

1326.

§ 943 ABGB. In der mit Schenkungswillen erfolgten Einräumung einer Zeichnungsbefugnis für ein Wertpapierdepot durch Umwandlung eines Alleindepots des Schenkers in ein Oder-Depot mit Schenker und Beschenktem als Mitberechtigten liegt eine wirkliche Übergabe gemäß § 943 ABGB. Der Umstand, daß dem Schenker die Möglichkeit zu einem – rechtswidrigen – Eingriff in die Rechte des Beschenkten nicht gänzlich genommen wird, steht dem nicht entgegen.

OGH 6. 4. 2005, 9 Ob 151/04b

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Erblasser verfügte seit 1998 über ein Wertpapierdepot bei der C. Im April 2000 wünschte der Erblasser, daß die Klägerin [1] Mitinhaberin dieses Depots sei und daß ihr der Guthabensbetrag des Wertpapierkontos unabhängig von einem ihr sowohl schon damals als auch mit einer späteren letztwilligen Verfügung zgedachten Vermächtnis zukommen solle. Zu diesem Zweck begab sich der Erblasser mit der Klägerin und deren Mutter, welche für den Erblasser üblicherweise Besorgungen erledigte, zur Filiale R. der C. Der Klägerin wurde das Unterschriftenprobenblatt vorgelegt. Sie unterschrieb als „Mitinhaberin“, wobei der Erblasser erklärte, daß es sein Wunsch sei, daß die Mitinhaberin des Kontos über das Geld, allenfalls für einen Wohnungskauf, verfügen könne, während er deshalb weiterhin zeichnungsberechtigt sein wollte, um zu Lebzeiten über die Zinsen verfügen zu können, zumal es sich bei den Wertpapieren um solche aus einem Fonds mit einmal jährlicher Zinsausschüttung gehandelt hatte. Überdies erklärte der Erblasser sowohl gegenüber der Klägerin als auch gegenüber deren Mutter und dem Bruder der Klägerin, und zwar auch in Anwesenheit eines Angestellten der Bankfiliale, daß das Guthaben auf dem Wertpapierdepot der Klägerin unabhängig vom Vermächtnis

[1] Geltend gemacht wurde ein Anspruch gegen die Erben aus einem (zusätzlichen) Vermächtnis.

zukommen solle. Im April 2003 [2] löste die Klägerin das Wertpapierdepot auf und brachte den Ertrag an sich.

Der OGH hat zu 1 Ob 115/02x ausgesprochen, für die „wirkliche Übergabe“ eines Wertpapierdepots könne nichts anderes gelten als für ein deponiertes Sparbuch. Eine „wirkliche Übergabe“ im Sinn des § 943 ABGB liege vor, wenn der Hinterlegungsschein eines deponierten Sparbuches ausgefolgt, das Losungswort mitgeteilt und eine Vollmacht erteilt wird, die den Beschenkten zur Behebung des bei der Bank hinterlegten Sparbuches berechtigt. Auch Wertpapiere in der Gewahrsame eines Dritten müßten als Gegenstand der Schenkung nach außen erkennbar in die alleinige Verfügungsmacht des Geschenknehmers übergehen und diesen dadurch in die Lage versetzen, über die geschenkte Sache frei und ausschließlich zu verfügen. Die Verfügung über das Wertpapierkonto sei unter Vorlage des Wertpapierbonds bei gleichzeitiger Bekanntgabe des Losungswortes zulässig. Dies sei als ausreichende „wirkliche Übergabe“ zu bewerten (auch: 1 Ob 39/97k). Ausreichende „wirkliche Übergabe“ wurde auch dann angenommen, wenn einem Geschenknehmer die an das Bankinstitut gerichtete Vollmacht überreicht wurde, eine bestimmte Anzahl von Aktien mit einem bestimmten Nominale aus einem Depot zu beheben (SZ 40/86).

Was „wirkliche Übergabe“ ist, sagt das Gesetz nicht. In Lehre und Rechtsprechung reicht hierfür ein vom Schenkungsvertrag verschiedener, als Übergabe erkennbarer Akt, welcher sinnfällig nach außen hin bemerkbar und so beschaffen sein muß, daß aus ihm der Wille des Geschenkgebers hervorgeht, das Objekt der Schenkung sofort aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Beschenkten zu übertragen (6 Ob 553/77). Es ist daher nicht erforderlich, daß das Schenkungsobjekt als Voraussetzung einer „wirklichen Übergabe“ dem Beschenkten „direkt in die Hand“ gegeben wird. So wurde im Zusammenhang mit einem in einem Bankschließfach erliegenden Sparbuch bereits judiziert, daß es ausreichend sei, dem Beschenkten den unmittelbaren Zugriff, wie etwa durch die Mitteilung des Losungswortes und Übergabe des Schließfachschlüssels, zu ermöglichen (s die Nachweise in 1 Ob 39/97k).

Ob ein Dritter die Schenkung erkannt hat, ist nicht wesentlich, denn das Gesetz verlangt lediglich einen zum Schenkungsversprechen hinzutretenden sinnfälligen, nach außen hin erkennbaren Akt, aus dem der ernstliche Wille des Geschenkgebers hervorgeht, den Gegenstand der Schenkung aus seiner Gewahrsame sogleich in die des Beschenkten zu übertragen (1 Ob 115/02x mwN).

Im vorliegenden Fall kann zunächst kein Zweifel am geäußerten Schenkungswillen des Erblassers einerseits und dem ebenfalls geäußerten Annahmewillen der Klägerin andererseits bestehen. Durch die Einräumung der Zeichnungsbefugnis erhielt die Klägerin auch die Möglichkeit, uneingeschränkt über die im Depot befindlichen Wertpapiere zu verfügen, was sie ja letztlich auch getan hat. Festgestellt wurde auch, daß die Aufrechterhaltung (auch) der Zeichnungsbefugnis des Geschenkgebers nur dazu gedient hatte, um diesem die Verfügung über die – von der Schenkung nicht umfaßten – Zinsen einzuräumen. Daß die Klägerin auch über ein Zinsenguthaben verfügt hätte, wurde von den Beklagten nicht eingewendet. Der Umstand, daß dem Schenker die Möglichkeit zu einem – dann rechtswidrigen – Eingriff in die Rechte des Beschenkten nicht gänzlich genommen war, somit die faktische Möglichkeit nachträglicher Verfügungen über das Wertpapierdepotkonto bestand, schließt die Annahme „wirkliche Übergabe“ im Sinn des § 943 ABGB nicht aus (1 Ob 115/02x; ähnlich zur Sparbuchbehebung: 6 Ob 553/77).

Anmerkung:

1. Der 9. Senat hat ausgesprochen, daß die Einsetzung einer Person als „Mitinhaberin“ eines Depots, verbunden mit der von einem Schenkungswillen getragenen Abrede, daß diese Person nunmehr „über das Geld, allenfalls für einen Wohnkauf, verfügen könne“, eine wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB darstellt. Er nahm daher eine *wirksame sofortige Schenkung unter Lebenden* an, auch wenn die beschenkte Enkelin erst zweieinhalb Jahre nach Änderung der Depotberechtigung – aus dem Alleindepot des Großvaters wurde offenbar ein Oder-Depot von Großvater und Enkelin – und Monate nach dem Tod des Großvaters auf das Depot Zugriff nahm. Daß die fortbestehende Zugriffsmöglichkeit des Großvaters nicht als Hindernis für diese Lösung angesehen wird, erstaunt bereits auf den ersten Blick. Auf den zweiten wundert man sich, warum der Senat frühere gegenteilige Entscheidungen des OGH nicht einmal erwähnt. So wurde etwa im Jahre 1982 (4 Ob 517/82, EvBl 1982/137) ebenfalls zu einem Wertpapierdepot ausdrücklich ausgesprochen, daß die Einräumung einer (Mit-)Zeichnungsbefugnis für eine wirkliche Übergabe gemäß § 943 ABGB *nicht* genüge. Vielmehr müsse der Geschenknehmer *ausschließlich* verfügen können, der Schenker also auf seine Verfügungsbefugnis verzichten. Gleiches wurde mehrfach, zuletzt 1999 (4 Ob 34/99z,

ÖBA 1999, 911, 913), für die wertungsmäßig nicht anders gelagerte Zeichnungsbefugnis an einem Konto vertreten; in beiden Entscheidungen finden sich weitere Nachweise älterer, gleichlautender Judikatur. Daß es in beiden Erkenntnissen nicht – wie nunmehr – um eine echte Mitberechtigung am Konto bzw am Depot, sondern nur um eine Zeichnungsbefugnis ging, taugt als Ansatz einer Differenzierung nicht, wenn man die *ausschließliche Zugriffsmöglichkeit des Beschenkten* als das für § 943 ABGB entscheidende Kriterium ansieht (so ausdrücklich EvBl 1982/137 und hier unter 3.), die auch bei der Oder-Berechtigung eines Depot- oder Konto-Mitinhalters fehlt.

2. Was den zu beurteilenden Sachverhalt anbelangt, so ist bereits der – von den Gerichten festgestellte – klare Wille, konkrete Vermögenswerte sofort zu verschenken, alles andere als eindeutig: Wie soll man sich vorstellen, daß der Beschenkte alles – dh wohl: die sich im Depot befindlichen Wertpapiere – sofort erhält, nicht aber (auf Dauer?) die Zinsen (Erträge), die sich der Schenker vorbehalten wollte? Grund und Umfang der Verzinsung hängen doch am Inhalt des Depots. Zwar ist es bei einer Schenkung konstruktiv durchaus möglich, zu vereinbaren, daß der Beschenkte unter bestimmten Voraussetzungen gewisse, aus dem Geschenk resultierende Vorteile dem Schenker zu belassen habe (vgl RSO011837). Das ist aber nur so lange möglich, wie das Depot (ungeschmälert) weiter besteht. War die Vereinbarung hingegen so gemeint, daß dem Schenker zu seinen Lebzeiten weiterhin die vollen Zinsen des (unberührten) Depots gebühren sollten, so läge darin keine Schenkung unter Lebenden, sondern eine solche auf den Todesfall (dazu noch kurz unter 5.). Denkbar wäre schließlich auch eine Schenkung auf den Todesfall, verbunden mit einer Ermächtigung der Enkelin, bereits zu Lebzeiten bei Bedarf auf das Depot zu greifen, ohne einem Rückgriff ausgesetzt zu sein. Jedenfalls sind schon die Feststellungen zum Gewollten nicht wirklich eindeutig, ein Grund mehr, bei der (möglichen) Erfüllung des Versprechens besonders genau hinzusehen.

Hinzu kommt, daß für die *Übereignung bei Dritten befindlicher Gegenstände* bereits ganz generell – also etwa auch zwecks Erfüllung entgeltlicher Geschäfte – Besonderheiten bestehen. Sollen die Gegenstände – hier: die Wertpapiere – weiterhin beim Dritten bleiben, so bedarf es einer Besitzanweisung

[2] Das war etwa fünf bis sechs Monate nach dem Tod des Erblassers.

(siehe nur *Iro* in *Avancini / Iro / Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I [1987] Rz 10/83). Technisch kann diese mit einer „Umschreibung“ des Depots allein auf den Erwerber, aber wohl auch mit dem bloßen Hinzutreten des Erwerbers als Mitinhaber des Depots verbunden sein. Aber wie auch immer: Im vorliegenden Fall können die – wie eben gezeigt wenig eindeutigen – Erklärungen des bisherigen Depot-Alleinhabers gegenüber der Bank mE nicht als Besitzanweisung verstanden werden. Hätte das Verhalten des Berechtigten nun aber nicht einmal bei entgeltlichem Titel einen Eigentümerwechsel zur Folge gehabt, so erscheint es widersprüchlich, eine „wirkliche“ Übergabe iSd § 943 ABGB zu bejahen.

3. Der Kern des gesamten Rechtsproblems liegt allerdings anderswo: Obwohl es ganz offensichtlich um eine heikle Grenzziehung am Rande des Begriffshofs (siehe nur *P. Bydlinski* in *Koziol / Bydlinski / Bollenberger*, ABGB [2005] § 6 Rz 3) der „wirklichen Übergabe“ geht, widmet der 9. Senat den Zwecken der wirklichen Übergabe bzw der Schenkungsform kein Wort! Vielmehr wird nur eine recht allgemeine Definition der wirklichen Übergabe wiederholt, wie sie sich in Rspr und Kommentarliteratur seit langem findet (nach außen hin bemerkbarer, vom Schenkungsvertrag verschiedener Akt usw; s nur *Schubert* in *Rummel*, ABGB³ § 943 Rz 1 mit reichen Nachweisen). Das ist umso erstaunlicher, als sich derselbe Senat (9 Ob 149/04a, ÖJZ-LSK 2005/138 f = *ecolex* 2005/309, 687) nur zwei Monate vorher zu eben diesen Fragen geäußert hat.

Ob und inwieweit § 943 ABGB bzw § 1 Abs 1 lit d NotAkteG auch *Gläubigerschutz* verfolgt (befürwortend etwa *E. Wagner*, JBl 2002, 454 f, die aber selbst von „marginalem Drittschutz“ spricht; ablehnend und ausführlich *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung [1998] 96 ff mit reichen Nachweisen der Diskussion; speziell zu Schenkungen 102 ff), kann hier dahingestellt bleiben. Ganz unbestritten geht es jedenfalls – allein oder doch zumindest primär – um *Übereilungsschutz* (nur diesen Zweck nennt etwa *Bollenberger* in *KBB* § 943 Rz 1). In diesem Sinn führte der 1. Senat (1 Ob 115/02x, ÖBA 2003, 226) im Jahre 2002 vollkommen zutreffend unter Zitierung weiterer Judikatur aus, daß es ganz entscheidend auf den „Zweck, den Zuwender vor übereilten Entschlüssen zu schützen“, ankomme. Dieser sei nicht gewahrt, wenn der Schenker nach wie vor wie gehabt zugreifen kann, der Beschenkte also nicht *ausschließlichen* Zugriff hat. Dann fehlt dem Schenker eben mangels

Augenscheinlichkeit das Bewußtsein, den Vermögenswert verloren zu haben: in diesem Augenblick, für immer und entschädigungslos (ganz ähnlich 9 Ob 149/04a zur Übergabe durch bloße Erklärung: dem Schenker komme „der Vermögensverlust häufig nicht in ausreichendem Maße zu Bewußtsein“). Unter Warn- bzw Übereilungsaspekten liegen solche Konstellationen also sehr weit weg von der „Basiswertung“ des § 943 ABGB (Hingabe einer körperlichen Sache aus der eigenen in die alleinige Gewahrsame des Beschenkten; zur vergleichbaren Problematik bei der Übergabe durch Besitzkonstitut siehe insb *E. Wagner*, JBl 2002, 453 ff mwN, kritisch zu OGH 2 Ob 274/01k, JBl 2002, 451; gegen das Ausreichen eines Besitzkonstituts zuletzt 3 Ob 109/02d, JBl 2003, 512 mit Anm von *E. Wagner*). Zumindest sehr nahe an dieser Basiswertung ist hingegen etwa der der E ÖBA 2003, 226 zugrundeliegende Sachverhalt anzusiedeln: Der Beschenkte hatte (neben einer Vollmacht) vom Schenker in Schenkungsabsicht den Wertpapierbon sowie das Losungswort erhalten, womit er – und offenbar nur er – auf das Depot zugreifen konnte. Ganz ähnlich der Sachverhalt zu ÖBA 1992, 746 (7 Ob 506/92): Der Schenker eines deponierten Sparbuchs ließ dem Beschenkten sowohl den Hinterlegungsschein als auch das Losungswort zukommen, wobei die Vorlage des Scheins für die Herausgabe erforderlich war (vgl auch *Iro* in *Avancini / Iro / Koziol*, Bankvertragsrecht I Rz 10/14). Zu Recht nahm der OGH in beiden Fällen, in denen ein weiterer Zugriff des Schenkers ausgeschlossen war, wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB an. Gleiches gilt für das vom 9. Senat selbst gebrachte Beispiel (Mitteilung des Losungsworts eines im Schließfach deponierten Sparbuchs und Übergabe *des* – also offenbar: des einzigen – Schließfachschlüssels). Daraus folgt das erste *Ergebnis*: Verschaffung bloßer Mitberechtigung gegenüber der depot- bzw kontoführenden Bank genügt für eine wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB nicht (ebenso *E. Wagner*, JBl 2005, 652).

4. Im Ergebnis anderes gilt auch nicht deswegen, weil die „Beschenkte“ in der Folge von ihrer Oder-Berechtigung Gebrauch gemacht und Depotwerte behoben hat. Für *E. Wagner* (JBl 2005, 652) ist das Grund genug, *Heilung* des Formmangels anzunehmen und damit dem 9. Senat zumindest im Ergebnis zu folgen. Allerdings hat sie früher (JBl 2002, 454) selbst zu Recht für eine Heilung bloß nach *Maßgabe des Formzwecks* plädiert. Nunmehr spricht sie in diesem Zusammenhang jedoch ausdrücklich nur mehr den Gläubigerschutz an und kommt auf andere Zwecke erstaunlicher-

weise nicht mehr zurück. Tatsächlich wurde durch die Auflösung des Depots durch die Beschenkte den Formzwecken keinesfalls Genüge getan; jedenfalls nicht dem zentralen Übereilungsschutz. Für eine Heilung in diesem Sinn verlangt etwa § 1432 ABGB mit guten Gründen eine Leistungshandlung des „Schuldners“. Vor dieser Handlung kann er sich die Sache ja nochmals überlegen (zu diesem zentralen Aspekt unter dem Stichwort „Selbstbestimmung“ statt vieler *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 182 ff mwN, insb 184 Fn 76). Ganz in diesem Sinn führt derselbe Senat in der schon erwähnten Entscheidung (9 Ob 149/04a) und unter eingehender Verwertung der Literatur aus, daß für die Heilung neben dem (formmangelhaften) Vertragsschluß weitere Akte *des Schenkers* notwendig seien, „die geeignet sind, ihm seinen Vermögensverlust ausreichend bewußt zu machen“. Es bestehe kein Grund, den klaren Gesetzeszweck des Übereilungsschutzes bei der Heilung formnichtiger Schenkungsverträge außer Acht zu lassen. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Hier erfolgte die „Erfüllung“ aber ohne jede Mitwirkung des Schenkers bzw seiner Erben. Vielmehr waren daran nur die „Beschenkte“ selbst und die Bank beteiligt, wobei die Bank überdies die Herausgabe infolge der vereinbarten Mitberechtigung am Depot auf rechtmäßige Weise gar nicht verhindern konnte. Die gleichen Formzweckargumente treffen die ebenfalls denkbare Konstruktion einer „gestreckten Übergabe“ (vgl etwa *Binder* in *Schwimann*, ABGB² § 943 Rz 22 Abs 2), da der Schenker nur an deren erstem Akt mitgewirkt hat (siehe zB *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, die etwa 213 ausdrücklich sagt, daß die zur Heilung führende Erfüllungshandlung nach § 1432 eine solche sein müsse, die auch als wirkliche Übergabe nach § 943 ABGB in Frage komme). Aus den genannten und aus weiteren Gründen kann auch nicht die bloße *Untätigkeit* des Erblassers zu Lebzeiten (Unterlassen eines Zugriffs auf die deponierten Wertpapiere) als zur Heilung führendes Verhalten angesehen werden.

Fazit: Da in dem zu beurteilenden Sachverhalt weder eine wirkliche Übergabe noch eine Heilung des Formmangels erfolgte, ist die E des 9. Senats auch im Ergebnis abzulehnen.

5. Unabhängig von den bisherigen Ausführungen läßt sich die hier kritisierte Entscheidung auf *Schenkungen auf den Todesfall* keinesfalls übertragen. § 956 Satz 2 ABGB verlangt ja entweder die Einhaltung der Vermächtnisform oder – bei vertraglicher Konstruktion – neben der Parteineneinigung einen Notariatsakt, der einen ausdrücklichen Widerrufs-

verzicht des Schenkers enthält (vgl. 8 Ob 569, 570/83, SZ 57/91). An all dem fehlt es. Und eine wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB kommt von vornherein nicht in Betracht, da sofortige Erfüllung eben gerade nicht gewollt war (siehe nur *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht¹² II [2001] 501 f). Daher ist das Rechtsgeschäft (form-)mangelhaft (ausdrücklich in diesem Sinn zur Einräumung einer Zeichnungsberechtigung auf einem Sparkonto, verbunden mit der Erklärung des Kontoinhabers, die Begünstigte könne über das Guthaben verfügen, wenn ihm etwas passiere, OGH ÖBA 1999, 911). Greift nun der Begünstigte nach dem Tod des „unwirksamen Schenkers“ dennoch auf das Depot zu, so folgt daraus zweierlei: Zum Ersten ist er – neben dem Nachlaß bzw den Erben – als Mitinhaber eines Oder-Depots weiterhin der Bank gegenüber forderungsberechtigt. Sie hätte diesem Mitberechtigten den Zugriff also nicht einmal verbieten können. Ob und inwieweit der „Beschenkte“ die aus dem Depot stammenden Vermögenswerte behalten kann, ergibt sich aber – in einem zweiten Schritt – allein aus seinem (Innen-)Verhältnis zu dem anderen Oder-Berechtigten (§ 895 Satz 1 ABGB; zum Oder-Konto in diesem Sinn etwa *Iro* in *Avancini / Iro / Koziol*, Bankvertragsrecht I Rz 4/96). Bei „ungeheiltem“ formmangelhafter Schenkung weist die Rechtsordnung inter partes die gesamten Vermögenswerte nun allein den Erben zu. Sie können daher mit Hilfe des Bereicherungsrechts vom unwirksam Beschenkten Herausgabe verlangen; eine Lösung, die nach den vorstehenden Ausführungen auch für die formmangelhafte Schenkung *unter Lebenden* gilt (vgl. OGH ÖBA 1999, 911, der allerdings bereits ein wirksames Forderungsrecht der Begünstigten gegen die kontoführende Bank leugnet, was in concreto wohl richtig war, da die Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung regelmäßig als bloße Bevollmächtigung zu verstehen ist, die überdies mit dem Tode des Kontoinhabers erlischt; vgl. *Iro* in *Avancini / Iro / Koziol*, Bankvertragsrecht I Rz 4/61 und 4/73).

Aus spezifisch bank(haftungs)rechtlicher Sicht sei schließlich noch eine Warnung ergänzt. Kommen Schenkungswilliger und präsumtiv Begünstigter zur Bank und erläutern sie dort ihre Pläne, darf ihnen nicht ohne weiteres zur Umwandlung des Depots oder Sparkontos in ein Oder-Depot bzw Oder-Konto geraten werden; womöglich noch mit dem Hinweis, auf diese Weise könne der Begünstigte sofort nach dem Tod des Schenkers und ohne weitere Formalitäten Zugriff nehmen. Diese Information ist nämlich wegen ihrer Unvollständigkeit unrichtig (vgl. etwa *P. Bydlinski*, FS Hadding [2004] 759, 765 f): Ein Durch-

schnittskunde darf sie in dem Sinn verstehen, daß der Begünstigte die Werte an sich nehmen *und dauerhaft behalten* darf. Wie gezeigt, ist das nicht richtig. Überdies besteht die Gefahr, daß die Erben schneller sind und ihrerseits das Depot/Konto auflösen, bevor der „Beschenkte“ aktiv wird. Derart unvollständige Information kann die Bank haftpflichtig machen; etwa dann, wenn sich die Kunden darauf verlassen und der auf den Todesfall Schenkungswillige die Zuwendung nicht zugleich auch letztwillig festmacht. Der Bankmitarbeiter müßte daher auf die Notwendigkeit aufmerksam machen, zusätzlich einen entsprechenden letzten Willen formwirksam zu erklären bzw einen Notariatsakt (mit Widerrufsverzicht) zu errichten. Ausreichend wäre aber wohl auch eine nähere Erklärung, daß und warum der Zugriff auf das Depot/Konto (Recht bloß gegenüber der Bank) nicht automatisch ein auch gegenüber den Erben wirksames Recht an den behobenen Depotwerten bzw am behobenen Kontoguthaben begründet.

o.Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*,
Graz