der Vertragsauslegung (Klang in Klang[2] VI, 532). Der hier zur Entscheidung stehende Aufhebungsvertrag bringt klar zum Ausdruck, daß die Vertragspartner die rückwirkende Beseitigung der schuldrechtlichen Ansprüche aus der Schenkung des Erblassers an seine leibliche Tochter auf seinen Todesfall beabsichtigen. Die durch den Kurator vertretene Verlassenschaft ist auch zum Abschluß des Aufhebungsvertrages mit der Beschenkten materiellrechtlich legitimiert.

Richtig ist auch, daß nach herrschender Auffassung Auflagen als Zuwendungsempfänger verpflichtende Nebenbestimmungen des Zuwendenden, auch ohne besondere gesetzliche Regelung bei unentgeltlichen Geschäften unter Lebenden anerkannt werden (Koziol - Welser, Grundriß[4] I, 130; Gschnitzer in Klang[2] III, 689), doch kann das in dieser Beziehung planwidrig unvollständige Gesetz im Wege der Analogie durch Heranziehung der Normen über die

erbrechtliche Auflage nur insoweit ergänzt werden, als gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten eine Ähnlichkeit der Tatbestände besteht, denn es kann nur Gleichartiges gleich behandelt werden (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[3], 366). Natur und Zweck der Schenkung auf den Todesfall, wie sie aus dem Inhalt des darüber errichteten Notariatsaktes vom 5. Jänner 1971 hervorgehen, lassen nicht schon den Schluß zu, daß die der Zuwendungsempfängerin von ihrem Vater auferlegten Nebenbestimmungen hauptsächlich dem Mag. pharm. Johann F zum Vorteil gereichen, ja ihn überhaupt zum unmittelbar forderungsberechtigten Dritten machen sollten (§ 881 Abs. 2 ABGB), so daß der Schenkungsvertrag ohne seine Zustimmung nicht mehr aufgehoben werden könnte und die Zuwendungsempfängerin die Zuwendung verliere, wenn sie den Genannten nicht, wie es ihr auferlegt wurde, als verantwortlichen Leiter und Konzessionsträger der Apotheke heranziehen, ihn nicht zum Mitgesellschafter machen und ihm nicht einen Anteil an dem Unternehmen übertragen würde und sie daran ein Verschulden trafe (§ 710 ABGB). Berücksichtigt man den aus der Urkunde hervorgehenden Sinn der Auflagen an Hand der durch das Apothekenrecht eng begrenzten Möglichkeiten der Übertragung eines Apothekenunternehmens, dann muß vielmehr angenommen werden, daß die Auflagen gerade den Zweck haben sollten, das Apothekenunternehmen der Zuwendungsempfängerin zu erhalten. Die Auflagen wären dann also in erster Linie und hauptsächlich im Interesse der Zuwendungsempfängerin bestimmt worden und Mag. pharm. Johann F sollte zur Wahrung dieser Interessenlage als der dem Zuwendenden geeignet erscheinende Gehilfe mit den hiezu von der Apothekenbehörde als erforderlich erachteten Rechtspositionen (Mitgesellschafter und Miteigentümer) für die Dauer seiner Stellung als verantwortlicher Leiter und Konzessionsträger ausgestattet werden. Es muß allerdings zugegeben werden, daß nicht von vornherein bloß auf Grund des Inhaltes der Urkunde über die Schenkung auf den Todesfall vom 5. Jänner 1971 ein allfällig doch vom Zuwendenden zugunsten des Mag. pharm. Johann F beabsichtigtes unmittelbares Forderungsrecht, in die vorgesehene Rechtsstellung einzurücken, ausgeschlossen werden kann. Damit ein solches unmittelbares Forderungsrecht Wirksamkeit haben könnte, wäre aber erforderlich, daß der Zuwendende die Rechtsform der Gesellschaft deutlich bestimmt hat, die zwischen der Zuwendungsempfängerin und Mag. pharm. Johann F begründet werden sollte. Nach dem geltenden Apothekenrecht käme dazu nur eine Personengesellschaft des Handelsrechtes (Offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft) oder als reine Innengesellschaft eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft oder eine stille Gesellschaft in Betracht, wobei die ausschließliche Geschäftsführung und Vertretung des Unternehmens in allen Angelegenheiten, die der Betrieb einer Apotheke mit sich bringt, nur dem verantwortlichen Leiter und Konzessionsträger zustehen darf (§ 13 Abs. 1 Apothekenbetriebsordnung, BGBl. II, 171/1934). Der in § 12 Apothekengesetz 1906, RGBl. 5/1907, zum Ausdruck gebrachte persönliche Charakter der Apothekenkonzession (OGH JBl. 1911, 2) läßt nur die Rechtsform der Personengesellschaften des Handelsrechtes mit alleiniger Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Konzessionsträgers zu (SZ 7/139), der dann aber auch notwendigerweise Gesellschafterstellung haben muß. Die Rechtsform einer juristischen Person ist jedenfalls unzulässig (Erlaß des Ministeriums für Inneres vom 4. Mai 1911, Z 1664/5, abgedruckt in FN 3 zu § 12 Apothekengesetz bei Thor, Gesetze und Vorschriften für die Apotheker, Wien 1964, 1. Bd., B 39; ebenso in FN 2 zur selben Gesetzesstelle bei Hobel, Apothekengesetzgebung, Manz 1948). Sollte der Zuwendende anlässlich der Schenkung auf den Todesfall vom 5. Jänner 1971 nicht eine der allein in Betracht kommenden Personengesellschaften des Handelsrechtes (OHG oder KG) oder im Falle der Anordnung einer Innengesellschaft die Gründung einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht oder einer stillen Gesellschaft bestimmt haben, dann wäre mangels Bestimmtheit der Gesellschaftsrechtsform ein Erfüllungsanspruch des Mag. pharm. Johann F von vornherein völlig ausgeschlossen, so daß sich jede weitere Erörterung über die Absicht des Zuwendenden erübrigte und der verlassenschaftsbehördlichen Genehmigung des beabsichtigten Aufhebungsvertrages kein Hindernis entgegenstünde. Zur Erforschung dieses zunächst allein wichtigen Umstandes wird deshalb das Erstgericht die noch lebenden und vernehmungsfähigen Personen zu hören haben, die bei der Errichtung des Notariatsaktes über die Schenkung auf den Todesfall zugegen waren. Nur wenn sich unzweifelhaft ergeben sollte, daß der Zuwendende eine der in Betracht kommenden Gesellschaftsrechtsformen bestimmt hat, müßte durch Anhörung der genannten Personen auch erforscht werden, ob der Zuwendende in Wahrung der Interessen des Mag. pharm. Johann F diesem einen unmittelbaren Anspruch auf Einräumung der Stellung als Gesellschafter und Miteigentümer sowie als verantwortlicher Leiter und Konzessionsträger des Apothekenunternehmens gewähren wollte. In diesem Fall und wenn sich die Frage der unmittelbaren Berechtigung des Genannten nicht ohne förmliches Beweisverfahren klären ließe, müßte auch Mag. pharm. Johann F gehört werden. Sicherlich könnte seine Zustimmung zur Auflösung des Vertrages über die Schenkung auf den Todesfall alle Schwierigkeiten ausräumen, aber es wäre auch möglich und kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß

seine Stellungnahme, auch wenn sie nicht zustimmend ausfallen sollte. Bei richtiger rechtlicher Würdigung für die Aufhebung der Schenkung auf den Todesfall rechtlich bedeutungslose Einwände beinhaltet. Rechtsfragen hat der Außerstreitrichter immer dann zu lösen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt klar ist oder sich auch ohne förmliches Beweisverfahren klären läßt.

Im übrigen ist dem Rekurswerber in der Auffassung beizupflichten, daß sich im Abhandlungsverfahren der Außerstreitrichter in die Dispositionen der Beteiligten nur dann fürsorglich einzuschalten hat, wenn öffentliche Interessen dies erfordern. Davon kann aber keine Rede sein, wenn die als Erben in Betracht kommenden Personen einvernehmlich Regelungen mit dem durch einen Kurator vertretenen Nachlaß treffen, ohne schutzwürdige Interessen Dritter zu beeinträchtigen.

**Anmerkung**

Z50096

**Schlagworte**

Schenkungen auf den Todesfall

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1977:0050OB00618.77.0628.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19770628\_OGH0002\_0050OB00618\_7700000\_000

**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)