

TE OGH 1998/4/28 1Ob373/97b

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.04.1998

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Isolde H*****, vertreten durch Dr.Helmut Mühlgassner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1, Singerstraße 17-19, wegen Feststellung (Streitwert 60.000 S), infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 19.September 1997, GZ 14 R 169/97v-12, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 15.Mai 1997, GZ 32 Cg 34/96x-8, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß sie zu lauten haben:

„Festgestellt wird, daß die beklagte Partei der klagenden Partei für alle Schäden zu haften hat, die der klagenden Partei aus der formellen Ungültigkeit des zu ihren Gunsten errichteten gerichtlichen Testaments des Raimund M***** vom 14.April 1989, AZ 1 Nc 132/89 des Bezirksgerichts Klosterneuburg, entstehen werden.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 17.786,16 S (darin 3.030 S Barauslagen und 2.459,36 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des erstgerichtlichen Verfahren, die mit 9.358,88 S (darin 5.300 S Barauslagen und 676,48 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 11.491,20 S (darin 6.620 S Barauslagen und 812 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Am 14.April 1989 gab ein Betroffener, für den die Klägerin mit Gerichtsbeschuß vom 11.Jänner 1989 als damalige Diplomsozialarbeiterin des Vereins für Sachwalterschaft zur Sachwalterin gemäß § 273 Abs 3 Z 1 ABGB (Verwaltung des Vermögens und Vertretung vor Behörden) bestellt worden war, vor einer Richterin des Bezirksgerichts Klosterneuburg in Gegenwart der Klägerin zwischen 10.10 Uhr und 10.30 Uhr ein Testament mündlich zu Protokoll, mit dem er - u.a. - dieser zwei Liegenschaften zuwendete. Das Testament enthielt keinen Zusatz über die Erforschung der Willensfreiheit und Überlegtheit des Erklärenden iSd § 569 ABGB. Im Nachlaßverfahren nach dem am 3.August 1992 verstorbenen Betroffenen wurde das gerichtliche Testament deshalb nicht als tauglicher Erbrechtstitel beurteilt und ihre auf dieses Testament gestützte bedingte Erbserklärung zurückgewiesen. Die von den Enkelkindern des Betroffenen auf Grund des Gesetzes abgegebenen bedingten Erbserklärungen wurden zu Gericht angenommen (hg 5 Ob 1574/95).Am 14.April 1989 gab ein Betroffener, für den die Klägerin mit Gerichtsbeschuß vom 11.Jänner 1989 als

damalige Diplomsocialarbeiterin des Vereins für Sachwalterschaft zur Sachwalterin gemäß Paragraph 273, Absatz 3, Ziffer eins, ABGB (Verwaltung des Vermögens und Vertretung vor Behörden) bestellt worden war, vor einer Richterin des Bezirksgerichts Klosterneuburg in Gegenwart der Klägerin zwischen 10.10 Uhr und 10.30 Uhr ein Testament mündlich zu Protokoll, mit dem er - u.a. - dieser zwei Liegenschaften zuwendete. Das Testament enthielt keinen Zusatz über die Erforschung der Willensfreiheit und Überlegtheit des Erklärenden iSd Paragraph 569, ABGB. Im Nachlaßverfahren nach dem am 3.August 1992 verstorbenen Betroffenen wurde das gerichtliche Testament deshalb nicht als tauglicher Erbrechtstitel beurteilt und ihre auf dieses Testament gestützte bedingte Erbserklärung zurückgewiesen. Die von den Enkelkindern des Betroffenen auf Grund des Gesetzes abgegebenen bedingten Erbserklärungen wurden zu Gericht angenommen (hg 5 Ob 1574/95).

Die Vorinstanzen wiesen das auf Amtshaftung gestützte und aus dem Spruch ersichtliche Feststellungsklagebegehren wegen Vertretbarkeit der Rechtsansicht der damit befaßten Richterin ab.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision der Klägerin ist zulässig und berechtigt.

Nach herrschender Auffassung kann ein rechtswidriges und schuldhaftes Organhandeln in Vollziehung der Gesetze, das den Rechtsträger gemäß § 1 AHG zum Schadenersatz verpflichtet, auch in einer Unterlassung bestehen, wenn eine Pflicht des Organs zum Tätigwerden bestand und pflichtgemäßes Handeln den Schadenseintritt verhindert hätte (SZ 62/73 = JBl 1991, 172 [Rebhahn]; SZ 63/166, SZ 67/39 mwN uva; Schragel AHG2 Rz 131). Eine solche Unterlassung ist hier zu beurteilen. Rechtsträger haften nach herrschender Auffassung nicht nur für grobes, sondern auch für leichtes, am Maßstab des § 1299 ABGB zu messendes Verschulden ihrer Organe (SZ 63/106, SZ 65/125, SZ 66/77 uva; Schragel aaO Rz 147; Mader in Schwimann2 § 1 AHG Rz 66 ff mwN). Nicht schon jedes objektiv unrichtige Organverhalten schießt auch schon das erst amtshaftungsbegründende Verschulden ein. Im Amtshaftungsverfahren ist, anders als im Rechtsmittelverfahren, nicht bloß zu prüfen, ob die beanstandete Entscheidung des Organs richtig war, sondern - wenn deren Unrichtigkeit bejaht wird - auch, ob sie auf einer vertretbaren Rechtsauffassung, somit auf einer bei pflichtgemäßer Überlegung vertretbaren Rechtsauslegung oder Rechtsanwendung beruhte (SZ 63/106, SZ 65/125; AnwBI 1994, 902 uva; Schragel aaO Rz 147; Vrba/Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht 99). Zu beurteilen ist hier die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung im Bereich der Gerichtsbarkeit (vgl dazu die Fallbeispiele bei Mader aaO Rz 75 f), bezogen auf den 14.April 1989 (im folgenden nur Stichtag)Nach herrschender Auffassung kann ein rechtswidriges und schuldhaftes Organhandeln in Vollziehung der Gesetze, das den Rechtsträger gemäß Paragraph eins, AHG zum Schadenersatz verpflichtet, auch in einer Unterlassung bestehen, wenn eine Pflicht des Organs zum Tätigwerden bestand und pflichtgemäßes Handeln den Schadenseintritt verhindert hätte (SZ 62/73 = JBl 1991, 172 [Rebhahn]; SZ 63/166, SZ 67/39 mwN uva; Schragel AHG2 Rz 131). Eine solche Unterlassung ist hier zu beurteilen. Rechtsträger haften nach herrschender Auffassung nicht nur für grobes, sondern auch für leichtes, am Maßstab des Paragraph 1299, ABGB zu messendes Verschulden ihrer Organe (SZ 63/106, SZ 65/125, SZ 66/77 uva; Schragel aaO Rz 147; Mader in Schwimann2 Paragraph eins, AHG Rz 66 ff mwN). Nicht schon jedes objektiv unrichtige Organverhalten schießt auch schon das erst amtshaftungsbegründende Verschulden ein. Im Amtshaftungsverfahren ist, anders als im Rechtsmittelverfahren, nicht bloß zu prüfen, ob die beanstandete Entscheidung des Organs richtig war, sondern - wenn deren Unrichtigkeit bejaht wird - auch, ob sie auf einer vertretbaren Rechtsauffassung, somit auf einer bei pflichtgemäßer Überlegung vertretbaren Rechtsauslegung oder Rechtsanwendung beruhte (SZ 63/106, SZ 65/125; AnwBI 1994, 902 uva; Schragel aaO Rz 147; Vrba/Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht 99). Zu beurteilen ist hier die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung im Bereich der Gerichtsbarkeit vergleiche dazu die Fallbeispiele bei Mader aaO Rz 75 f), bezogen auf den 14.April 1989 (im folgenden nur Stichtag).

§ 568 ABGB (alt) lautete: „Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur über die Hälfte seines Vermögens durch letzten Willen verfügen; die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben zu.“ Mit Art I des Bundesgesetzes vom 2.Feber 1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen, BGBl 1983/136 (SachwG), wurde ua§ 568 ABGB völlig neu gefaßt, § 569 ABGB hingegen nur geringfügig novelliert. Die hier maßgeblichen Rechtsvorschriften lauteten am Stichtag:Paragraph 568, ABGB (alt) lautete: „Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur über die Hälfte seines Vermögens durch letzten Willen verfügen; die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben zu.“ Mit Art römisch eins des Bundesgesetzes vom 2.Feber 1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen, BGBl 1983/136 (SachwG), wurde ua Paragraph 568, ABGB völlig neu gefaßt, Paragraph 569, ABGB hingegen nur geringfügig novelliert. Die hier maßgeblichen Rechtsvorschriften lauteten am Stichtag:

Ursachen der Unfähigkeit zu testieren:

1. Mangel der Besonnenheit;

§ 566. ...Paragraph 566, ...

§ 568. Personen, denen ein Sachwalter nach § 273 ABGB bestellt ist, können nur mündlich vor Gericht oder mündlich notariell testieren. Paragraph 568, Personen, denen ein Sachwalter nach Paragraph 273, ABGB bestellt ist, können nur mündlich vor Gericht oder mündlich notariell testieren.

3. unreifes Alter;

§ 569. Unmündige sind zu testieren unfähig. Minderjährige, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, können nur mündlich vor Gerichte oder mündlich notariell testieren. Das Gericht muß durch eine angemessene Erforschung sich zu überzeugen suchen, daß die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe. Die Erklärung muß in ein Protokoll aufgenommen und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beigerückt werden. ...Paragraph 569, Unmündige sind zu testieren unfähig. Minderjährige, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, können nur mündlich vor Gerichte oder mündlich notariell testieren. Das Gericht muß durch eine angemessene Erforschung sich zu überzeugen suchen, daß die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe. Die Erklärung muß in ein Protokoll aufgenommen und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beigerückt werden. ...

Die frühere Überschrift zu § 568 ABGB „2. Prodigalitätserklärung; inwiefern;“ entfiel, § 568 ABGB erhielt keine neue Überschrift. Die frühere Überschrift zu Paragraph 568, ABGB „2. Prodigalitätserklärung; inwiefern;“ entfiel, Paragraph 568, ABGB erhielt keine neue Überschrift.

Fraglich ist zunächst, ob es, wenn der Betroffene mündlich vor Gericht testiert, zur Formgültigkeit seines Testaments des in § 569 dritter und vierter Satz ABGB für mündige Minderjährige vorgesehenen Zusatzes bedarf. Nach der Rechtslage vor dem SachwG war durch § 4 EntmO und den Verweis auf § 569 ABGB gewährleistet, daß diese Bestimmung auch für beschränkt Entmündigte gilt; denn diese waren kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung den mündigen Minderjährigen gleichgestellt und es wurde überdies in Ansehung ihrer Testierfähigkeit ausdrücklich auf § 569 ABGB Bezug genommen. Fraglich ist zunächst, ob es, wenn der Betroffene mündlich vor Gericht testiert, zur Formgültigkeit seines Testaments des in Paragraph 569, dritter und vierter Satz ABGB für mündige Minderjährige vorgesehenen Zusatzes bedarf. Nach der Rechtslage vor dem SachwG war durch Paragraph 4, EntmO und den Verweis auf Paragraph 569, ABGB gewährleistet, daß diese Bestimmung auch für beschränkt Entmündigte gilt; denn diese waren kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung den mündigen Minderjährigen gleichgestellt und es wurde überdies in Ansehung ihrer Testierfähigkeit ausdrücklich auf Paragraph 569, ABGB Bezug genommen.

Anders als im vergleichbaren Fall der Entscheidung des erkennenden Senats vom 27.Jänner 1998,1 Ob 241/97s, lagen hier im Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch keine veröffentlichten oberstgerichtlichen Entscheidungen über die in der Folge von der Rechtsprechung bejahte analoge Anwendung der Formvorschriften des § 569 ABGB auf die Testamentserrichtung nach § 568 ABGB vor. Erstmals in der Entscheidung vom 21.November 1990, AZ2 Ob 589/90 (EvBl 1991/34 = NZ 1991, 298 = ÖA 1991, 106 = EFSIg 63.055 f), zeitlich somit nach dem Stichtag, sprach der Oberste Gerichtshof nicht nur aus, daß § 568 ABGB auch bei Bestellung eines einstweiligen Sachwalters nach § 238 Abs 2 AußStrG zur Anwendung komme, sondern legte zudem dar, daß anlässlich der Testamentserrichtung einer im § 568 ABGB genannten Person durch den Richter - oder den Notar - geprüft werden müsse, ob die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe; eine solche Prüfung sei vom Gesetzgeber aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit aus der durchaus sachlichen Erwägung für erforderlich erachtet worden, daß bei einer jedenfalls in ihrer zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit beschränkten und an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung leidenden Person die Möglichkeit einer Beeinträchtigung deren materiellen Testierfähigkeit jedenfalls weitaus größer sei als bei einer Person, der kein Sachwalter nach § 273 ABGB bestellt wurde. In der Entscheidung 9 Ob 710/91 (SZ 64/111 = NZ 1992, 294 = EFSIg 68.960) wurde diese Auffassung unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Meinung Kraliks (in Ehrenzweig, System3 Erbrecht-Ergänzungsheft 10 f) fortgeschrieben und ausgeführt, in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre seien die Formvorschriften des § 569 ABGB auch auf Testamente der im § 568 ABGB genannten Personen analog anzuwenden; der Zusatz zum Testament iSd§ 569 ABGB stelle ein Gültigkeitserfordernis dar. Zuletzt wurde in 3 Ob 525/94 (= NZ 1995, 132 = EFSIg 75.294 ff, 76.590) ausgesprochen, die Vorschrift des § 568 ABGB und damit auch die des § 569 ABGB seien analog auch in dem Fall der Bestellung eines

einstweiligen Sachwalters nach § 238 Abs 2 AußStrG anzuwenden. Die Unkenntnis dieser erst nach dem Stichtag ergangenen Entscheidungen kann in dessen kein Verschulden des Organs des beklagten Rechtsträgers begründen. Anders als im vergleichbaren Fall der Entscheidung des erkennenden Senats vom 27.Jänner 1998, 1 Ob 241/97s, lagen hier im Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch keine veröffentlichten oberstgerichtlichen Entscheidungen über die in der Folge von der Rechtsprechung bejahte analoge Anwendung der Formvorschriften des Paragraph 569, ABGB auf die Testamentserrichtung nach Paragraph 568, ABGB vor. Erstmals in der Entscheidung vom 21.November 1990, AZ 2 Ob 589/90 (EvBl 1991/34 = NZ 1991, 298 = ÖA 1991, 106 = EFSIg 63.055 f), zeitlich somit nach dem Stichtag, sprach der Oberste Gerichtshof nicht nur aus, daß Paragraph 568, ABGB auch bei Bestellung eines einstweiligen Sachwalters nach Paragraph 238, Absatz 2, AußStrG zur Anwendung komme, sondern legte zudem dar, daß anläßlich der Testamentserrichtung einer im Paragraph 568, ABGB genannten Person durch den Richter - oder den Notar - geprüft werden müsse, ob die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe; eine solche Prüfung sei vom Gesetzgeber aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit aus der durchaus sachlichen Erwägung für erforderlich erachtet worden, daß bei einer jedenfalls in ihrer zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit beschränkten und an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung leidenden Person die Möglichkeit einer Beeinträchtigung deren materiellen Testierfähigkeit jedenfalls weitaus größer sei als bei einer Person, der kein Sachwalter nach Paragraph 273, ABGB bestellt wurde. In der Entscheidung 9 Ob 710/91 (SZ 64/111 = NZ 1992, 294 = EFSIg 68.960) wurde diese Auffassung unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Meinung Kraliks (in Ehrenzweig, System3 Erbrecht-Ergänzungsheft 10 f) fortgeschrieben und ausgeführt, in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre seien die Formvorschriften des Paragraph 569, ABGB auch auf Testamente der im Paragraph 568, ABGB genannten Personen analog anzuwenden; der Zusatz zum Testament iSd Paragraph 569, ABGB stelle ein Gültigkeitserfordernis dar. Zuletzt wurde in 3 Ob 525/94 (= NZ 1995, 132 = EFSIg 75.294 ff, 76.590) ausgesprochen, die Vorschrift des Paragraph 568, ABGB und damit auch die des Paragraph 569, ABGB seien analog auch in dem Fall der Bestellung eines einstweiligen Sachwalters nach Paragraph 238, Absatz 2, AußStrG anzuwenden. Die Unkenntnis dieser erst nach dem Stichtag ergangenen Entscheidungen kann in dessen kein Verschulden des Organs des beklagten Rechtsträgers begründen.

Bei Fehlen einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung als Entscheidungshilfe kann unter gewissen Umständen ungeachtet der richterlichen Entscheidungsfreiheit auch ein unterlassenes Zurückgreifen auf die herrschende und wohlgrundete Lehre (vgl SZ 52/56) amtshaftungsbegründend sein. Davon ging erkennbar auch die zweite Instanz aus, nach deren Auffassung die Überprüfung der Rechtslage durch die Richterin an Hand der großen Manz-Ausgabe des ABGB (damals die 32.Auflage) und des von Koziol/Welser besorgten Grundrisses⁸ (II 308 f, 330) die Vertretbarkeit bejahen lasse. Bei Fehlen einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung als Entscheidungshilfe kann unter gewissen Umständen ungeachtet der richterlichen Entscheidungsfreiheit auch ein unterlassenes Zurückgreifen auf die herrschende und wohlgrundete Lehre vergleiche SZ 52/56) amtshaftungsbegründend sein. Davon ging erkennbar auch die zweite Instanz aus, nach deren Auffassung die Überprüfung der Rechtslage durch die Richterin an Hand der großen Manz-Ausgabe des ABGB (damals die 32.Auflage) und des von Koziol/Welser besorgten Grundrisses⁸ (römisch II 308 f, 330) die Vertretbarkeit bejahen lasse.

Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden, ist doch im vorliegenden Fall folgender Umstand in die Überlegungen miteinzubeziehen: Es war und ist herrschende Auffassung, daß die nach § 569 ABGB ins Protokoll aufzunehmende Erklärung über die Prüfung der Testierfähigkeit und deren Ergebnis („... beigerückt ...“) als Formvorschrift ein Gültigkeitserfordernis des Testaments ist, deren Verletzung die Erklärung des letzten Willens ungültig macht. In der für den Stichtag maßgeblichen großen Manz-Ausgabe des ABGB (32.Auflage) als Standardwerk ist bei den Entscheidungen zu § 569 ABGB unter E 2 und unter Hinweis auf die Entscheidung GIU 11.522 ausgeführt, „diese Angabe“ sei „aber erforderlich“. Dieser Hinweis bezieht sich auf die E 1 zu § 569 ABGB, zur Gültigkeit des (notariellen) Testaments eines nicht Achtzehnjährigen genüge die Angabe im Protokoll, daß er in voller Besonnenheit, frei von Zwang, Betrug und Irrtum seinen letzten Willen erklärt habe. Damit war aber in der jedem Zivilrichter zugänglichen Gesetzesausgabe klargestellt, daß im Fall des § 569 ABGB die „Beirückung“ ein Gültigkeitserfordernis des Testaments darstelle und demnach das Testament ohne diese Angabe ungültig sei, wenngleich diese Gesetzesausgabe zur analogen Anwendung der Formvorschrift des § 569 ABGB auf die dem neugefaßten § 568 ABGB zu unterstellende Fälle keine Hinweise enthält. Jedenfalls war evident, daß die unterlassene Einhaltung einer Formvorschrift beim Testiervorgang auch in anderen vergleichbaren Fällen die Ungültigkeitssanktion auslösen könnte, und deshalb dem Richter erhöhte Vorsicht und Aufmerksamkeit geboten, zumal der Vorgang möglicherweise nicht mehr wiederholt

werden konnte. Bei der Entgegennahme des letzten Willens zu Protokoll vor Gericht geht es nicht darum, eine im Instanzenzug überprüfbare Entscheidung zu fällen oder eine abänderbare oder nachzuholende Verfügung zu treffen, in welchen Fällen es dem Richter durchaus offensteht, selbst von einer von ihm nicht als „gesichert“ angesehenen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, freilich mit entsprechender Begründung, abzugehen. Bei der Testamentserrichtung handelte es sich vielmehr um einen der späteren Verbesserung nicht selten nicht mehr zugänglichen Rechtsakt bei dem der Richter als Urkundsperson fungiert und deshalb alles vorzukehren hat, um die vom Einschreiter zweifellos gewünschte Rechtswirksamkeit des Testaments auf jeden Fall sicherzustellen. Im Zweifel muß daher eine auch strittig scheinende Formvorschrift eingehalten werden. Ist die Einhaltung der Formvorschrift tatsächlich für die Gültigkeit des Rechtsakts nicht erforderlich, so schadet dies nicht; ist sie hingegen nötig, so kann nur dadurch die Gültigkeit (hier des Testaments) gewahrt werden. Schon aus diesem Grund hätte das Organ des Rechtsträgers jedenfalls vorsichtsweise die sich anbietende Formvorschrift des § 569 dritter und vierter Satz ABGB beachten müssen. Für den Standpunkt der späteren Rechtsprechung lag zum Stichtag bereits die Regierungsvorlage zum SachwG (742 BlgNR 15.GP, 21) vor, wonach § 569 ABGB auch dann anzuwenden sei, wenn eine Person, für die ein Sachwalter bestellt ist, ua mündlich vor Gericht testiert. Dies spricht aber hinreichend deutlich dafür, daß es der Gesetzgeber offenbar nicht bewußt unterlassen hat, auf die Anwendbarkeit des § 569 ABGB im Gesetzestext selbst hinzuweisen, weshalb von einer planwidrigen, regelmäßig durch Analogie zu schließenden Unvollständigkeit auszugehen ist (NZ 1995, 132 mwN; RIS-Justiz RS0021957). Daß sich als Formvorschrift § 569 ABGB anbot, weil die Gründe für die Notwendigkeit, die Testierfähigkeit zu prüfen, bei einem Minderjährigen und einer behinderten Person, für die ein Sachwalter bestellt wurde, durchaus gleichwertig sind, liegt auf der Hand, sind doch die Bestimmungen im ABGB unter der gemeinsamen Überschrift „Ursachen der Unfähigkeit zu testieren“ zusammengefaßt. Außerdem wurde die analoge Anwendung gerade in der Literatur zum Sachwalterschaftsrecht vertreten (Ent/Hopf, Das Sachwalterrecht für Behinderte [1983], 118 FN 5 durch Hinweis auf § 569 ABGB bzw § 70 NotO; Maurer, Sachwalterrecht in der Praxis 87; Kremzow, Österreichisches Sachwalterrecht, 145, insbesondere Anm 13 unter Hinweis auf GIU 11.522; Weiß in Klang2, III 280 und Schauer, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, in NZ 1983, 49 ff, 53 ff), der die gegenteilige Auffassung Kraliks (aaO) sowie die zweifelnden Ausführungen Edlbachers (Ein paar allgemeine Anmerkungen zum Sachwalterschaftsgesetz, zugleich eine Buchbesprechung in ÖJZ 1985, 161 ff, 165) gegenüberstanden (zur Auseinandersetzung der späteren Rechtsprechung damit siehe NZ 1995, 132). Auch wenn daher das Standardlehrbuch von Koziol/Welser (Grundriß) in seiner 8.Auflage (2.Band, S 307 ff, 330) dazu nichts enthielt, der 1983 in seiner 1.Auflage erschienene ABGB-Kommentar von Rummel § 568 ABGB noch in dessen alter Fassung wiedergibt, in dem 1989 - möglicherweise erst nach dem Stichtag - in 1.Auflage von Schwimann herausgegebenen Praxiskommentar zum ABGB von Eccher auf das hier maßgebliche Problem der analogen Anwendung des § 569 dritter und vierter Satz ABGB auf § 568 ABGB nicht eingegangen wird und diese beiden ABGB-Kommentare in ihrer 2.Auflage erst nach dem Stichtag erschienen, hält der erkennende Senat gerade in Fällen, wie dem vorliegenden, in denen es - möglicherweise nicht mehr nach holbare - Förmlichkeiten zu beachten gilt, die Anlegung eines strengen Maßstabs an die richterlichen Sorgfaltspflichten geboten, sodaß die Vorgangsweise der Richterin nicht mehr als vertretbar zu beurteilen ist. Eine vermeidbare und für die dem Organ vorgeworfenen Unterlassung mitursächliche Sorglosigkeit des Gesetzgebers hat der Amtshaftungssenat nicht zu prüfen. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden, ist doch im vorliegenden Fall folgender Umstand in die Überlegungen miteinzubeziehen: Es war und ist herrschende Auffassung, daß die nach Paragraph 569, ABGB ins Protokoll aufzunehmende Erklärung über die Prüfung der Testierfähigkeit und deren Ergebnis („... beigerückt ...“) als Formvorschrift ein Gültigkeitserfordernis des Testaments ist, deren Verletzung die Erklärung des letzten Willens ungültig macht. In der für den Stichtag maßgeblichen großen Manz-Ausgabe des ABGB (32.Auflage) als Standardwerk ist bei den Entscheidungen zu Paragraph 569, ABGB unter E 2 und unter Hinweis auf die Entscheidung GIU 11.522 ausgeführt, „diese Angabe“ sei „aber erforderlich“. Dieser Hinweis bezieht sich auf die E 1 zu Paragraph 569, ABGB, zur Gültigkeit des (notariellen) Testaments eines nicht Achtzehnjährigen genüge die Angabe im Protokoll, daß er in voller Besonnenheit, frei von Zwang, Betrug und Irrtum seinen letzten Willen erklärt habe. Damit war aber in der jedem Zivilrichter zugänglichen Gesetzesausgabe klargestellt, daß im Fall des Paragraph 569, ABGB die „Beirückung“ ein Gültigkeitserfordernis des Testaments darstelle und demnach das Testament ohne diese Angabe ungültig sei, wenngleich diese Gesetzesausgabe zur analogen Anwendung der Formvorschrift des Paragraph 569, ABGB auf die dem neugefaßten Paragraph 568, ABGB zu unterstellende Fälle keine Hinweise enthält. Jedenfalls war evident, daß die unterlassene Einhaltung einer Formvorschrift beim Testievorgang auch in anderen vergleichbaren Fällen die Ungültigkeitssanktion auslösen könnte,

und deshalb dem Richter erhöhte Vorsicht und Aufmerksamkeit geboten, zumal der Vorgang möglicherweise nicht mehr wiederholt werden konnte. Bei der Entgegennahme des letzten Willens zu Protokoll vor Gericht geht es nicht darum, eine im Instanzenzug überprüfbare Entscheidung zu fällen oder eine abänderbare oder nachzuholende Verfügung zu treffen, in welchen Fällen es dem Richter durchaus offensteht, selbst von einer von ihm nicht als „gesichert“ angesehenen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, freilich mit entsprechender Begründung, abzugehen. Bei der Testamentserrichtung handelte es sich vielmehr um einen der späteren Verbesserung nicht selten nicht mehr zugänglichen Rechtsakt bei dem der Richter als Urkundsperson fungiert und deshalb alles vorzukehren hat, um die vom Einschreiter zweifellos gewünschte Rechtswirksamkeit des Testaments auf jeden Fall sicherzustellen. Im Zweifel muß daher eine auch strittig scheinende Formvorschrift eingehalten werden. Ist die Einhaltung der Formvorschrift tatsächlich für die Gültigkeit des Rechtsakts nicht erforderlich, so schadet dies nicht; ist sie hingegen nötig, so kann nur dadurch die Gültigkeit (hier des Testaments) gewahrt werden. Schon aus diesem Grund hätte das Organ des Rechtsträgers jedenfalls vorsichtsweise die sich anbietende Formvorschrift des Paragraph 569, dritter und vierter Satz ABGB beachten müssen. Für den Standpunkt der späteren Rechtsprechung lag zum Stichtag bereits die Regierungsvorlage zum SachwG (742 BlgNR 15.GP, 21) vor, wonach Paragraph 569, ABGB auch dann anzuwenden sei, wenn eine Person, für die ein Sachwalter bestellt ist, ua mündlich vor Gericht testiert. Dies spricht aber hinreichend deutlich dafür, daß es der Gesetzgeber offenbar nicht bewußt unterlassen hat, auf die Anwendbarkeit des Paragraph 569, ABGB im Gesetzestext selbst hinzuweisen, weshalb von einer planwidrigen, regelmäßig durch Analogie zu schließenden Unvollständigkeit auszugehen ist (NZ 1995, 132 mwN; RIS-Justiz RS0021957). Daß sich als Formvorschrift Paragraph 569, ABGB anbot, weil die Gründe für die Notwendigkeit, die Testierfähigkeit zu prüfen, bei einem Minderjährigen und einer behinderten Person, für die ein Sachwalter bestellt wurde, durchaus gleichwertig sind, liegt auf der Hand, sind doch die Bestimmungen im ABGB unter der gemeinsamen Überschrift „Ursachen der Unfähigkeit zu testieren“ zusammengefaßt. Außerdem wurde die analoge Anwendung gerade in der Literatur zum Sachwalterschaftsrecht vertreten (Ent/Hopf, Das Sachwalterrecht für Behinderte [1983], 118 FN 5 durch Hinweis auf Paragraph 569, ABGB bzw Paragraph 70, NotO; Maurer, Sachwalterrecht in der Praxis 87; Kremzow, Österreichisches Sachwalterrecht, 145, insbesondere Anmerkung 13 unter Hinweis auf GIU 11.522; Weiß in Klang2, römisch III 280 und Schauer, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, in NZ 1983, 49 ff, 53 ff), der die gegenteilige Auffassung Kraliks (aaO) sowie die zweifelnden Ausführungen Edlbachers (Ein paar allgemeine Anmerkungen zum Sachwalterschaftsgesetz, zugleich eine Buchbesprechung in ÖJZ 1985, 161 ff, 165) gegenüberstanden (zur Auseinandersetzung der späteren Rechtsprechung damit siehe NZ 1995, 132). Auch wenn daher das Standardlehrbuch von Koziol/Welser (Grundriß) in seiner 8.Auflage (2.Band, S 307 ff, 330) dazu nichts enthielt, der 1983 in seiner 1.Auflage erschienene ABGB-Kommentar von Rummel Paragraph 568, ABGB noch in dessen alter Fassung wiedergibt, in dem 1989 - möglicherweise erst nach dem Stichtag - in 1.Auflage von Schwimann herausgegebenen Praxiskommentar zum ABGB von Eccher auf das hier maßgebliche Problem der analogen Anwendung des Paragraph 569, dritter und vierter Satz ABGB auf Paragraph 568, ABGB nicht eingegangen wird und diese beiden ABGB-Kommentare in ihrer 2.Auflage erst nach dem Stichtag erschienen, hält der erkennende Senat gerade in Fällen, wie dem vorliegenden, in denen es - möglicherweise nicht mehr nach holbare - Förmlichkeiten zu beachten gilt, die Anlegung eines strengen Maßstabs an die richterlichen Sorgfaltspflichten geboten, sodaß die Vorgangsweise der Richterin nicht mehr als vertretbar zu beurteilen ist. Eine vermeidbare und für die dem Organ vorgeworfenen Unterlassung mitursächliche Sorglosigkeit des Gesetzgebers hat der Amtshaftungssenat nicht zu prüfen.

Demnach ist in Stattgebung der Revision dem Feststellungsbegehren - das Interesse iSd§ 228 ZPO blieb unbestritten - statzugeben. Der angesichts des Klagevorbringens offenkundige Schreibfehler im Urteilsantrag (14.März statt richtig 14.April 1989) war dabei zu berichtigen. Ob hier angesichts der unterschiedlichen Literaturmeinungen das Verschulden des richterlichen Organs des Rechtsträgers als grob fahrlässig qualifiziert werden könnte, ist hier nicht zu untersuchen. Demnach ist in Stattgebung der Revision dem Feststellungsbegehren - das Interesse iSd Paragraph 228, ZPO blieb unbestritten - statzugeben. Der angesichts des Klagevorbringens offenkundige Schreibfehler im Urteilsantrag (14.März statt richtig 14.April 1989) war dabei zu berichtigen. Ob hier angesichts der unterschiedlichen Literaturmeinungen das Verschulden des richterlichen Organs des Rechtsträgers als grob fahrlässig qualifiziert werden könnte, ist hier nicht zu untersuchen.

Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 41 und 50 ZPO. Die Kostenentscheidung fußt auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO.

Textnummer

E50112

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1998:0010OB00373.97B.0428.000

Im RIS seit

28.05.1998

Zuletzt aktualisiert am

27.09.2012

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