

# TE OGH 2018/5/3 2Ob122/17f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.05.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. V\*\*\*\*\* Privatstiftung, \*\*\*\*\*, 2. W\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Wolfgang Schöberl, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Z\*\*\*\*\*, vertreten durch Kosch & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 69.240,93 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 10. Mai 2017, GZ 11 R 17/17a-31, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 30. September 2016, GZ 21 Cg 7/16b-27, bestätigt wurde,

1. durch die Vizepräsidentin Hon.-Prof. Dr. Lovrek als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Veith und Dr. Musger, die Hofrätin Dr. E. Solé und den Hofrat Dr. Nowotny als weitere Richter am 22. März 2018 in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Entscheidung über die Revision ist gemäß § 8 Abs 1 Z 2 OGHG in einem verstärkten Senat zu fällen.

2. durch die Vizepräsidentin Hon.-Prof. Dr. Lovrek als Vorsitzende und die Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer, Dr. Hopf, Dr. Vogel, Hon.-Prof. Dr. Kuras und Dr. Hoch, die Senatspräsidentin Dr. Kalivoda, die Hofräte Dr. Veith und Dr. Musger, die Hofrätin Dr. E. Solé und den Hofrat Dr. Nowotny als weitere Richter in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der außerordentlichen Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagenden Parteien sind schuldig, der beklagten Partei die mit 2.515,14 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung (darin 419,19 EUR Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Zu 1.

Die klagenden Tierschutzinstitutionen sind die testamentarischen Erben einer am 2. September 2014 gestorbenen Frau. Die Beklagte behauptet, dass ihr die Erblasserin schon zu Lebzeiten die Hälfte eines Wertpapierdepots geschenkt habe. Zu diesem Zweck habe ihr die Erblasserin durch Erklärung gegenüber der Bank die Mitinhaberschaft am Depot eingeräumt. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Frage, ob dieses Verhalten als wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB und § 1 lit d NotAkteG zu qualifizieren ist oder ob dafür das – hier nicht erfolgte – Verschaffen einer alleinigen Verfügungsbefugnis erforderlich gewesen wäre. Da die höchstgerichtliche Judikatur zu dieser Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung uneinheitlich ist, liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs 1 Z 2 OGHG vor.

zu 2.

Die Erblasserin hatte nach dem Tod ihres Mannes im Jahr 2008 jemanden gesucht, der ihr im Haushalt helfen und sie später allenfalls pflegen könnte. Im Gegenzug wollte sie dieser Person nach dem Tod ihre Eigentumswohnung zukommen lassen. Sie fragte deshalb auch die im selben Haus wohnhafte Beklagte. Diese erklärte sich dazu bereit, worauf ihr die Erblasserin als Gegenleistung die Eigentumswohnung und 30.000 EUR versprach. Auf dieser Grundlage verfasste sie am 15. Mai 2008 ein eigenhändiges Testament, worin sie einerseits die beiden Kläger zu gleichen Teilen als Erben einsetzte und andererseits der Beklagten ihre Eigentumswohnung und 30.000 EUR vermachte.

In weiterer Folge entwickelte sich zwischen der Erblasserin und der Beklagten ein freundschaftliches Verhältnis. Die Beklagte war täglich bei der Erblasserin, kochte für sie, unterstützte sie im Haushalt und begleitete sie zum Arzt. Dafür erhielt sie keine regelmäßige Bezahlung, wohl aber Geschenke zum Geburtstag und zu Weihnachten. Auf dieser Grundlage entschloss sich die Erblasserin, der Beklagten schon zu Lebzeiten die Hälfte eines ihr gehörenden Wertpapierdepots zu schenken. Zu diesem Zweck vereinbarte sie mit ihrem Bankbetreuer einen Termin für den 14. März 2014, wobei sie diesem schon vorweg erklärte, dass die Beklagte als Mitinhaberin des Depots eingetragen werden sollte. Beim Termin war auch die Beklagte anwesend. Der Betreuer klärte die Erblasserin darüber auf, dass die Beklagte als Mitinhaberin das gesamte Depot realisieren könnte. Die Erblasserin war damit einverstanden; sie sagte dem Betreuer, dass sie der Beklagten die Hälfte des Depots schenken wolle. Die Beklagte wurde daraufhin als Mitinhaberin des Wertpapierdepots eingetragen; die Bestätigung über die Einräumung der Mitinhaberschaft wurde vom Betreuer und vom zur Besprechung hinzugezogenen Filialleiter sowie von der Erblasserin und der Beklagten unterschrieben.

Die Erblasserin starb am 2. September 2014. Im November 2014 realisierte die Beklagte die Hälfte der im Depot liegenden Wertpapiere und ließ sich den Erlös von 99.240,93 EUR auszahlen. Der Nachlass wurde den Klägern rechtskräftig eingewantwortet.

Die Kläger begehren von der Beklagten je zur Hälfte 69.240,93 EUR samt Zinsen. Es sei keine wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB und § 1 lit d NotAkteG erfolgt, weil die Erblasserin der Beklagten dafür die ausschließliche Verfügungsbefugnis über das Depot hätte einräumen müssen. Das sei bei einer bloßen Mitinhaberschaft nicht der Fall. Mangels wirksamer Schenkung hätten sie daher als Erben Anspruch auf Rückgabe des der Beklagten ausgezahlten Betrags. Die Höhe ihres Begehrens ergebe sich aus einer Aufrechnung gegen die Legatsforderung der Beklagten von 30.000 EUR.

Die Beklagte wendet ein, die Erblasserin habe ihr das halbe Depot geschenkt. Die Einräumung der Mitinhaberschaft sei eine wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB und § 1 lit d NotAkteG gewesen. Sie habe dadurch die tatsächliche Herrschaft über ihren Anteil am Depot ausüben können.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Aufgrund der eingangs wiedergegebenen Feststellungen nahm es den Abschluss eines Schenkungsvertrags zwischen der Erblasserin und der Beklagten an. Die Umwandlung eines Alleindepots des Schenkers in ein Oder-Depot mit dem Beschenkten als Mitberechtigten sei eine wirkliche Übergabe. Dass der Schenker in diesem Fall weiterhin die Möglichkeit zu einem (rechtswidrigen) Eingriff in die Rechte des Beschenkten habe, ändere daran nichts.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und ließ die ordentliche Revision nicht zu.

Eine wirkliche Übergabe liege vor, wenn neben dem Schenkungsvertrag ein anderer, von diesem verschiedener und als Übergabe erkennbarer Akt gesetzt werde, der nach außen in Erscheinung trete und geeignet sei, dem Willen des Geschenkgebers Ausdruck zu verleihen, das Schenkungsobjekt aus seiner Gewahrsame in die des Beschenkten zu übertragen. Der Oberste Gerichtshof habe zwar mehrfach ausgesprochen, dass Wertpapiere als Gegenstand einer Schenkung nach außen erkennbar in die alleinige Verfügungsmacht des Geschenknehmers übergehen müssten. Das sei hier nicht geschehen. Allerdings habe der Oberste Gerichtshof schon in SZ 22/27 die bloße Bekanntgabe des Lösungsworts für ein Bankfach in Zürich als wirkliche Übergabe qualifiziert. Ähnlich habe er in SZ 40/86 und 6 Ob 553/77 entschieden und es dabei offenkundig als irrelevant angesehen, dass der Geschenkgeber selbst weiterhin Zugriff auf das Kassenfach oder auf das Bankdepot gehabt habe. Zuletzt habe der OGH in 9 Ob 151/04b das Einräumen einer Mitinhaberschaft an einem Wertpapierdepot als wirkliche Übergabe qualifiziert. Dabei habe er klargestellt, dass der Umstand, dass dem Schenker die Möglichkeit zu einem – allenfalls rechtswidrigen – Eingriff in die Rechte des Beschenkten nicht gänzlich genommen worden sei, die Annahme einer „wirklichen Übergabe“ iSd § 943 ABGB nicht

ausschließe.

In ihrer außerordentlichen Revision machen die Kläger geltend, dass nach ständiger Rechtsprechung nur die Übertragung der ausschließlichen Verfügungsberechtigung als wirkliche Übergabe eines Kontoguthabens oder Depots anzusehen sei. Die Entscheidung 9 Ob 151/04b sei von dieser Rechtsprechung abgewichen und im Schrifttum einhellig kritisiert worden.

Die Beklagte hält in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung an ihrem Standpunkt fest, dass die Einräumung der Mitinhaberschaft eine wirkliche Übergabe sei. Der Oberste Gerichtshof habe mehrfach ausgesprochen, dass das Weiterbestehen von Mitgewahrsam eine wirkliche Übergabe nicht ausschließe; es genüge, wenn der Beschenkte die tatsächliche Sachherrschaft ausüben könne. Das treffe bei Begründung eines Oder-Kontos zu. Der im Übereilungsschutz liegende Formzweck sei dabei gewahrt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision ist zulässig, weil die Rechtsprechung zur strittigen Frage uneinheitlich ist. Sie ist aber nicht berechtigt.

1. Die Kläger zeigen zutreffend auf, dass die Rechtsprechung zur wirklichen Übergabe § 943 ABGB, § 1 lit d NotAkteG von Kontoguthaben und Wertpapieren auf einem Depot uneinheitlich ist.

1.1. Ausgehend von 2 Ob 264/59 (SZ 32/81) verlangt eine Reihe von älteren Entscheidungen (vgl. RIS-JustizRS0070929, RS0011213) ein Verhalten des Geschenkgebers, das dem Geschenknehmer die ausschließliche Verfügungsmöglichkeit über das geschenkte Vermögen einräumt. Auf dieser Grundlage erfüllt weder das Einräumen einer Mitberechtigung im Sinn eines Oder-Kontos (2 Ob 264/59; 2 Ob 300/67 [obiter, da auch kein Schenkungswille festgestellt]; 5 Ob 231/72 EvBl 1973/143; 10 Ob 1522/88 [obiter]; 8 Ob 560/90; 1 Ob 75/09z) noch einer Zeichnungsbefugnis (4 Ob 517/82; 4 Ob 34/99z [obiter, da Schenkung auf den Todesfall]) das Erfordernis der wirklichen Übergabe. Eine nähere Begründung für diese Auffassung enthalten diese Entscheidungen allerdings nicht. Die Leitentscheidung 2 Ob 264/59 beschränkte sich auf die Aussage, das Einräumen einer Mitberechtigung (Oder-Konto) habe „eine vorbehaltlose Übergabe des Gegenstands der Schenkung an die Beklagte nicht nur nicht herbeigeführt, sondern geradezu ausgeschlossen“; die in § 943 ABGB geforderte wirkliche Übergabe sei „somit“ nicht erfolgt. Dies wurde in späteren Entscheidungen ohne weitere Auseinandersetzung übernommen.

Auf diesem Rechtsgedanken beruht offenkundig auch die Rechtsprechung, dass die Schenkung eines mit Losungswort versehenen Sparbuchs sowohl die Bekanntgabe des Losungsworts als auch die Übergabe der Urkunde erfordere (RIS-Justiz RS0011186; 6 Ob 53/08z mwN). Denn auch diese Vorgangsweise schließt (abgesehen von der Möglichkeit einer Kraftloserklärung) weitere Verfügungen des Geschenkgebers über das Guthaben aus (siehe aber zu abweichenden Entscheidungen unten 1.3.).

1.2. Fehlte in diesen Fällen der Notariatsakt, wurde das Schenkungsversprechen als zunächst unwirksam angesehen. Allerdings konnte dieser Formmangel durch die nachträgliche Zustimmung des Geschenkgebers zu einer Verfügung des Geschenknehmers über das geschenkte Vermögen geheilt werden (5 Ob 231/72; 1 Ob 1/15a ecolex 2015, 460 [Fritzer]). Eine solche Zustimmung lag in der Sache wohl auch der Entscheidung 8 Ob 560/90 zugrunde, nach deren Wortlaut aber auch eine Verfügung des (am Konto mitberechtigten) Geschenknehmers selbst genügen soll. Im vorliegenden Fall lässt sich aus dieser Rechtsprechungslinie allerdings nichts gewinnen, weil die Beklagte erst nach dem Tod der Geschenkgeberin die Hälfte der im Depot liegenden Wertpapiere realisierte.

1.3. Hingegen ließ der Oberste Gerichtshof in anderen Entscheidungen auch das Einräumen einer Verfügungsmöglichkeit genügen, die jene des Geschenkgebers nicht ausschloss.

(a) In 6 Ob 170/67 (SZ 40/86) und 6 Ob 553/77 reichte es aus, dass der Geschenkgeber dem Geschenknehmer eine Vollmacht zur Behebung von Aktien aus einem Depot erteilte, wobei es in 6 Ob 553/77 ausdrücklich als unerheblich bezeichnet wurde, dass diese Vollmacht widerruflich war. In 1 Ob 47/99i genügte die Bekanntgabe des Losungsworts bei weiter bestehendem Mitgewahrsam an Depotscheinen. Nach diesen Entscheidungen schadete es daher nicht, dass auch der Geschenkgeber selbst noch faktisch über die Depots verfügen konnte.

(b) In 3 Ob 41/49 (SZ 22/27) erfüllte die bloße Bekanntgabe eines Losungsworts für ein (Schweizer) Bankschließfach das Erfordernis der wirklichen Übergabe, obwohl wegen der unterbliebenen Übergabe eines „Ausfolgungsscheins“ die

Verfüugungsmöglichkeit des Geschenkgebers dadurch nicht ausgeschlossen war. Dieser Fall war allerdings dadurch gekennzeichnet, dass die Schenkung unmittelbar vor der Deportation des Geschenkgebers nach Theresienstadt erfolgt war und die Übergabe des Ausfolgungsscheins im Fall einer Hausdurchsuchung zu „unheilvollen Folgen“ für die Geschenknehmerin hätte führen können. Zur Klarstellung ist zudem festzuhalten, dass der zu dieser Entscheidung (richtig) gebildete Rechtssatz RIS-Justiz RS0011168 die weiteren dazu indizierten Entscheidungen nicht deckt, da dort jeweils auch die Übergabe der jeweiligen Urkunde (idR eines Sparbuchs) als erforderlich angesehen wurde, was im Ergebnis zu einer ausschließlichen Verfügungsmöglichkeit des Geschenknehmers führte (1 Ob 204/66 SZ 39/140; 7 Ob 506/92; 7 Ob 579/92; zuletzt 6 Ob 53/08z).

(c) In der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung 9 Ob 151/04b (JBl 2005, 648 [Wagner] = ÖBA 2006, 136 [P. Bydlinski]) ließ der 9. Senat das Einräumen der Mitinhaberschaft an einem Depot – in der rechtlichen Beurteilung und damit auch im Rechtssatz RIS-Justiz RS0119927 allerdings „Zeichnungsberechtigung“ genannt – als wirkliche Übergabe genügen. Grund für diese Vorgangsweise des Geschenkgebers war nach den Feststellungen seine auch gegenüber der Bank offengelegte Absicht, die Erträge der Wertpapiere bis zu deren Realisierung durch die Geschenknehmerin selbst zu lukrieren. Zur Begründung seiner Auffassung verwies der 9. Senat einerseits auf die Entscheidung 6 Ob 170/67, die seine Auffassung tatsächlich deckte (oben [a]). Andererseits bezog er sich auf Entscheidungen zur Schenkung von Depots, denen aber jeweils die Einräumung einer ausschließlichen Verfügungsmöglichkeit zugrunde lag (1 Ob 39/97k; 1 Ob 115/02x). Mit der gegenteiligen Rechtsprechung zu Oder-Konten (oben 1.1.) setzte sich die Entscheidung nicht auseinander.

1.4. In der letzten einschlägigen Entscheidung (1 Ob 1/15a) ließ der 1. Senat die Frage der wirklichen Übergabe – konkret eines Bankkontoguthabens durch Übergabe einer Bankomatkarte – ausdrücklich offen, weil der Geschenkgeber der darauf folgenden Verfügung der Geschenknehmerin (Kontoabhebung) zugestimmt hatte, was zur Heilung eines allfälligen Formmangels geführt habe.

2. Das Schrifttum tendiert eher zur strengeren Auffassung.

2.1. Die ältere Literatur verlangte im Anschluss an die eingangs dargestellte Rechtsprechung bei Wertpapierdepots und Konten das Einräumen einer ausschließlichen Verfügungsmöglichkeit (I r o i n Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> [2007] Rz 1/43 und 1/145 [Konto], 4/129 [Depot]; Schubert in Rummel3 § 943 Rz 5; Binder in Schwimann3 § 943 Rz 27). Die teilweise abweichende Judikatur (oben 1.3.) wurde als „inkonsequent“ bezeichnet (Binder in Schwimann3 § 943 Rz 27).

2.2. Die Entscheidung 9 Ob 151/04b wurde von P. Bydlinski (ÖBA 2006, 137) und E. Wagner (JBl 2005, 649) kritisiert. Sie nehmen an, dass der von § 943 ABGB und § 1 lit d NotAKtsG bezweckte Übereilungsschutz die Einräumung einer ausschließlichen Verfügungsmöglichkeit erfordere. E. Wagner sieht zudem den Gläubigerschutz gefährdet, da es bei Ausreichen einer bloßen Zeichnungsberechtigung ein Leichtes wäre, Schenkungsverträge zu „erdichten“, um Gläubiger zu benachteiligen. Allerdings hält sie die Entscheidung im Ergebnis für richtig, weil die Geschenknehmerin (wenngleich erst nach dem Tod des Geschenkgebers) von ihrer Verfügungsbefugnis Gebrauch gemacht und so die wirkliche Übergabe bewirkt habe. Hingegen sieht Lenneis (Fragen zur Schenkung durch Umwandlung eines Wertpapieralleindepots in ein Gemeinschaftsdepot, AnwBl 2010, 462) auch bei Einräumung einer Mitberechtigung den Übereilungsschutz gewahrt, weil der Geschenkgeber dafür Erklärungen gegenüber der Bank abgeben müsse, die über das eigentliche Schenkungsversprechen hinausgingen.

2.3. In weiterer Folge leitete Parapatits (in Schwimann/Kodek4 § 943 Rz 31) aus 9 Ob 151/04b ab, dass das Einräumen einer Mitzeichnungsberechtigung (oder Mitinhaberschaft) ausreiche, wenn der Geschenkgeber gegenüber der Bank erkläre, dass der Geschenknehmer in Bezug auf einen bestimmten Teil des Kontos oder Depots allein verfüugungsberechtigt sein solle. Ertl (in Klang3 § 943 Rz 16) bezweifelt bei 9 Ob 151/04b einen ausreichenden Übereilungsschutz, sieht den Gläubigerschutz aber gewahrt, weil eine Erklärung gegenüber der Bank vorgelegen sei. Fritzer (Glosse zu 1 Ob 1/15a, ecolex 2015, 460) lehnt die Entscheidung 9 Ob 151/04b ab, weil danach im Ergebnis das „Zuvorkommen beim Abräumen des Kontos“ maßgebend sei. Zur Erfüllung des Warnzwecks sei die „Endgültigkeit“ der Verfügung erforderlich. In ihrer später verfassten Dissertation geht sie allerdings von dieser Auffassung ab und lässt nun das in welcher Weise immer vorgenommene Verfügungsgeschäft genügen (Fritzer, Die Form der Schenkung unter Lebenden [2018] 80 ff).

3. Insgesamt liegt daher zur Frage der „wirklichen Übergabe“ bei Konten und Depots keine einheitliche Rechtsprechung vor; auch das Schrifttum bietet

– trotz einer Tendenz zur strengerer Auffassung – kein eindeutiges Bild.

3.1. Einigkeit besteht lediglich darin, dass das gegenüber der Bank erfolgte Einräumen einer ausschließlichen Verfügungsberechtigung – also die Übertragung des Kontos oder Depots – jedenfalls ausreicht. Im Übrigen fordert eine Linie der Rechtsprechung dass sich der Geschenkgeber jeder eigenen Verfügungsmöglichkeit begibt, während es nach der anderen Linie ausreicht, dass der Geschenkgeber dem Geschenknehmer ermöglicht, allein (wenn auch nicht ausschließlich) über das Konto zu verfügen. Dafür kommen nach der Rechtsprechung unterschiedliche Rechtshandlungen in Betracht, die nicht immer klar unterschieden werden:

(a) Möglich ist zunächst das – auch hier erfolgte – Einräumen einer Mitinhaberschaft im Sinn eines Oder-Kontos oder eines Oder-Depots (dazu näher Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 1/128 ff, Rz 4/13; aus der Rsp etwa 3 Ob 49/02f [Oder-Konto] und 10 Ob 30/12b SZ 2012/109 [Oder-Depot]). In diesem Fall wird auch der Beschenkte Vertragspartner der Bank, was deren Zustimmung voraussetzt. In weiterer Folge kann er Rechte aus dem jeweiligen Vertrag geltend machen. Nach Maßgabe der Vereinbarung mit der Bank kann der Beschenkte auch allein auf das Konto oder das Depot zugreifen.

(b) Die Geschäftsbedingungen der Bank können eine vom Konto- oder Depotinhaber zu erteilende „Zeichnungsberechtigung“ vorsehen. Sie ermöglicht dem Geschenknehmer ebenfalls den alleinigen Zugriff auf das Depot oder das Konto, wobei er regelmäßig im Namen des Inhabers tätig wird (Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 1/80 ff, Rz 4/15 ff; 9 Ob 26/98h SZ 71/62; RIS-Justiz RS0109870). Maßgebend ist aber auch hier – mangels gesetzlicher Regelung – die konkrete Rechtsbeziehung zwischen der Bank und dem Kontoinhaber.

(c) Der Geschenkgeber kann dem Beschenkten weiters durch Erklärung gegenüber der Bank Vollmacht zur Verfügung über das Konto oder das Depot erteilen (Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 1/104 ff, 4/15). Auch in diesem Fall wird der Beschenkte als Vertreter des Kontoinhabers tätig.

3.2. Vom Einräumen einer solchen Verfügungsmöglichkeit zu unterscheiden ist die Frage, ob das Verfügungsgeschäft vollzogen wurde, also jener Akt, der

– einen gültigen Titel vorausgesetzt – zum Übergang der Berechtigung führt, im Fall von Depots oder Konten daher zum Übergang des Eigentums an den verwahrten Wertpapieren oder der Forderung aus der Kontobeziehung. Beim Depot ist das regelmäßig die Besitzanweisung in Bezug auf die verwahrten Papiere (Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 4/13; P. Bydlinski, ÖBA 2006, 137 f), beim Konto – neben dessen Übertragung in Form einer Vertragsübernahme – die Zession der Forderung gegen die Bank (Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 1/3).

4. Angesichts der divergierenden Rechtsprechung ist die Frage, ob die Einräumung einer den Geschenkgeber nicht ausschließenden Verfügungsbefugnis als wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB iVm § 1 lit d NotAKtsG zu werten ist, neuerlich zu prüfen (§ 8 Abs 1 Z 2 OGHG). Sie ist aufgrund des Zwecks dieser Bestimmungen (unten 4.1.) zu bejahen (unten 4.2.).

4.1. § 943 ABGB und § 1 lit d NotAKtsG dienen dem Schutz des Geschenkgebers vor übereilten Verfügungen.

(a) Dieser Zweck ergibt sich schon aus den Materialien zum ABGB Öfner, Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II [1889] 29): Bereits der Urentwurf hatte bei Fehlen einer wirklichen Übergabe die Schriftform vorgesehen, wogegen eingewendet worden war, dass „mancher des Schreibens unkundig sei“, weshalb alternativ zur Schriftform auch die Beiziehung zweier Zeugen genügen sollte. Dem hielt der Berichterstatte entgegen, dass Zeugen nicht in gleicher Weise vor Übereilung schützten „als ein schriftlicher Aufsatz“. Die Mehrheit der Kommission trat dem bei, weil dadurch „der unerfahrene, leicht gelenkte, überredete, überlistete Landmann von leichtsinnigen Versplitterungen seines Vermögens [...] abgehalten“ würde. Dies entsprach auch dem Verständnis der ersten Kommentierungen des ABGB, wonach § 943 ABGB ausschließlich dem Schutz des Geschenkgebers diene (Zeiller, Kommentar III/1 [1812] § 943 Anm 1; Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht IV [1837] 115 f).

(b) In den Materialien zum (heute so bezeichneten) Notariatsaktsgesetz, mit dem das Schriftformerfordernis durch die

Notariatsaktpflicht ersetzt wurde (abgedruckt bei Kaserer, Das Gesetz vom 25. Juli 1871 über das Erfordernis notarieller Errichtung einiger Rechtsgeschäfte mit Materialien [1885]), stand ebenfalls der Übereilungsschutz im Vordergrund, daneben wurde aber auch der Schutz der Gläubiger vor „erdichteten“ Verträgen genannt (Kaserer, Gesetz 13 f, 120). Der Schwerpunkt der Erörterungen lag jedoch beim Formgebot für Verträge zwischen Ehegatten (Kaserer, Gesetz 121 ff, 137 ff); die Verschärfung der Form des Schenkungsvertrags war offenbar unstrittig.

(c) Die Literatur betont den Übereilungsschutz (P. Bydlinski, Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe, NZ 1991, 166 ff; Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung [1998] 59 ff, 123 f; F. Bydlinski/P. Bydlinski, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand [2001] 63 [Übereilungsschutz als „unbestrittener“ Zweck]; Liedermann, Die „wirkliche Übergabe“ im Schenkungsrecht, NZ 2011, 321 [323 ff]; Parapatits in Schwimann/Kodek4 § 943 Rz 5; Rabl, Schenkungen im gemeinsamen Haushalt, NZ 2015, 169 [174 f]; Zöchling-Jud, Schenkung und „wirkliche Übergabe“, NZ 2015, 177 [186]); daneben wird zurückgehend auf die Materialien zum NotAKtsG – vereinzelt auch der Gläubigerschutz genannt (Stanzl in Klang2 IV/1 611; Ertl in Klang3 § 943 Rz 16 und Rz 2; Klete?ka, Schenkungen und gemeinsame Gewahrsame, NZ 2015, 161 [167]). Auch die Rechtsprechung sieht den Übereilungsschutz im Vordergrund und misst dem Gläubigerschutz nur geringes Gewicht bei (3 Ob 881/23 SZ 5/305; 5 Ob 266/99z NZ 2001, 141 [zust Hoyer] = ecolex 2000, 354 [krit Wilhelm]; vgl auch 3 Ob 185/05k). Darüber hinaus wird – wenngleich ohne nähere Begründung – auch der „Beweiszweck“ der wirklichen Übergabe angeführt (6 Ob 53/08z mwN). Damit ist offenkundig gemeint, dass die wirkliche Übergabe ein Indiz für das Vorliegen des Schenkungswillens ist.

(d) Auch nach Ansicht des verstärkten Senats ist Zweck von § 943 ABGB und § 1 lit d NotAKtsG eindeutig der Übereilungsschutz. Der Geschenkgeber soll vor bloßen Versprechen geschützt werden, deren Ernsthaftigkeit ihm weder durch Errichten eines Notariatsakts noch durch wirkliche Übergabe der geschenkten Sache vor Augen geführt wird. Dieses Abweichen vom Grundsatz der Formfreiheit (§ 883 ABGB) ist durch die wegen Fehlens einer Gegenleistung geringere Schutzwürdigkeit des Geschenknehmers gerechtfertigt. Ob eine wirkliche Übergabe vorliegt, ist an diesem Normzweck zu messen.

Demgegenüber wird der Gläubigerschutz in erster Linie durch das Anfechtungsrecht (IO, AnfO) verwirklicht. Zwar entfällt dadurch nicht das Interesse von Gläubigern des (vorgeblichen) Geschenkgebers, sich – etwa in einem Exszindierungsprozess – auch auf das mit einem Formmangel begründete Nichtvorliegen einer Schenkung berufen zu können (Ertl in Klang3 § 943 Rz 16 Rz 2; Klete?ka, NZ 2015, 167). Allerdings greift die Notariatsaktpflicht nur bei Fehlen einer wirklichen Übergabe. Ist diese – in welcher Form auch immer – erfolgt, so ist die Schenkung wirksam, ohne dass dies für die Gläubiger des Geschenkgebers erkennbar sein müsste. Denn niemand hindert den Beschenkten, eine wirklich übergebene Sache dem Geschenkgeber wieder zum Gebrauch zu überlassen. Ein wirksamer Gläubigerschutz ist daher durch die bloß beschränkte Notariatsaktpflicht von vornherein nicht zu erreichen (P. Bydlinski, NZ 1991, 166; Rabl, NZ 2015, 175 f; vgl auch 5 Ob 266/99z: Aspekte des Gläubigerschutzes seien wegen ihrer „offenkundigen Unerreichbarkeit“ zu vernachlässigen). Das spricht dagegen, diesen angeblichen Formzweck für die Auslegung der strittigen Bestimmungen heranzuziehen.

Gleiches gilt für die gelegentlich genannten Beweis Zwecke. Für den Nachweis einer Schenkung können zwar bestimmte Sachverhaltselemente relevant sein, die in gleicher Weise für die Frage der wirklichen Übergabe maßgebend sind (etwa das Aus-der-Hand-Geben einer Sache als Indiz für das Vorliegen und die Ernstlichkeit des Schenkungswillens). Dennoch sind diese Fragen grundsätzlich getrennt zu beurteilen: Die Übergabe einer Sache kann auf verschiedenen Gründen beruhen und lässt daher für sich allein noch nicht auf das Vorliegen einer Schenkung schließen. Entscheidend sind daher in jedem Fall auch die Feststellungen zum Vorliegen eines Schenkungswillens. Diese Auffassung liegt im Kern auch der – dennoch den Beweis Zweck von § 943 ABGB betonenden – Entscheidung 6 Ob 53/08z zugrunde. Denn darin heißt es, die Übergabe sei „jedenfalls noch nicht aussagekräftig, weil sie zur Erfüllung verschiedenster Rechtsgeschäfte (Verwahrung, Leihe, Prekarium, Miete, Schenkung ua) erfolgen kann und über ihren Zweck für sich allein nichts aussagt“. Eben aus diesem Grund ist aber die „wirkliche Übergabe“ von vornherein nicht geeignet, das Vorliegen einer Schenkung zu beweisen. Auch hier gilt daher, dass Beweis Zwecke für die Auslegung von § 943 ABGB wegen ihrer „offenkundigen Unerreichbarkeit“ (vgl 5 Ob 266/99z) in den Hintergrund treten müssen.

(e) Für das Vorliegen einer wirklichen Übergabe ist daher entscheidend, ob durch ein zum Schenkungsversprechen hinzutretendes Verhalten des Geschenkgebers der im Übereilungsschutz liegende Zweck der Formpflicht gewahrt ist. Das wäre nicht der Fall, wenn es für die wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB und § 1 lit d NotAKtsG ausschließlich auf die

vollständige Erfüllung des Vertrags ankäme (so Teile des älteren Schrifttums, vgl etwa Frankl, Die Formerfordernisse der Schenkung nach österreichischem Rechte [1883] 37; Randa, Das Eigentumsrecht [1893] 331; Gmeyner, Die Formvorschriften des österreichischen Privatrechts [1907] 20; Stubenrauch, Commentar II [1903] 134; zuletzt wieder Fritzer, Form 80 ff), also auf das Vorliegen des den Rechtsübergang bewirkenden Verfügungsgeschäfts. Denn dann genügt bei beweglichen Sachen das Besitzkonstitut (so konsequent die oben genannten Autoren; ähnlich auch Rabl, NZ 2015, 176), bei Forderungen wohl auch – entgegen ständiger Rechtsprechung (Judikat 142 GIUNF 650; 1 Ob 147/00z mwN) – die bloß mündliche oder konkludente Zession ohne Verständigung des Drittschuldners (so ebenfalls konsequent Fritzer, Form 161 ff). Der Zweck von § 943 ABGB und § 1 lit d NotAKtsG würde damit allerdings grundlegend verfehlt.

4. 2. Der Schutz vor übereilten Schenkungsversprechen ist auch bei Einräumen einer nicht ausschließlichen Verfügungsmöglichkeit gewahrt.

(a) Nach einem auf das Judikat 142 (= GIUNF 650) zurückgehenden Stehsatz der Rechtsprechung liegt eine wirkliche Übergabe vor, wenn der Geschenkgeber einen vom Schenkungsvertrag verschiedenen und als Übergabe erkennbaren Akt setzt, der nach außen (aber nicht notwendig gegenüber Dritten: 1 Ob 115/02x mwN) in Erscheinung tritt und geeignet ist, seinem Willen Ausdruck zu verleihen, das Schenkungsobjekt aus seiner Gewahrsame in die des Beschenkten zu übertragen (1 Ob 147/00z mwN; RIS-Justiz RS0011383 [T11]). Bei einer im gemeinsamen Gewahrsam stehenden Sache kann das nach ständiger Rechtsprechung auch durch bloße Besitzauflassung (*traditio brevi manu*) erfolgen, ohne dass sich an den tatsächlichen Verhältnissen etwas ändern müsste (3 Ob 881/23 SZ 5/305; 3 Ob 37/68 SZ 41/37; 1 Ob 527/91 [Erklärung genügt bei Mitgewahrsam an Liegenschaft]; 7 Ob 292/03x; RIS-Justiz RS0010152; zuletzt etwa 1 Ob 229/16g; weitere Nachweise bei Rabl, NZ 2015, 172 ff, und Parapatits in Schwimann/Kodek 4 § 943 Rz 17 f). Das wird zwar in der Literatur bezweifelt, weil die formal vom Schenkungsversprechen getrennte, aber unter Umständen bloß konkludent erfolgende Besitzauflassung keine Warnfunktion habe (Zöchling-Jud, NZ 2015, 186 ff; Kletečka, NZ 2015, 166 ff). Ob das zutrifft, kann hier aber offen bleiben. Denn jedenfalls das Einräumen von Mitgewahrsam, das dem Geschenknehmer faktisch das alleinige Verfügen über die Sache ermöglicht, ist eindeutig ein zum Schenkungsversprechen hinzutretender Akt, der geeignet ist, dem Geschenkgeber die Konsequenzen seiner Erklärung vor Augen zu führen.

(b) Diese Wertung liegt den oben zu 1.3. genannten Entscheidungen zugrunde. Ermöglicht der Geschenkgeber dem Geschenknehmer durch einen vom Schenkungsversprechen gesonderten Akt das alleinige Verfügen über ein Konto oder Depot, so muss ihm bewusst sein, dass er sich dieser Werte durch die Schenkung begibt. Dass er faktisch auch selbst noch darüber verfügen könnte (aber wegen der wirksamen Schenkung nicht dürfte), kann an der Erfüllung der Warnfunktion nichts ändern. Eine derart zurückbehaltene Verfügungsmöglichkeit kann zwar ein Indiz dafür sein, dass in Wahrheit keine Schenkung gewollt war. Diese Frage ist aber ohnehin vorrangig zu prüfen: Liegt keine Einigung auf eine Schenkung vor, kommt es auf die wirkliche Übergabe der angeblich geschenkten Sache nicht an. Wird hingegen der Schenkungswille bejaht, so ist der Übereilungsschutz schon bei Einräumen einer alleinigen (wenn auch nicht ausschließlichen) Verfügungsmöglichkeit gewahrt.

(c) Bei der Schenkung von Kontoguthaben oder Depots (genauer: von auf einem Depot liegenden Wertpapieren; vgl zum möglichen Auseinanderfallen von Berechtigung aus dem Depotvertrag und Eigentum an den Wertpapieren Iro in Apathy/Iro/Kozioł, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 4/19 f) genügt es daher, wenn der Geschenkgeber dem Geschenknehmer durch einen vom Schenkungsversprechen verschiedenen Akt die Möglichkeit einräumt, sich ohne sein weiteres Zutun in den Alleinbesitz des geschenkten Vermögens zu setzen. Dafür könnte unter Umständen schon das Erteilen einer Zeichnungsberechtigung oder einer Vollmacht ausreichen. Maßgebend ist insofern die Rechtsbeziehung zwischen dem Geschenkgeber und der Bank: Ermöglicht das Verhalten des Geschenkgebers dem Geschenknehmer, auf das Konto oder Depot zu greifen, liegt zufolge Verwirklichung des Übereilungsschutzes eine wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB, § 1 lit d NotAKtsG vor.

(d) Hingegen ist ein wirksames, dh den Rechtsübergang bereits bewirkendes Verfügungsgeschäft entgegen der zuletzt von Fritzer vertretenen Auffassung (oben Punkt 4.1.e.) nach dem Zweck der Norm weder notwendige noch hinreichende Bedingung für die Annahme einer wirklichen Übergabe iSv § 943 ABGB, § 1 lit d NotAKtsG.

So führt bei einer Forderung schon die Einigung zwischen Zedent und Zessionar zum Übergang des Rechts, ohne dass es (außer bei einer Sicherungszession) eines Publizitätsakts, insbesondere einer Verständigung des Schuldners,

bedürfte (Heidinger in Schwimann/Kodek4 § 1395 Rz 1; Neumayr in KBB5 § 1392 Rz 2). Dennoch liegt in der bloßen Zession keine wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB, § 1 lit d NotAKtsG, da mangels eines tatsächlich zur Schenkung hinzutretenden Akts der Übereilungsschutz nicht gewährleistet ist (Judikat 142 GIUNF 650; 1 Ob 147/00z mwN). Die bloße Fiktion einer „zweiten“ Vereinbarung

– nämlich der Zession als Verfügungsgeschäft neben der Schenkung der Forderung als Titelgeschäft – reicht dafür nach dem Zweck der Norm nicht aus.

Umgekehrt begründet es aber bei wertender Betrachtung auch keinen Unterschied, ob in Bezug auf verwahrte Wertpapiere eine sachenrechtlich wirksame Besitzeinweisung erfolgt (so P. Bydlinski, ÖBA 2006, 216) oder ob der Geschenkgeber den Beschenkten durch Einräumen einer Mitberechtigung oder allenfalls durch Erteilen von Vollmacht oder Zeichnungsberechtigung in die Lage versetzt, das Verfügungsgeschäft durch eigenes Handeln (Realisierung des Depots) zu bewirken. Gleiches gilt für solche Rechtsakte in Bezug auf ein Konto: Deren nach dem Normzweck zu beurteilende Qualifikation als wirkliche Übergabe hängt nicht davon ab, ob zugleich – allenfalls auch konkludent – eine inter partes wirksame Zession erfolgt oder nicht.

(e) Voraussetzung für die Wirksamkeit der Schenkung ist allerdings, dass tatsächlich ein Schenkungswille vorlag bzw nach den Grundsätzen der Vertrauens Theorie anzunehmen ist. Dieser Wille muss darauf gerichtet sein, dass sich der Beschenkte nicht nur – aufgrund des als wirkliche Übergabe qualifizierten Akts – faktisch in den Besitz des Schenkungsobjekts setzen kann, sondern dass er das aufgrund des Titelgeschäfts auch darf. Ob das zutrifft, ist weitgehend auf Tatsachenebene zu klären. Jene Entscheidungen, die (auch) für die wirkliche Übergabe das Einräumen einer ausschließlichen Verfügungsmöglichkeit verlangten (oben 1.1.), beruhten offenbar darauf, dass sonst das Vorliegen eines ernsthaften Schenkungswillens bezweifelt werden könnte (so auch P. Bydlinski, ÖBA 2006, 216). Diese Frage ist aber richtigerweise schon auf der Ebene des Titelgeschäfts zu prüfen und berührt daher nicht den Übereilungsschutz, der durch das Erfordernis der zu diesem Titelgeschäft hinzutretenden wirklichen Übergabe gewährleistet wird.

(f) Sollte hingegen eine Schenkung (erst) auf den Todesfall gewollt gewesen sein, greift die unbedingte Formpflicht des § 603 ABGB. In diesem Zusammenhang kann das Einräumen einer bloßen Zeichnungsberechtigung ein Indiz dafür sein, dass nur eine Schenkung auf den Todesfall gewollt war. Entscheidend ist aber auch hier, was die Parteien wirklich wollten bzw welcher Wille nach den Grundsätzen der Vertrauens Theorie anzunehmen ist. Ist er auf eine Vermögensübertragung gerichtet, die sofort oder zu einem im Belieben des Beschenkten stehenden Zeitpunkt erfolgen soll, so genügt es zur Wahrung des Übereilungsschutzes, wenn sich der Beschenkte aufgrund eines zur Schenkung hinzutretenden Akts des Geschenkgebers ohne dessen weiteres Zutun in den Besitz des Schenkungsobjekts setzen kann. Fehlt ein solcher Wille, scheitert eine wirksame Schenkung schon aus diesem Grund; auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer wirklichen Übergabe iSv § 943 ABGB, § 1 lit d NotAKtsG kommt es dann nicht an.

5. Der verstärkte Senat formuliert daher folgenden Rechtssatz:

Wertpapiere auf einem Depot oder Guthaben auf einem Konto werden schon dadurch iSv § 943 ABGB, § 1 lit d NotAKtsG wirklich übergeben, dass der Geschenkgeber dem Geschenknehmer

– etwa durch Begründung einer Mitinhaberschaft – die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit einräumt, darüber ohne sein weiteres Mitwirken zu verfügen. Das Einräumen einer ausschließlichen Verfügungsbefugnis ist nicht erforderlich.

6. Auf dieser Grundlage ist die angefochtene Entscheidung zu bestätigen: Der Schenkungswille ist in Bezug auf die halben auf dem Depot liegenden Wertpapiere unstrittig. Durch das Einräumen der Mitinhaberschaft ermöglichte die Erblasserin der Beklagten, allein über den geschenkten Anteil zu verfügen. Damit war der durch § 943 ABGB und § 1 lit d NotAKtsG bezweckte Übereilungsschutz gewahrt. Dass die Erblasserin auch selbst Verfügungsberechtigt blieb, ist für das Vorliegen einer wirklichen Übergabe im Sinn dieser Bestimmungen unerheblich. Auch auf Ebene der – für den Obersten Gerichtshof ohnehin bindend geklärten – Tatsachen konnte daraus nichts gegen das Vorliegen eines Schenkungswillens abgeleitet werden. Denn dieser hatte sich nur auf das halbe Depot bezogen, was das Einräumen einer Mitinhaberschaft schlüssig erklärt.

7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

**Anmerkung**



verstärkter Senat

**Textnummer**

E121717

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0020OB00122.17F.0503.000

**Im RIS seit**

18.06.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

10.12.2019

**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)