Urteilskopf

105 II 104

19. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Januar 1979 i.S. A. gegen Y. (Berufung)
Regeste (de):
Schenkung durch Anweisung.

1. Art. 466 f. OR. Anweisungsverhältnis und Grundverhältnis. (E. 2).

2. Art. 242 Abs. 1 OR. Schenkung von Hand zu Hand durch Anweisung (E. 3a)?

3. Art. 243 Abs. 1 OR. Erfordernis der Schriftform für das Schenkungsversprechen (E. 3b).

4. Art. 243 Abs. 3 OR. Nach dem Tode des Schenkers kann ein formungültiges Schenkungsversprechen nicht mehr vollzogen werden (E. 3c).

5. Art. 470 Abs. 1 und 2 OR. Vollzug eines Schenkungsversprechens durch Anweisung (E. 3c und d).

Regeste (fr):
Donation par assignation.

1. Art. 466 ss. CO. Rapport d'assignation et rapport de base (consid. 2).

2. Art. 242 al. 1 CO. Donation manuelle par assignation (consid. 3a)?

3. Art. 243 al. 1 CO. Exigence de la forme écrite pour la promesse de donner (consid. 3b).

4. Art. 243 al. 3 CO. Après la mort du donateur, une promesse de donner non valable pour des raisons de forme ne peut plus être exécutée (consid. 3c).

5. Art. 470 al. 1 et 2 CO. Exécution par assignation d'une promesse de donner (consid. 3c et d).

Regesto (it):
Donazione mediante assegno.

1. Art. 466 segg. CO. Rapporto d'assegno e rapporto di base (consid. 2).

2. Art. 242 cpv. 1 CO. Donazione manuale mediante assegno (consid. 3a)?

3. Art. 243 cpv. 1 CO. Requisito della forma scritta per la promessa di donazione (consid. 3b).

4. Art. 243 cpv. 3 CO. Una promessa di donazione non valida per ragioni di forma non può più essere eseguita dopo la morte del donatore (consid. 3c).

5. Art. 470 cpv. 1 e 2 CO. Esecuzione mediante assegno di una promessa di donazione (consid. 3c, d).

Sachverhalt ab Seite 105

BGE 105 II 104 S. 105

A.- Durch letztwillige Verfügung vom 11. April 1974 regelte Frau X. ihren Nachlass und setzte Rechtsanwalt A. als Willensvollstrecker ein. Sie starb am 28. August 1974. Tags darauf, am 29. August 1974, traf bei der B.-Bank in Zürich ein vom 26. August 1974 datierter und von Frau X. an diesem Tage unterschriebener Zahlungsauftrag ein, wonach ihr "gekündigtes ... Festgeldkonto" aufzulösen, Fr. 100'000.- davon auf ein Konto des Y. und der Restbetrag auf ein weiteres Konto, das Frau X. bei der Zürcher Kantonalbank unterhielt, zu überweisen seien. Dieser Zahlungsauftrag war von Y., der Taxichauffeur in Zürich ist und Frau X. seit Jahren gekannt hatte, aufgesetzt worden. Bei der Sichtung des Nachlasses von Frau X. durch die Erben und den Willensvollstrecker war auch Y. zugegen. Die an ihn gelangte Zahlung von Fr. 100'000.- erwähnte er dabei aber nicht. Hievon erfuhren die Erben und der Willensvollstrecker erst am 16. September 1974. Dazu befragt, antwortete Y., die Summe sei ihm von Frau X. geschenkt worden. Die vom Willensvollstrecker geforderte Rückerstattung lehnte er ab.

B.- Als Willensvollstrecker der Frau X. erhob A. im Februar 1976 gegen Y. Klage auf Zahlung von Fr. 100'000.- nebst Zins. Diese wurde am 29. Oktober 1976 vom Bezirksgericht Zürich gutgeheissen, auf Appellation des Beklagten hin vom Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich mit Urteil vom 3. März 1978 hingegen abgewiesen. Auf eine vom Kläger gegen das obergerichtliche Erkenntnis erhobene Nichtigkeitsbeschwerde trat das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 19. September 1978 nicht ein.

C.- Der Kläger hat gegen das Urteil des Obergerichts Berufung eingelegt mit den Anträgen, es aufzuheben und die Klage gutzuheissen; eventuell sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beklagte stellt den Antrag, es sei die Berufung abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger verlangt vom Beklagten die Fr. 100'000.- gestützt auf Art. 62 OR zurück, weil sie diesem ohne gültigen Grund zugekommen seien. Demgegenüber macht der Beklagte geltend, die Fr. 100'000.- seien ihm von Frau X. geschenkt

BGE 105 II 104 S. 106

worden; hilfsweise stellt er sich auf den Standpunkt, Fr. 50'000.- beträfen die Vergütung für geleistete Dienste und lediglich die weiteren Fr. 50'000.- seien ihm von Frau X. zum Geschenk gemacht worden. Das Obergericht bejaht eine gültige Schenkung hinsichtlich der ganzen Fr. 100'000.- und weist deshalb die Klage ab.

2. Mit der am 26. August 1974 unterzeichneten Erklärung ersuchte Frau X. die B.-Bank, dem Beklagten "zu Lasten meiner Rechnung" Fr. 100'000.- zu überweisen. Eine solche Erklärung begründet ein Anweisungsverhältnis im Sinne der Art. 466 ff. OR. Dadurch wurde die Bank als Angewiesene ermächtigt, den Betrag dem Beklagten als Anweisungsempfänger auszubezahlen, während dieser ermächtigt wurde, die Summe im eigenen Namen zu erheben (Art. 466 OR). Indes liegt in der Anweisung der blosse Versuch (BGE 95 II 183

E. 5) des Anweisenden, dem Anweisungsempfänger über den Angewiesenen Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen zu verschaffen. Sie kann deshalb als Mittel herangezogen werden, um eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen, beschlägt aber in einem solchen Fall weder deren Zweck noch deren Grund (GUHL/MERZ/KUMMER, Schweizerisches Obligationenrecht, 6. Auflage, S. 475). So ergibt sich aus der Anweisung an sich noch nicht das Recht des Anweisungsempfängers, auf den Anweisenden zurückzugreifen, wenn der Angewiesene die Leistung verweigert; vielmehr bleibt ihm in einem solchen Falle nur die Möglichkeit, seine Ansprüche aus dem Grundverhältnis geltend zu machen (BGE 95 II 182 E. 5, BGE 80 II 87 E. 4, BGE 40 II 408). Umgekehrt findet die gestützt auf eine Anweisung empfangene Leistung ihren Rechtsgrund nicht im blossen Anweisungsverhältnis, sondern ausschliesslich in einem gültigen Grundverhältnis. Der Ausgang des Prozesses hängt somit davon ab, ob der Beklagte einen gültigen Grund im Sinne von Art. 62 Abs. 2 OR nachzuweisen vermag.

3. Der Beklagte macht in erster Linie geltend, Frau X. habe ihm die Fr. 100'000.- geschenkt. Das einzige Schriftstück, auf das er sich in diesem Zusammenhang beruft, ist der Zahlungsauftrag der Frau X. an die Bank vom 26. August 1974. Dass die Vollziehbarkeit dieser Schenkung im Sinne von Art. 245 Abs. 2 OR auf den Tod der Schenkerin gestellt worden wäre, behauptet keine der Parteien. Zu prüfen ist deshalb nur,

BGE 105 II 104 S. 107

ob vorliegend eine unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden angenommen werden kann. a) Nach Art. 242 Abs. 1 OR erfolgt eine Schenkung von Hand zu Hand durch die Übergabe der Sache vom Schenker an den Beschenkten. In diesem Vorgang liegt ein Vertrag, dessen Abschluss mit seiner Erfüllung zusammenfällt (CAVIN, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, S. 187) und bei dem die "Wertbewegung durch den Schenkungsakt selbst vorgenommen" wird (BECKER, N. 1 zu Art. 242 OR). Indem Frau X. dem Beklagten den an die Bank gerichteten Zahlungsauftrag übergab, erfüllte sie eine allfällig mündlich vereinbarte Schenkungsverpflichtung indes noch nicht, da die Zuwendung an den Beklagten davon abhing, ob die Bank die Anweisung annehmen und die Zahlung ausführen werde (Art. 468 Abs. 1 und Art. 469 OR). Das war vorliegend erst am 5. September 1974 der Fall, während Frau X. die Schenkung bereits am 26. August 1974 versprochen haben soll. Ein Zusammenfallen von Vertragsschluss und Erfüllung, wie das für eine Schenkung von Hand zu Hand erforderlich wäre, scheidet unter diesen Umständen aus. Nach der Rechtsprechung ist zwar eine Schenkung von Hand zu Hand durch Besitzeskonstitut oder Besitzesanweisung möglich (BGE 63 II 395, BGE 52 II 368). Diesen Formen der Übertragung einer Sache darf jene durch obligationenrechtliche Anweisung aber nicht gleichgestellt werden, weil hier der Anweisende seiner Zahlungspflicht nicht schon mit seiner blossen Erklärung an den Angewiesenen nachkommt;, vielmehr wird er davon erst dann entbunden, wenn der Angewiesene auf Grund der Anweisung die Zahlung tatsächlich vornimmt (Art. 467 Abs. 1 und 2 OR). b) Es fragt sich alsdann, ob Frau X. mit dem Zahlungsauftrag vom 26. August 1974 an die Bank gleichzeitig ein Schenkungsversprechen zugunsten des Beklagten im Sinne von Art. 243 Abs. 1 OR abgegeben hat. Nach dieser Vorschrift bedarf ein solches zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form. Dergestalt soll der Schenker von unbedachtem Handeln abgehalten werden (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5 zu Art. 243 OR; CAVIN, a.a.O., S. 188; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 270). Von diesem Zweck der Formvorschrift ausgegangen, erscheint es als zwingend, dass die Schriftform jedenfalls das Versprechen des Schenkers erfasst, dem Beschenkten eine Zuwendung zu

BGE 105 II 104 S. 108

machen (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5 zu Art. 243 OR). Aus der auf einem Formular der Bank abgegebenen schriftlichen Erklärung der Frau X. vom 26. August 1974 ergibt sich nun aber kein derartiger Hinweis; vielmehr beschränkt sie sich auf einen blossen Auftrag an die Bank, dem Beklagten Fr. 100'000.- zu vergüten. Das ist nicht mehr als eine Anweisung im Sinne von Art. 466 OR, aus der allein sich ein Anspruch des Beklagten auf die angewiesene Summe noch nicht herleiten lässt. Ein nach Art. 243 Abs. 1 OR gültiges Schenkungsversprechen liegt deshalb nicht vor.
c) Die Anweisung ist ein Mittel, um eine Zahlungsverpflichtung, so auch eine Schenkungsverpflichtung, zu erfüllen. Das der Anweisung zugrundeliegende Verhältnis ist diesfalls der Schenkungsvertrag zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger (vgl. VON BÜREN, a.a.O., S. 272 und 310). Auf Grund der Anweisung der Frau X. wurden dem Beklagten von der Bank die Fr. 100'000.- am 5. September 1974, d.h. etwa eine Woche nach dem Tode der Anweisenden, gutgeschrieben. Dazu war die Bank befugt, denn der Tod der Frau X. führte noch nicht zum Dahinfallen des in der Anweisung enthaltenen Auftrages an die Angewiesene (GAUTSCHI, N. 6a zu Art. 470 OR). In gleicher Weise blieb auch der Beklagte über den Tod der Frau X. hinaus im Sinne von Art. 466 OR ermächtigt, von der Bank die Fr. 100'000.- zu erheben. Zu prüfen bleibt aber, ob ein allfälliges formungültiges Schenkungsversprechen auch nach dem Tode der Schenkerin auf diese Weise noch vollzogen werden konnte und ob das Verhältnis daher gestützt auf Art. 243 Abs. 3 OR als Schenkung von Hand zu Hand zu beurteilen ist. Bei der Schenkung von Hand zu Hand sieht das Gesetz von einer Formvorschrift ab, weil hier die eigentliche Zuwendung der Vermögenswerte an die Stelle einer besonderen Form tritt und daher dem Schenker die Tragweite seines Handelns genügend vor Augen zu führen vermag (CAVIN, a.a.O., S. 187). Ganz ähnlich verhält es sich, wenn der Schenker ein formungültiges Schenkungsversprechen vollzieht; indem er dem Beschenkten die Vermögenswerte zukommen lässt, anerkennt und bestätigt er sein früheres Schenkungsversprechen (BECKER, N. 5 zu Art. 243 OR; vgl. VON BÜREN, a.a.O., S. 270). Eine Schenkung von Hand zu Hand nach dem Tode des Schenkers ist undenkbar, weil hier Abschluss und Erfüllung des

Vertrages zusammenfallen. Entsprechendes muss auch in dieser Hinsicht für den als Schenkung von Hand zu Hand geltenden Vollzug eines formungültigen Schenkungsversprechens gelten, bei dem, wie bei jener, eine die Form ersetzende Bekräftigung der Schenkungsabsicht in der tatsächlichen Zuwendung der Vermögenswerte liegt. Wenn der Vollzug aber diese Bedeutung hat, setzt das voraus, dass es der Schenker ist, der ihn eintreten lässt, was dann nicht der Fall sein kann, wenn er im Zeitpunkt des Vollzuges nicht mehr lebt. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Schenkung - von dem in Art. 245 Abs. 2 OR erwähnten, hier aber nicht vorliegenden Sonderfall abgesehen - ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist (Art. 239 Abs. 1 OR). Wird ein formungültiges Schenkungsversprechen gemäss Art. 243 Abs. 3 OR aber erst nach dem Tode des Schenkers vollzogen, so kann von einem Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht mehr gesprochen werden, weil erst im Vollzug des Schenkungsversprechens der Wille des Schenkers rechtsgenügend zum Ausdruck kommt. d) Hat der Anweisende die Anweisung zum Vorteil des Empfängers erteilt, so kann er sie ihm gegenüber nicht widerrufen (Art. 470 Abs. 1 OR). Bei einer schenkungshalber erteilten Anweisung ist ein Widerruf gegenüber dem begünstigten Anweisungsempfänger jedoch solange möglich, als nicht ein Schenkungsversprechen vorliegt, das den Erfordernissen des Art. 243 Abs. 1 OR genügt, da andernfalls die zum Schutze des Schenkers aufgestellte Formvorschrift durch Erteilung einer einfachen Anweisung umgangen werden könnte (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5 zu Art. 470 OR; GAUTSCHI, N. 3b zu Art. 470 OR). Lag hier aber ein formgültiges Schenkungsversprechen nicht vor, so hätte Frau X. die zugunsten des Beklagten erteilte Anweisung widerrufen können, bis die Bank diesem gegenüber die Annahme erklärte (Art. 470 Abs. 2 OR). Das geschah vorliegend durch schlüssiges Handeln erst nach dem Tode der Frau X., am 5. September 1974, indem dem Beklagten der Betrag von Fr. 100'000.- gutgeschrieben wurde (vgl. Art. 468 Abs. 3 OR). Frühestens in diesem Zeitpunkt kann somit das allfällige formungültige Schenkungsversprechen der Frau X. als vollzogen gelten. War das aber erst nach ihrem Tode der Fall, so bleibt nach dem Gesagten kein Raum, um diesen Vorgang im Sinne von Art. 243 Abs. 3 OR als Schenkung von Hand zu Hand zu beurteilen.

4. Schenkung kommt unter diesen Umständen für die dem Beklagten zugekommene Zahlung nicht als gültiger Grund im Sinne von Art. 62 Abs. 2 OR in Betracht. Seiner Zahlungspflicht hielt der Beklagte im kantonalen Verfahren darüber hinaus auch entgegen, er sei mit den Fr. 100'000.- von Frau X. wenigstens zum Teil für geleistete Dienste entschädigt worden. In der Berufungsantwort nimmt er darauf nicht mehr Bezug; indes sind beide Parteien an der heutigen Berufungsverhandlung davon ausgegangen, dass der Beklagte an dieser Darstellung festhält. Da das angefochtene Urteil jedoch keine tatsächlichen Feststellungen enthält, die eine Beurteilung in dieser Hinsicht erlaubten, ist es gestützt auf Art. 64 Abs. 1 OG aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird alsdann auch zu prüfen haben, ob die weiteren, vom Beklagten bestrittenen rechtlichen Voraussetzungen für eine Zahlungspflicht gegeben sind (Art. 64 OR).

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 3. März 1978 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.