

## Vereinbarung über Ausbildungskostenrückerersatz

## § 2d AVRAG; Art XXI KollV Wirtschaftstreuhänder:

**Eine wirksame Vereinbarung über den Rückerersatz von Ausbildungskosten setzt ua voraus, dass eine konkrete Aliquotierungsregelung getroffen wird. Eine einzelvertragliche Verweisung auf eine Rückerstattungsregelung in einem Kollektivvertrag genügt nicht, wenn der Kollektivvertrag nur Obergrenzen für eine einzelvertragliche Vereinbarung festlegt.** [57]

OGH 17. 12. 2012, 9 ObA 94/12g (OLG Innsbruck 4. 7. 2012, 13 Ra 19/12k-14; LG Innsbruck 9. 2. 2012, 44 Cga 110/11d-10)

*Entscheidungsgründe des OGH:*

1. Unstrittig ist im konkreten Fall die mit dem BGBl I 2006/36 geschaffene Bestimmung des § 2d AVRAG anzuwenden, ein Fall der Weitergeltung kollektivvertraglicher Normen iSd § 19 Abs 18 AVRAG (vgl dazu 9 ObA 20/11y) wurde nicht behauptet und liegt auch nicht vor (vgl Art XXII Z 2 KollV in der am 1. 10. 2007 in Kraft getretenen Fassung). Ebenso wenig strittig ist im Revisionsverfahren, dass die der Bekl für die Ausbildung der Kl erwachsenen Kosten grundsätzlich rückerersatzfähige Ausbildungskosten im Sinn des § 2d Abs 1 AVRAG sind. § 2d Abs 3 Z 3 AVRAG normiert, dass die Höhe der Rückerstattungsverpflichtung aliquot bis zum Ende der zulässigen Bindungsdauer zu vereinbaren ist, widrigenfalls eine Verpflichtung zum Rückerersatz nicht besteht. Rückerersatzklauseln, die überhaupt keine Aliquotierung vorsehen, sind nach der Rsp als zur Gänze unwirksam einzustufen, um die Vereinbarung solcher besonders mobilitätshemmender Klauseln möglichst zu verhindern (9 ObA 126/08g; RIS-Justiz RS0124682).

2. Unstrittig enthalten die für jede einzelne Fortbildungsveranstaltung getroffenen Vereinbarungen der Parteien über die Pflicht zur Rückzahlung von Kosten keine Aliquotierung. Eine solche findet sich entgegen der Rechtsansicht des BerufungsG auch nicht in der vorweg im AV getroffenen Vereinbarung. Denn danach sind die von der Bekl getragenen Aus- und Fortbildungskosten lediglich gemäß Art XXII KollV (gemeint unzweifelhaft: Art XXI KollV) von der Kl zu refundieren. Art XXI KollV fordert jedoch seinerseits den Abschluss einer Rückerersatzvereinbarung und legt dafür lediglich die Rahmenbedingungen fest.

2.1 Die Vorgängerbestimmung des Art XXI KollV, Art XXII KollV idF des Rahmens vom 1. 1. 2000, lautete wie folgt:

**„XXII. Beendigung des Dienstverhältnisses (Sonderbestimmungen)**

*Im Falle ihres Ausscheidens durch Selbstkündigung, einvernehmliche Lösung, vorzeitigen unberechtigten Austritt oder Entlassung (§ 27 AngG) haben Dienstnehmer die vom Dienstgeber zur Aus- oder Fortbildung aufgewendeten Kosten nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zurückzuerstatten. Zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer sind die jeweiligen Kosten konkreter Aus- und Fortbildungsmaßnahmen bzw -veranstaltungen im Vorhinein festzulegen. Diese Vereinbarung sollte tunlichst schriftlich erfolgen.*

*Die Verpflichtung zur Rückerstattung mindert sich pro vollendetem halben Jahr Tätigkeit beim Dienstgeber, welches seit dem Abschluss der jeweiligen Fort- und Ausbildung vergangen ist, um 10 % der ursprünglichen Kosten, erlischt aber jedenfalls nach 5 Jahren zur Gänze.“*

Diese noch vor dem § 2d AVRAG geschaffene Regelung ist in der Struktur der geltenden Bestimmung des Art XXI KollV vergleichbar. Der OGH sprach zu dieser Bestimmung aus, dass sie in „unmissverständlicher Weise“ die Möglichkeit des AG, Ausbildungskosten zurückzufordern, von einer konkreten Vereinbarung abhängig mache. Es reiche auch nicht aus, dass im AV eine Maximal-

grenze des möglichen Rückerersatzes festgelegt worden sei (9 ObA 278/01z).

2.2 Daran ist auch für Art XXI KollV in der geltenden Fassung festzuhalten. Dass diese Bestimmung ausdrücklich auf eine zwischen den Parteien des AV noch abzuschließende Vereinbarung hinweist, ergibt sich schon aus Art XXI Z 1 lit a KollV, wonach die Kosten einer Aus- oder Fortbildung im Vorhinein zwischen AN und AG schriftlich festzulegen sind und auch Übereinstimmung über den Veranstalter zu erzielen ist. Art XXI Z 1 lit d KollV gibt – ebenso wie der frühere Art XXII Abs 2 KollV – lediglich einen Rahmen für diese noch abzuschließende Vereinbarung der Parteien des AV vor, indem er festlegt, dass eine Rückverrechnung für *höchstens* fünf Jahre erfolgen kann, die sich in diesem Fall um *mindestens* 20 % pro Jahr vermindert. Diese Bestimmung ermöglicht den Parteien des AV im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben selbstverständlich, einen kürzeren Bindungszeitraum oder eine höhere Minderung des Rückerersatzanspruchs zu vereinbaren.

2.3 Das Argument der Bekl, eine von den kollektivvertraglichen Grenzen abweichende Vereinbarung könne nur günstiger für die Kl sein, sodass die Vereinbarung eines Aliquotierungszeitraums von maximal fünf Jahren ausreichend Rechtssicherheit für den AN schaffen würde, trifft nicht zu. Der erkennende Senat hat in der E 9 ObA 126/08g ausgesprochen, dass die gesetzliche Anordnung des § 2d Abs 3 Z 3 AVRAG **nicht bloß einen gesetzlichen Mindeststandard** absichern soll. Es geht vielmehr darum, dass die vertragliche Vereinbarung eine formelle Qualität aufweisen muss, ohne die keine Verpflichtung besteht.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so zeigt sich aus der E des BerufungsG, dass der bloße Verweis im AV auf die Regeln des KollV nicht die vom Gesetz verlangte Rechtssicherheit für die Kl als AN schafft, weil der KollV selbst keine exakten Kriterien für eine Rückerersatzvereinbarung normiert, sondern lediglich einen **Rahmen** für zu treffende Einzelvereinbarungen festlegt, durch den der gesetzliche Mindeststandard gewahrt werden soll. Die mangelnde Rechtssicherheit der Rückerersatzvereinbarung zeigt sich im konkreten Fall auch insofern aus der E des BerufungsG, als dieses dort korrigierend in die Berechnung der Bekl eingegriffen hat, wo die vom KollV vorgesehene jährliche Aliquotierung um mindestens 20 % für die Kl günstiger wäre als die von der Bekl vorgenommene monatliche Aliquotierung, mag die entstehende Differenz hier auch nur sehr geringfügig sein. Ungeachtet des Umstands, dass der Kl die jeweiligen Kosten der Ausbildungsveranstaltungen bekannt gegeben wurden, fehlt es daher im konkreten Fall an einer formell wirksamen Rückerersatzvereinbarung, weshalb auch keine Verpflichtung zur Rückerstattung von Aus- und Fortbildungskosten im konkreten Fall besteht (RIS-Justiz RS0124682; *Reissner* in ZellKomm § 2d AVRAG Rz 27; *Binder*, AVRAG<sup>2</sup> § 2d Rz 43). [...]

**Unternehmensrecht**

*Zur Wirksamkeit der Verpfändung der im Gemeinschaftsdepot erliegenden Wertpapiere durch einen Mitinhaber*

**§§ 447, 456, 1002 ff ABGB:**

**Jeder einzelverfügungsbefugte Mitinhaber eines „Oder-Depots“ ist auch zur Verpfändung der im Depot erliegenden Wertpapiere befugt.**

**Der Hinweis des Verpfänders, dass die Wertpapiere nur im Eigentum eines Hinterlegers stehen, hindert für sich ohne das Hinzutreten einer besonderen Verdachts-**

### lage nicht die wirksame Verpfändung durch den anderen Hinterleger. [58]

OGH 23. 10. 2012, 10 Ob 30/12b (OLG Wien 26. 4. 2012, 5 R 293/11m-13; HG Wien 21. 10. 2011, 29 Cg 231/10f-9)

Die mittlerweile verstorbene Kl P (im Folgenden nur: „Klägerin“) räumte im Jahr 1998 ihrem Sohn bei verschiedenen ihrer Konten Zeichnungsberechtigungen ein, damit dieser sie bei Bankgeschäften und allgemein in finanziellen Angelegenheiten unterstützen konnte. Auf Anraten ihres Sohns beantragte sie 1998 in der Filiale des beklagten Bankunternehmens in M die Eröffnung eines Wertpapierdepots. Im Depotöffnungsantrag, den die Kl ihrem Sohn zur Unterfertigung nach Hause gebracht hatte, bestätigten sie und ihr Sohn, ua die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Kreditunternehmungen“ erhalten zu haben und in ihrer jeweils gültigen Fassung verbindlich anzuerkennen. Sie und ihr Sohn erklärten weiters, als Depotinhaber („F oder P“) über das auf eigene Rechnung betriebene, eröffnete Wertpapierdepot Nr 2268-007-612 jeder für sich als Einzelverfügungsberechtigter über das Wertpapierdepot samt Verrechnungskonto verfügen zu können. Eine Beschränkung des Umfangs der Verfügungsmacht des Sohns seitens der Kl gab es nicht. Am Depot wurde ausschließlich das Vermögen der Kl in Wertpapieren veranlagt. 2002 gründete der Sohn der Kl ein zweites Unternehmen zum Betrieb eines Gastlokals, dessen Umbau kreditfinanziert wurde. Ein bei der beklagten Partei geführtes Konto, das für die an die Bauunternehmer gezahlte Umsatzsteuer geführt wurde, wies einen Debetsaldo von € 26.000,- auf. Zwecks Ausgleich dieses Saldos schlug der Mitarbeiter der beklagten Partei dem Sohn der Kl, P vor, einen (weiteren) Kredit aufzunehmen oder gegen Leistung angemessener Sicherheiten sein – ebenfalls bei der beklagten Partei – bestehendes Geschäftskonto mit einem entsprechenden Überziehungsrahmen zu versehen. Da ein eigenes Wertpapierdepot des Sohns zur Sicherheitsleistung nicht ausreichte, schlug diesem der Mitarbeiter der beklagten Partei vor, zur Deckung des Überziehungsrahmens das Wertpapierdepot Nr 2268-007-612 zu verpfänden. Der Sohn der Kl entgegnete, dass dieses Depot „seiner Mutter gehöre“. Der Mitarbeiter wies ihn darauf hin, dass er als Depotinhaber (einzel-)verfügungsberechtigter sei. Daraufhin stimmte P dem Vorschlag zu und schloss am 13. 9. 2004 mit der beklagten Partei einen Wertpapierverpfändungsvertrag zur Sicherung des Überziehungsrahmens seines Girokontos. Er gab an, seiner Mutter von der Verpfändung Mitteilung machen zu wollen. Er verpfändete als Pfandgeber alle derzeit bzw in Zukunft im Wertpapierdepot Nr 2268-007-612 erliegenden Wertpapiere zur Sicherstellung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Bekl gegen ihn an Hauptsumme, Zinsen, Kosten und Gebühren aus gewährten und künftig zu gewährenden Geld-, Haftungs- und Garantiekrediten, Darlehen oder Kontoüberziehungen. Gemäß dem Wertpapier-Verpfändungsvertrag erstreckt sich die Verpfändung auf den Ausfolgungsanspruch. Falls die durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen nicht binnen 14 Tagen nach Eintritt der jeweiligen Fälligkeit erfüllt werden, ist der Pfandgläubiger berechtigt, das/die Wertpapiere ohne Einhaltung einer Frist und ohne vorherige Rücksprache mit dem Verpfänder nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu verwerten.

Die Kl hatte von der Verpfändung keine Kenntnis. Sie wurde weder von der beklagten Partei noch von ihrem Sohn von der Verpfändung ihrer Wertpapiere informiert. Erst einige Monate später erfuhr sie vom Abschluss des Verpfändungsvertrags ohne diesen zu genehmigen.

Mit der vorliegenden Klage begehrte sie die Feststellung der Unwirksamkeit des Verpfändungsvertrags mit

dem Vorbringen, die Verfügungsberechtigung ihrem Sohn nur deshalb erteilt zu haben, dass er ihr – im Hinblick auf ihre Gehbehinderung – Bankwege abnehme, sie bei der Verwaltung unterstütze und im Fall ihres Ablebens als Alleinerbe verfügen könnte. All dies sei dem Mitarbeiter der beklagten Partei bekannt gewesen. Dieser habe gewusst, dass ihr Sohn über das Wertpapierdepot zwar verfügen könne, aber nicht einen Verpfändungsvertrag zu ihren Lasten abschließen dürfe, weshalb der Vertrag wegen bewussten Zusammenwirkens in Schädigungsabsicht (Kollusion) nichtig sei. Insbesondere habe die beklagte Partei gewusst, dass die Kl einer Verpfändung nie zugestimmt hätte. Ihr Sohn habe den Mitarbeiter der beklagten Partei mehrmals darauf hingewiesen, dass die Wertpapiere ausschließlich aus ihrem Vermögen angeschafft worden seien und er die Verfügungsberechtigung nur deshalb habe, um seiner 1929 geborenen, gehbehinderten Mutter Bankwege abzunehmen, sie bei der Verwaltung zu unterstützen und im Fall ihres Ablebens als einziges Kind und Alleinerbe verfügen zu können. Im Übrigen reiche für den Tatbestand der Kollusion auch grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich der Erkennbarkeit der fehlenden Verfügungsberechtigung aus.

Die beklagte Partei wendete zusammengefasst ein, dem Sohn der Kl sei als Mitinhaber eines Oder-Depots das (unbeschränkte) Verfügungsrecht über die auf dem Depot erliegenden Wertpapiere zugekommen. Darauf, ob die Werte nach dem Innenverhältnis ihm oder der Kl gehörten, komme es nicht an. Außerdem habe er erwähnt, seine Mutter von der Verpfändung in Kenntnis setzen zu wollen. Es handle sich um eine rein familieninterne Angelegenheit, die keinerlei Auswirkungen auf sein Recht habe, über das Wertpapierdepot zu verfügen. Da der Sohn der Kl nicht bloß Zeichnungsberechtigter, sondern Depotinhaber sei, sei er nicht als deren Bevollmächtigter anzusehen, weshalb sich die Frage eines allfälligen Missbrauchs der Vertretungsmacht nicht stelle. Der Tatbestand der Kollusion liege nicht vor.

Das BerufungsG gab der Berufung der Kl Folge und sprach aus, dass die Rev zulässig sei.

Rechtlich ging das BerufungsG davon aus, die Ansicht des ErstG, die kollusionsrechtlichen Grundsätze gelangten mangels Vorliegens eines Vollmachtsverhältnisses nicht zur Anwendung, sei grundsätzlich zu billigen. Der Sohn der Kl sei als Mitinhaber eines Gemeinschaftsdepots („Oder-Depots“) allein verfügungsberechtigter gewesen und habe im eigenen Namen über das gesamte Guthaben aus dem Depot verfügen können. Es gehe bei der Einzelverfügungsberechtigung über ein Gemeinschaftsdepot ausschließlich um die sich aus dem Depotvertrag ergebenden Vertragsbeziehungen zum Kreditinstitut. Darauf, wem die betreffenden Werte nach dem Innenverhältnis gehörten, komme es nicht an. Entscheidungswesentlich sei, ob die Einzelverfügungsberechtigung eines Depotinhabers eine ausreichende Grundlage bilde, um wirksame Eingriffe in das Eigentum (Miteigentum) des anderen Mitinhabers – etwa durch Verpfändung – vorzunehmen. Im Hinblick auf den sachenrechtlichen Grundsatz, nach dem niemand mehr Rechte übertragen könne, als er selbst habe, lasse sich (allein) aus der Einzelverfügungsbefugnis eines Depotmitinhabers nicht die Rechtsmacht ableiten, in die dingliche Rechtsposition des Miteigentümers an den im Depot erliegenden Werten – etwa durch Verpfändung auch dessen Miteigentumsanteils – einzugreifen. Die Einzelverfügungsbefugnis des Sohns der Kl erstreckte sich demnach ausschließlich auf die gegen die beklagte Partei bestehenden obligatorischen Ansprüche. Davon sei die Befugnis zu trennen, über das Eigentum der Kl (als Depotmitinhaberin) an den Wertpapieren unmittelbar sachenrechtlich verfügen zu können. Verfügte der Sohn über keine (sachenrechtliche) Verfügungser-

mächtigung, entfaltete seine Verpfändungserklärung keine Wirkung. Ein gutgläubiger Pfandrechtserberb nach § 456 ABGB scheiterte an der mangelnden Redlichkeit der Bekl, weil deren Mitarbeiter nach der Information, dass das Depot der Mutter „gehöre“, nicht mehr der Überzeugung sein konnte, es werde durch den Erwerb kein fremdes Recht verletzt. Das BerufungsG argumentierte weiter, die Verpfändung aller derzeitigen bzw in Zukunft im Depot erliegenden Wertpapiere widerspreche aufgrund der ungenauen Formulierung dem Spezialitätsgrundsatz des Pfandrechts. In Abänderung der erstinstanzlichen E sei demnach festzustellen, dass die vom Sohn der Kl vorgenommene Verpfändung der Wertpapiere unwirksam ist.

Der OGH hielt die Rev für zulässig und berechtigt.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

1. Die Regelungen über die Eröffnung und Führung von Konten gelten auch für Depots (Z 28 der ABB). Sie lassen sich – soweit für den vorliegenden Fall relevant – wie folgt zusammenfassen:

1.1. Hinterleger ist beim Depotvertrag derjenige, von dem oder in dessen Namen dem Verwahrer die Wertpapiere anvertraut werden, im Normalfall also der Partner der Bank aus dem Depotvertrag (*Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 4/7).

1.2. Ein Depot kann auch für mehrere Personen eröffnet werden (Gemeinschaftsdepot), wodurch alle Personen Hinterleger im Sinne des DepotG werden (*Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I Rz 10/33; *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 4/8). Die Verfügung über ein solches Gemeinschaftsdepot kann entweder als Gesamtgläubiger („Oder-Depot“) oder Gesamthandgläubiger („Und-Depot“) vereinbart werden (*Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I Rz 10/33).

1.3. Während Änderungen des Depotvertrags oder dessen Kündigung immer der Einstimmigkeit bedürfen, kommt es für Verfügungen über das Gemeinschaftsdepot grundsätzlich nur auf die Position als Hinterleger, nicht jedoch die Eigentumsverhältnisse an (*Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 4/13). Im vorliegenden Fall wurde die Form des Oder-Depots gewählt. Im Gegensatz zum Und-Konto, bei dem grundsätzlich nur die Gesamtheit der Depotinhaber verfügen kann, ist zu Verfügungen über das Oder-Depot jeder Depotinhaber allein berechtigt, wobei im Falle konkurrierender Dispositionen das Zutvorkommen entscheidet (*Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 4/13). Zweck des Oder-Depots ist es ja nicht zuletzt, eine von den tatsächlichen Eigentumsverhältnissen abweichende, besondere Regelung der Verfügungsmacht herbeizuführen (BGH v 25. 2. 1997, XI ZR 321/95, NJW 1997, 1434; *Canaris* in Großkomm HGB<sup>3</sup> III<sup>2</sup> Rz 2095).

2. Zu den Verfügungen über das Oder-Depot, die jedem Hinterleger alleine zustehen und mit denen jeder von mehreren Inhabern rechnen muss, solange die Einzelverfügungsbefugnis, insbesondere durch Überführung in ein Und-Konto, nicht widerrufen ist, zählt insbesondere auch das Verlangen nach Ausfolgung des Depotinhalts. Aus diesem, auch dem Nichteigentümer zustehenden Verfügungsrecht wurde abgeleitet, dass der Eigentümer der Wertpapiere dem gegen den (Nichteigentümer-)Depotmitinhaber vorgehenden Gläubiger, der das Depot gerichtlich pfänden lässt, nicht die Exszindierungsklage entgegensetzen kann (3 Ob 49/02f; vgl zum Oder-Konto: SZ 71/62).

2.1. Gleiches muss im Wege eines Größenschlusses auch für die Verpfändung der im Depot verwahrten Wertpapiere gelten. Dem Verwahrer kann grundsätzlich ein Pfandrecht an den bei ihm verwahrten Wertpapieren ein-

geräumt werden (*Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 4/82). Dem liegt regelmäßig eine Vereinbarung zwischen Hinterleger und Verwahrer zugrunde, als Übergabeart fungiert dabei die Besitzauflassung (*Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I Rz 10/91; *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 4/132; SZ 41/81).

2.2. Solange die Einzelverfügungsberechtigung im Rahmen eines Oder-Depots aufrecht ist, muss es daher auch dem Hinterleger, der nicht Eigentümer ist, möglich sein, dem Verwahrer wirksam ein Pfandrecht an den im Depot erliegenden Wertpapieren einzuräumen. Da hier, wie festgestellt, im Innenverhältnis der Hinterleger, also zwischen der Eigentümerin und ihrem Sohn, keine Verfügungsbeschränkung angeordnet war und demzufolge auch gegenüber dem Verwahrer keine Beschränkung der Einzelverfügungsbefugnis im Rahmen des Oder-Kontos erklärt worden war, ist es ohne Belang, dass die Besicherung ausschließlich den Interessen des Nichteigentümers diene.

2.3. Entgegen der Rechtsauffassung des BerufungsG entspricht die Formulierung des Pfandvertrags sowohl hinsichtlich des Pfandgegenstands (RIS-Justiz RS0011381) als auch hinsichtlich der zu besichernden Forderungen (RIS-Justiz RS0011375; RS0011287) den Anforderungen der Rsp für eine notwendige Spezialisierung.

3. Zur Frage einer allfälligen sittenwidrigen Kollusion zwischen dem durch ihren Mitarbeiter vertretenen Bekl und dem Sohn der Kl:

3.1. Auszugehen ist zunächst von der ausdrücklichen Feststellung, „dass es eine Beschränkung seitens der Kl hinsichtlich des Umfangs der Verfügungsmacht des P nicht gab“ sowie der weiteren (disloziert im Rahmen der rechtlichen Beurteilung getroffenen) Feststellung, „dass auch der Bekl gegenüber seitens der Kl keine Beschränkungen der Verfügungsberechtigung bekannt gegeben wurden“. Das weitergehende Klagevorbringen, dass „die Bekl wusste, dass die Kl einer Verpfändung ihres Vermögens nie zugestimmt habe und der Sohn der Kl den Sachbearbeiter der beklagten Partei mehrmals darauf hingewiesen habe, dass er die Verfügungsberechtigung nur deshalb hätte, um seiner 1929 geborenen und gehbehinderten Mutter Wege zur Bank abzunehmen und bei der Verwaltung zu unterstützen“ hielt das ErstG demzufolge nicht für erwiesen, weshalb es auch solche Feststellungen nicht treffen konnte.

3.2. Festgestellt wurde, dass der Sohn der Kl vorerst den Mitarbeiter der beklagten Bank, der ihm vorgeschlagen hatte, die im Gemeinschaftsdepot erliegenden Wertpapiere zu verpfänden, darauf hinwies, dass diese nicht ihm, sondern seiner Mutter „gehörten“. Damit waren zwar gegenüber der beklagten Partei die Eigentumsverhältnisse offengelegt, doch war damit nur der Hinweis auf eine beim Oder-Konto durchaus übliche (s oben 1.3.) Konstellation gegeben, aus der per se noch nicht auf eine Verfügungsbeschränkung zu schließen war. Selbst, wenn man eine die externe Rechtsmacht begrenzend Abrede einer Treuhand zwischen Mutter und Sohn annehmen wollte, auf deren Missbrauch nach hA die Regeln über den Vollmachtsmissbrauch Anwendung finden (*Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1002 Rz 161 f), könnte dies hier zu keiner abweichenden Beurteilung führen. Der von ihrem Angestellten vertretenen beklagten Partei könnte nämlich weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis eines Treubruchs (*Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1002 Rz 192) des Sohns der Kl unterstellt werden.

3.3. In dieser Situation, in der nicht zuletzt im Hinblick auf das enge Verwandtschaftsverhältnis der beiden Depotinhaber (vgl BGH zur Kontovollmacht in NJW 1999,

2883 f) keine besondere Verdachtslage bestand, lag daher im Hinweis des Bankmitarbeiters, dass der Sohn der Kl „als Depotinhaber verfügungsberechtigt sei“ nur die an sich richtige Darstellung dessen rechtlicher Befugnisse als Mitinhaber des Oder-Depots. Eine Mithilfe oder gar Anstiftung zu einer in unzulässiger Weise in die Rechte Dritter eingreifenden Handlung ist darin nicht zu erkennen.

3.4. Bedurfte es somit keiner Genehmigung des Verpfändungsvertrags durch die Depotmitinhaberin und Eigentümerin der Wertpapiere, ist von einer wirksam zustande gekommenen (s oben 2.1.) Pfandbestellung auszugehen. Die erst später abgegebene Erklärung der Eigentümerin, mit der Verpfändung nicht einverstanden zu sein, kam selbst dann, wenn man darin den Widerruf der Einzelverfügungsbefugnis ihres Sohns sehen will (vgl 3 Ob 49/02f; die Wirksamkeit eines nur von einem Mitinhaber erklärten Widerrufs offen lassend: BGH in NJW 1991, 420, 421), jedenfalls zu spät.

#### Anmerkung:

Der 10. Senat hatte in vorliegender Entscheidung die Wirksamkeit der Verpfändung eines Wertpapierdepots (bzw genauer: der darin erliegenden Wertpapiere) gegenüber der beklagten Bank durch einen von zwei Mitinhabern eines Gemeinschaftsdepots zu beurteilen. Da es sich um ein „Oder-Depot“ handelte, dem Pfandrechtsbesteller somit Einzelverfügungsbefugnis zustand (vgl zB Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I [1987] Rz 10/33), ist dieser grundsätzlich auch uneingeschränkt zur Verpfändung befugt. Allerdings stammten die im Depot befindlichen Wertpapiere im vorliegenden Fall ausschließlich aus dem Vermögen der mittlerweile verstorbenen Klägerin, der zweiten Depotmitinhaberin. Diese hatte ihren Sohn ebenfalls zum Mitinhaber gemacht, damit dieser sie in ihren finanziellen Angelegenheiten unterstützen könne. Der zuständige Bankmitarbeiter (und über die hier unproblematische Wissenszurechnung [zB RS0034415, RS0034422, RS0009172 T 6, T 9 ff] auch die beklagte Bank) wusste von den wahren Eigentumsverhältnissen; er wurde vom Sohn der Klägerin anlässlich der Verpfändung sogar ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass das Depot „seiner Mutter gehöre“.

Mit der Klage begehrte die mittlerweile verstorbene Mutter (die Parteibezeichnung wurde gem § 235 Abs 5 ZPO auf ihren ruhenden Nachlass berichtigt) die Feststellung der Unwirksamkeit des Pfandbestellungsvertrags. Während das Erstgericht die Klage abwies, gab ihr das Berufungsgericht statt, weil sich die Verfügungsbefugnis des Sohnes über das Depot nicht auf die darin befindlichen, im Alleineigentum der Klägerin stehenden Wertpapiere beziehe. Daran ist zutreffend, dass die Errichtung eines Oder-Depots grundsätzlich keinen Einfluss auf die Eigentumsverhältnisse des eingebrachten Vermögens hat (Klanten in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I<sup>4</sup> [2011] § 72 Rz 7). Die in der Sache vom Berufungsgericht vorgenommene Aufspaltung der Verfügungsbefugnis in eine solche über das Depot (genauer: den Rückforderungsanspruch gegenüber der Bank) und über die darin befindlichen Wertpapiere, lehnt der 10. Senat jedoch mit guten Gründen ab. Ansonsten würde die Verfügungsbefugnis eines Depotinhabers, der nicht Eigentümer der hinterlegten Papiere ist, völlig ausgehöhlt: Diesfalls könnte der wahre Eigentümer die Wertpapiere nämlich einfach – wenn auch vorbehaltlich eines originären Erwerbs gem § 367 ABGB – von einem erwerbenden Dritten vindizieren. Dementsprechend ist auch der Größenschluss des 10. Senats zur E 3 Ob 49/02f zu verstehen: Die darin enthaltene Kernaussage,

dass dem Alleineigentümer die Exszindierungsklage gegen den exekutionsführenden Gläubiger des Mitdepotinhabers zu versagen sei, geht freilich noch über das hier betroffene Problem hinaus und ist auch inhaltlich mE nicht unbenklich. Anerkennt man nämlich wie hier, dass es sich bei der rechtlichen Stellung des Depotinhabers, der nicht zugleich Eigentümer der im Depot befindlichen Papiere ist, wie sogleich zu zeigen ist, um eine Treuhand handelt, ist diese E mit der hM unvereinbar, wonach dem Treugeber in der Exekution gegen den Treuhänder sehr wohl die Klage gem § 37 EO zusteht (zB RIS-Justiz RS0000817).

Damit ist die im vorliegenden Fall wesentliche, rechtliche Einordnung der Verfügungsmacht des Sohnes bezüglich der verpfändeten Wertpapiere angesprochen: Wie gezeigt wurde er als bloßer Mitdepotinhaber nicht auch (Mit-)Eigentümer der Wertpapiere, vielmehr darf er – auch als Depotinhaber – nur im Interesse seiner Mutter tätig zu werden. Es handelt sich somit um ein „fremdnütziges“ Rechtsverhältnis, wobei unter diesen eine Vollrechtstreuhand (fiducia) mangels Eigentumserwerb des Sohnes ausscheidet. Dennoch ist er im eigenen Namen Verfügungsberechtigt, sodass auch keine Vollmacht in Betracht kommt (RS0010510). Er hat letztlich lediglich die Befugnis über ein fremdes Vollrecht zu verfügen; dieses verbleibt beim Treugeber, kann aber vom Treuhänder im eigenen Namen ausgeübt werden; die vorliegende Konstellation erfüllt daher alle nach hM (Strasser in Rummel, ABGB<sup>3</sup> [2000] § 1002 Rz 42; Rubin in Kletečka-Schauer, ABGB-ON<sup>1.00</sup> [2010] § 1002 Rz 158; 7 Ob 520/86, JBl 1986, 647) erforderlichen Tatbestandsmerkmale einer Ermächtigungstreuhand (vgl konkret Schramm in Schimansky/Bunte/Lwowski<sup>4</sup> § 32 Rz 69). Dementsprechend wird auch die Verfügungsbefugnis gem § 366 HGB (nunmehr § 368 ABGB) als „Ermächtigungstreuhand“ angesehen (Kastner, Die Treuhand im österreichischen Recht, in FS Hämmerle [1972] 163, 167; vgl auch Apathy in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> [2005] § 1002 Rz 20, § 1017 Rz 11).

Es handelt sich sohin bei Verfügungen des Mitdepotinhabers um die Ausübung einer Legitimation im fremden Interesse, womit die grundsätzliche Parallele zum Vertretungsrecht angesprochen ist (für einen umfassenden Treuhandbegriff jüngst Löhnig, Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte [2007] 115 ff, 159 ff). Während bei der Vollrechtstreuhand nicht unumstritten ist, inwieweit die Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht auf sie übertragbar sind (dafür zB Apathy in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1002 Rz 11 mwN; Koziol, Zurechnung ungetreuer Bank-Mitarbeiter [2004] 21 f uam; dagegen 5 Ob 297/05w, wbl 2006/251; BGH II ZR 26/67, NJW 1968, 1471; Bassenge in Palandt, BGB<sup>70</sup> [2011] § 903 Rz 39; differenzierend Butschek, Treuhand, Treuhandmissbrauch und Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ÖBA 2012, 820, 830), weil die Verfügungsbefugnis des Eigentümers rechtsgeschäftlich grundsätzlich nicht drittwirksam eingeschränkt werden kann (§ 364c ABGB; vgl auch § 137 BGB), ist zwischen Ermächtigung und bloßer Vertretungsmacht für die vorliegende Problematik kein wesensmäßiger Unterschied ersichtlich (Wilhelm, Der Missbrauch fremdnütziger Treuhand; in Analogie zur Vollmacht sanktioniert, eolex 2013, 21: „interessenmäßig praktisch eineiug“; ebenso Löhnig, Treuhand, 677; Rubin in Kletečka-Schauer, ABGB-ON § 1002 Rz 162).

Aufbauend auf dieser Prämisse ist dem OGH mE im Ergebnis nicht zu folgen: Der 10. Senat geht davon aus, dass keine Beschränkung der Verfügungsbefugnis erteilt wurde und „selbst wenn man eine die externe Rechtsmacht begrenzende Abrede einer Treuhand zwischen Mutter und Sohn annehmen wollte, auf deren Missbrauch nach hA die Regeln über den Vollmachtsmiss-

brauch Anwendung finden (...), könnte dies hier zu keiner abweichenden Beurteilung führen“, weil dem Angestellten der Beklagten weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis eines Treubruchs unterstellt werden könne. Zunächst befremdet es, dass eine die „externe Rechtsmacht begrenzende Abrede“ nur unter den Voraussetzungen des Vollmachtmissbrauchs Wirkung gegenüber Dritten entfalten könne. Sofern die Ermächtigung des Beklagten mit Außenwirkung eingeschränkt wird, kommt es auf die Redlichkeit des Dritten nicht an, sondern es fehlt dem Verfügungsbefugten stets an ausreichender Rechtsmacht (Grundmann, Der Treuhandvertrag [1997] 83 f; Coing, Die Treuhandkraft privaten Rechtsgehalts [1973] 221). Die Gutgläubigkeit des Dritten ist diesfalls allenfalls insofern von Belang, als ein Erwerb kraft Rechtsscheins oder gem § 367 bzw § 456 ABGB in Frage steht.

Aus den Feststellungen lässt sich aber mE ohnehin keine ausdrückliche, dahingehende Beschränkung der Befugnisse des Sohnes – und zwar weder im Innen- noch im Außenverhältnis – entnehmen, dass er seine Verfügungsbefugnis nicht zur Besicherung eigener Verbindlichkeiten einsetzen dürfe. Der entscheidende Punkt ist aber, dass ein treuwidriger Befugnismissbrauch mE keine Überschreitung konkreter, starrer Schranken (zB Weisung, vertragliche Vereinbarung, Gesetz) voraussetzt (U. Torggler in Straube, WK-GmbHG [2009] § 20 Rz 20, 43; Schopper/Trenker in U. Torggler, UGB [2013] § 50 Rz 4). Vielmehr sind auch Handlungen pflichtwidrig, die dem Geschäftsherrn eindeutig zum Nachteil gereichen. Ein Missbrauch der Befugnis ist in diesen Fällen jedenfalls anzunehmen, wenn der Vertreter/Ermächtigte vorsätzlich handelt und der vorsätzliche Ermessensmissbrauch für den Dritten evident war (Roth/Fitz, Unternehmensrecht<sup>2</sup> [2006] Rz 829; Schopper/Trenker, aaO; allgemein zB RIS-Justiz RS0016733 T 2). Bei der Verpfändung einer fremden Sache zur Besicherung einer eigenen Verbindlichkeit des Treuhänders kann ein Bankangestellter (es gilt mE § 1299 ABGB analog) aber mE vernünftigerweise keinen Zweifel hegen, dass die Rechtshandlung den Interessen des Eigentümers zuwiderläuft und daher pflichtwidrig ist, sofern nicht ausnahmsweise eine sachliche Rechtfertigung für dieses Vorgehen ersichtlich ist. Geradezu in die Augen fallen musste dem Angestellten auch, dass der Sohn die offenbare Nachteiligkeit ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand (§ 5 Abs 1 StGB), äußerte dieser doch selbst Bedenken an der Zulässigkeit der Verpfändung, indem er auf die wahren Eigentumsverhältnisse hinwies. Anders als der 10. Senat, der ohne nähere Begründung davon ausgeht, dass dem Bankangestellten weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis eines Treubruchs unterstellt werden könne, sehe ich daher alle Tatbestandsmerkmale eines (Ermächtigungs-)Treuhandmissbrauchs erfüllt. Die zutr Rechtsfolge wäre die Unwirksamkeit der Pfandrechtsbestellung und Stattgabe der Klage gewesen (zu diesem Ergebnis gelangt auch Wilhelm, ecolex 2013, 21 ff, allerdings über eine entsprechende Anwendung von § 871 ABGB).

Dr. Martin Trenker

Zur Anwendbarkeit des § 1043 ABGB auf die GmbH im Hinblick auf die Einforderung von Nachschüssen

#### § 1043 ABGB; §§ 50 Abs 4, 72 GmbHG:

**Hat die Vermögensverschiebung ihren Rechtsgrund im Gesetz oder in einem Vertragsverhältnis zwischen Verkürztem und Bereichertem, scheiden Bereicherungsansprüche aus.**

**Die Nachschusspflicht oder ihre Erhöhung kann nicht durch nachträglichen Mehrheitsbeschluss der Gesell-**

**schafter eingeführt werden. Ihre Einführung oder Erhöhung setzt vielmehr einen einstimmigen Beschluss der Gesellschafter voraus, bildet sie doch einen Fall (Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Vertrag obliegenden Leistungen) des § 50 Abs 4 GmbHG.**

**Aus der Treupflicht im Verhältnis der Gesellschafter untereinander und im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kann auch in Notsituationen eine Pflicht eines Gesellschafters zu zusätzlichen finanziellen Leistungen nicht abgeleitet werden.**

**Ist im Gesellschaftsvertrag einer GmbH nichts anderes vereinbart, so geht der das sozietäre Rechtsverhältnis begründende Gesellschaftsvertrag davon aus, dass ein Gesellschafter gegen seinen Willen – auch in der Krise oder im Sanierungsfall – Nachschüsse nicht leisten muss.** [59]

OGH 16. 11. 2012, 6 Ob 47/11x (OLG Wien 25. 11. 2010, 1 R 248/10p-17; LG Wiener Neustadt 29. 6. 2010, 23 Cg 307/09v-12)

Die Bekl ist eine von sechs Gesellschaftern der Kl. Ihr Anteil an deren Stammkapital beträgt 9 %.

Gestützt auf Bereicherungsrecht begehrt die Kl aus abgeleitetem Recht ihrer übrigen Gesellschafter von der Bekl Zahlung von € 4.776.764,37 sA. U AG (künftig: U), eine Tochtergesellschaft der Kl, sei schon 1998 in beträchtlichen Schwierigkeiten gewesen, als S als Mehrheitsaktionärin der U eingetreten sei (Anteil der Kl: 49,99 % des Grundkapitals). Nach Kapitalerhöhungen der U und Beteiligung eines weiteren Sanierungspartners als Aktionär – danach habe der Anteil der Kl am Grundkapital der U 45,5 % betragen – hätten alle Gesellschafter der Kl gemäß einer im Gesellschaftsvertrag der Kl vereinbarten Nachschussverpflichtung auf deren Weisung hin im Zeitraum vom November 2000 bis Februar 2001 der U Darlehen über insgesamt € 47.704.982,64 zur Abwendung der Zahlungsunfähigkeit der überschuldeten Tochtergesellschaft gewährt. Ende 2001 und Anfang 2002 sei U bei den Banken nicht mehr kreditwürdig und akut insolvenzbedroht gewesen. Eine Insolvenz der U hätte aufgrund der hohen Haftungen, die die Kl für U zum damaligen Zeitpunkt bereits übernommen hatte, auch die Insolvenz der Kl zur Folge gehabt. Da U die den Gesellschaftern der Kl geschuldeten Mietentgelte für zur Verfügung gestellte Leitungen nicht mehr bezahlen können, hätten die Gesellschafter in der Gesellschaftersitzung am 6. 5. 2002 die Mietentgelte verzinslich gestundet. Im Jänner 2002 habe S ihre Beteiligung an U um € 1,- der Kl verkauft und auf ihre Gesellschafterdarlehen von mehr als € 130 Mio verzichtet. Der Wert der U sei mit Null bzw negativ einzuschätzen gewesen. Die mehr als 90%ige Mehrheit der Gesellschafter der Kl hätten sich für die Sanierung der Kl und der Tochtergesellschaft entschieden. In der Generalversammlung am 28. 3. 2003 sei gegen die Stimme der Bekl beschlossen worden, Haftungen zugunsten von Krediten der Kl bzw der U in Höhe von € 125 Mio gegen Ausgabe von Genussrechten zu übernehmen. Diese nach Änderung des Gesellschaftsvertrags der Kl in diesem geregelten Genussrechte seien mit Ausnahme der Bekl und eines weiteren Gesellschafters von allen Gesellschaftern fast zur Gänze gezeichnet worden. Mit Ausnahme der Bekl hätten alle Gesellschafter der Kl im Dezember 2002 zur Sanierung der Bilanz der Tochtergesellschaft auf ihre Eigenkapital ersetzenden Darlehen gegenüber U von – einschließlich Zinsen – insgesamt € 43.126.641,87 gegen Abschluss einer Besserungsvereinbarung verzichtet. Die Bekl habe sich trotz entsprechender Aufforderung geweigert, im Ausmaß ihrer Beteiligung die Sanierungslast zu tragen und auf ihre Darlehensforderung von € 4.067.799,14 zuzüglich Zinsen zu verzichten. Da U im Geschäftsjahr 2002 einen hohen Jahresverlust erzielt habe, habe die