ÖSTERREICHISCHE
NOTARIATS ZEITUNG

152. JAHRGANG
08
2020

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

NOTAR.AT

Aus dem Inhalt:

BEITRÄGE

Joachim Pierer:
Die Privatsphäre des Erblassers Seite 281

Anton Dirlinger:
Doppelte Zustellung im Gebührenverfahren Seite 295

Uwe Neumayr:
Keine Erbunwürdigkeit bei Strafaufhebungsgründen? Seite 299

RECHTSPRECHUNG

Indizwirkung der Vorsorgevollmacht für eine Beschränkung der Entscheidungsfähigkeit des Vollmachtgebers *(Walter H. Rechberger)* Seite 302

Schenkungsbewertung: keine Wertminderung durch Vorbehalt eines Wohnungsgebrauchsrechts Seite 310

REDAKTION: Ludwig Bittner, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Gottfried Musger, Helmut Ofner, Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

MANZ

NZ 2020/81

Keine Erbunwürdigkeit bei Strafaufhebungsgründen?

Eine Besprechung der Entscheidung OGH 2 Ob 100/19y

In der E 2 Ob 100/19y NZ 2020/74 hatte der OGH erstmals zu entscheiden, ob ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch bei der Beurteilung der Erbwürdigkeit des Täters zu berücksichtigen ist. Dieser Beitrag untersucht die Entscheidung und die Frage, wie die Strafaufhebungsgründe der tätigen Reue und der Verjährung erbrechtlich zu behandeln sind.

Von Uwe Neumayr

Inhaltsübersicht:

A. Sachverhalt und Fragestellung
B. Rechtliche Beurteilung des OGH
C. Meinungsstand in der Literatur
D. Keine Erbunwürdigkeit bei Strafaufhebungsgründen?
1. Tätige Reue
2. Verjährung
E. Ergebnis

A. Sachverhalt und Fragestellung

Der E 2 Ob 100/19y NZ 2020/74 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Legatarin und Lebensgefährtin des Verstorbenen fand nach dem Tod des Erblassers in dessen Unterlagen eine Lebensversicherungspolizze, in der als Bezugsberechtigter jeder Überbringer der Urkunde genannt wird. Sie suchte daraufhin den Versicherer in der Absicht auf, sich die € 10.000,– übersteigende Versicherungssumme auszahlen zu lassen. Dass der Verlassenschaft dadurch Vermögen entzogen wird und der Versicherer darüber getäuscht wird, sie sei rechtmäßige Inhaberin des Leistungsanspruchs, hielt sie ernstlich für möglich und fand sich damit ab. Erst unmittelbar vor der Unterfertigung des Auszahlungsantrags erfuhr sie, dass sie mit ihrer Unterschrift eidesstattlich erklären würde, dass sie die Polizze bereits zu Lebzeiten vom Verstorbenen erhalten hat. Sie ließ deshalb sofort von ihrem Vorhaben ab und händigte die Urkunde der Alleinerbin des Verstorbenen aus.

Aus strafrechtlicher Sicht ist die Lebensgefährtin des Verstorbenen damit vom Versuch des schweren Betrugs (§§ 15, 16, 146, 147 Abs 2 StGB) zurückgetreten. Der OGH hatte nun zu entscheiden, ob dieser strafbefreiende Rücktritt vom Versuch auch bei der Beurteilung der Erbunwürdigkeit nach § 539 ABGB zu berücksichtigen ist.

B. Rechtliche Beurteilung des OGH

Nach stRsp führt auch der Versuch einer strafbaren Handlung zur Erbunwürdigkeit, weil dieser der vollendeten Tat gleichzuhalten ist (§ 15 StGB).[1] Nach Ansicht des OGH schließt ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch (§ 16 StGB) die Annahme der Erbunwürdigkeit aber aus. Der Begriff der „gerichtlich strafbaren Handlung", an den § 539 ABGB anknüpft, sei nämlich aus systematischen Gründen im Sinn der strafrechtlichen Rsp zu verstehen. Nach dieser liegt eine solche Handlung nur dann vor, wenn das Verhalten des Täters tatbestandsmäßig, rechtswidrig sowie schuldhaft ist und allfälligen zusätzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit genügt.[2] Zu letzteren zählt insbesondere das Fehlen von Strafausschließungsgründen[3] und Strafaufhebungsgründen.[4] Zwar sei nicht ausgeschlossen, dass eine historische oder objektiv-teleologische Auslegung zu einem abweichenden Begriffsverständnis führen kann, für den Rücktritt vom Versuch treffe dies aber nicht zu, weil § 16 StGB den Sinneswandel des Täters belohnen soll. Dieser Gedanke sei laut dem OGH auf die Erb-

[1] RIS-Justiz RS0014988; zuletzt OGH 6 Ob 286/07p Zak 2008, 332 *(Kletečka)*.
[2] OGH 13 Os 53/02 JBl 2003, 535; 12 Os 44/04 JSt 2005, 99; 13 Os 1/15v; 13 Os 114/15m; 17 Os 3/18x RZ 2018, 235; 13 Os 56/18m EvBl 2018, 784; 12 Os 136/18v AnwBl 2019, 599.
[3] OGH 17 Os 3/18x RZ 2018, 235.
[4] OGH 13 Os 129/16v; 15 Os 9/16m.

unwürdigkeit übertragbar: Zum einen nimmt der Gesetzgeber an, dass eine strafbare Handlung den Erblasser so verletzt oder verletzen würde, dass er dem Täter keine erbrechtlichen Vorteile mehr zuwenden möchte. Zum anderen erachtet er das Verhalten aufgrund der Strafbarkeit objektiv als so schwerwiegend, dass ein solcher Wille gerechtfertigt ist.[5] Dieser tatsächliche oder hypothetische Wille des Erblassers liege aber nicht auf der Hand, wenn der Erblasser oder Legatar freiwillig vom Versuch einer strafbaren Handlung zurücktritt. Zudem lasse die Verwirklichung eines Strafaufhebungsgrundes darauf schließen, dass das Verhalten auch objektiv nicht mehr so schwerwiegend ist, dass es eine Erbunwürdigkeit rechtfertigt. Kurz gesagt wäre es nicht verständlich, wenn zwar das Strafrecht den Sinneswandel des Täters belohnt, nicht aber das Erbrecht.

Den Einwand, dass die Erbunwürdigkeit nach § 539 ABGB bereits mit dem Versuch eintritt und nach dem Wortlaut des Gesetzes nur durch Verzeihung beseitigt werden kann, entkräftet der OGH damit, dass es sich dabei um ein reines Wortlautargument handle, das die systematischen und teleologischen Erwägungen nicht zu entkräften vermöge. Der Wortlaut des § 539 ABGB könne außerdem so verstanden werden, dass das Vorliegen einer strafbaren Handlung auch aufgrund einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden soll, die ein strafaufhebendes Verhalten des Täters entsprechend berücksichtigt.

C. Meinungsstand in der Literatur

Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen oder Schuldausschließungsgründen schließt eine Erbunwürdigkeit nach hL[6] und auch stRsp[7] aus. Zu Strafaufhebungsgründen wird in der Literatur hingegen überwiegend die Meinung vertreten, dass diese – insbesondere die tätige Reue – für die Beurteilung der Erbunwürdigkeit irrelevant sind.[8] Eine Begründung oder Argumentation wird aber zumeist nicht angegeben. *Nemeth* vermutet den Grund für diese Ansicht darin, dass Strafaufhebungsgründe wie Verjährung, tätige Reue oder Rücktritt vom Versuch aus verschiedenen Gründen zwar die Notwendigkeit der Bestrafung des Täters beseitigen, nicht aber die „Verwerflichkeit" der Tat selbst.[9] Dagegen erscheint es *Bittner/Hawel* fraglich, ob ein Rücktritt vom Versuch oder tätige Reue die Erbunwürdigkeit tatsächlich nicht berühren soll. Die Strafbarkeit werde in diesen Fällen ja nicht durch objektive, die Tat oder den Täter betreffende Kriterien, sondern durch die Wiederherstellung der Rechtssphäre des Verletzten aufgehoben.[10]

D. Keine Erbunwürdigkeit bei Strafaufhebungsgründen?

Für die Erbunwürdigkeit kann folgender Grundsatz angenommen werden: Verwirklicht der potentielle Erbe einen Erbunwürdigkeitsgrund, so nimmt das Gesetz zum einen an, dass der Erblasser diesem nichts hinterlassen möchte. Es wird also ein subjektiver (hypothetischer) Wille des Erblassers vermutet. Zum anderen betrachtet das Gesetz Verhaltensweisen, die einen Erbunwürdigkeitsgrund verwirklichen, als so schwerwiegend, dass es diesen Willen des Erblassers für angemessen erachtet. Die objektive Verwerflichkeit der Handlung rechtfertigt demnach eine Erbunwürdigkeit.[11]

Hinsichtlich der Schwere der Tat trifft § 539 ABGB aber keine selbstständige Entscheidung, sondern knüpft an die Wertungen des Strafrechts an.[12] Belohnt nun das Strafrecht den Sinneswandel des Täters, so ist dies auch im Erbrecht zu beachten. Zudem kann auf diese Weise auch das Erbrecht auf eine Wiederherstellung der Rechtssphäre des Erblassers hinwirken. Der Ansicht des OGH, dass ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch die Erbunwürdigkeit ausschließt, ist daher mE zuzustimmen.

Fraglich ist nun, ob dieser Ansatz auch auf die tätige Reue und die Verjährung der Tat übertragbar ist. Der OGH geht zwar davon aus, dass der Begriff der gerichtlich strafbaren Handlung aus den oben dargelegten systematischen Gründen auch das Fehlen von Strafausschließungsgründen miteinschließt. Der erkennende Senat räumt aber auch ein, dass historische oder teleologische Überlegungen zu einem anderen Auslegungsergebnis für die tätige Reue und die Verjährung führen können.

1. Tätige Reue

Die tätige Reue ist – im Gegensatz zum Rücktritt vom Versuch – nicht allgemein geregelt, sondern kommt dem Täter nur bei bestimmten vollendeten Delikten zugute.[13] Begründet wird der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue – ebenso wie der Rücktritt vom Versuch[14] – unter anderem mit der Strafzwecktheorie. Demnach beseitigt die rechtzeitige und freiwillige Gutmachung

[5] *Kralik,* Erbrecht[3] (1983) 35.
[6] *Kletečka,* Erbunwürdigkeit auf Grund von „betrügerischer Krida" (§ 156 StGB) im Familienkreis? NZ 2019, 361; *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.06] § 539 Rz 1; *Kralik,* Erbrecht[3] 36; *Welser,* Erbrechts-Kommentar § 539 Rz 7 f; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek,* ABGB[5] § 539 Rz 6; *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 540 Rz 9.
[7] OGH 6 Ob 286/07 p Zak 2008, 332 *(Kletečka);* 9 Ob 68/11 g Zak 2012, 415 *(Kletečka).*
[8] *Kralik,* Erbrecht[3] 36; *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.06] § 539 Rz 1; *Welser,* Erbrechts-Kommentar § 539 Rz 8; *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 540 Rz 9; zweifelnd *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.05] § 770 Rz 1.
[9] *Nemeth* in *Schwimann/Kodek,* ABGB[5] § 539 Rz 6.
[10] *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.06] § 770 Rz 1.
[11] *Kralik,* Erbrecht[3] 35.
[12] *Kletečka,* NZ 2019, 364.
[13] Va §§ 167, 163 d, 165 a, 183 b, 226, 240, 243, 245, 247, 291, 292 b, 294, 296 StGB; s auch *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz,* WK[2] StGB § 167 Rz 1 ff.
[14] *Hager/Massauer* in *Höpfel/Ratz,* WK[2] StGB § 16 Rz 126 ff.

des gesamten Schadens den korrumpierenden Eindruck der Tat. Wegen der damit zum Ausdruck kommenden Rückkehr des Täters zur Legalität entfällt das Erfordernis einer Strafe.[15] Die Verwirklichung des Strafaufhebungsgrundes der tätigen Reue lässt demnach mE ebenfalls darauf schließen, dass das Verhalten des Täters nach der Wertung des Gesetzes objektiv nicht mehr so schwer wiegt, dass es eine Erbunwürdigkeit des Täters rechtfertigt. Das Erbrecht soll – ebenso wie das Strafrecht – auch hier den Sinneswandel des Täters belohnen und so auf eine Wiederherstellung der Rechtssphäre des Erblassers hinwirken.

Dagegen kann eingewendet werden, dass eine innere Umkehr des Täters für die erforderliche Freiwilligkeit der Schadensgutmachung gerade nicht notwendig ist.[16] So schließt etwa das Motiv, einer Anzeige oder strafrechtlichen Verfolgung vorzubeugen, die Freiwilligkeit nicht aus.[17] Der Täter beseitigt seine Erbunwürdigkeit also auch dann, wenn er den monetären Schaden ausschließlich deshalb begleicht, um doch noch erbwürdig zu werden. Hier stellt sich die Frage, ob dies mit dem der Erbunwürdigkeit zugrundeliegenden Gedanken vereinbar ist, dass der Erblasser dem Täter in Kenntnis seiner Handlung keine erbrechtlichen Vorteile zuwenden würde.[18] Genauso verhält es sich aber auch beim Rücktritt vom Versuch. Dort wird die Freiwilligkeit etwa auch dann bejaht, wenn der Rücktritt selbst aus ethisch nicht zu billigenden Motiven und nicht für alle Zukunft erfolgt.[19] Vollends entkräften lässt sich dieser Einwand zudem damit, dass es nicht darauf ankommt, ob sich der vermutete Wille des Erblassers zugunsten des Täters verändert, sondern dass es für die Beseitigung der Erbunwürdigkeit genügt, wenn die Schwere der Tat objektiv betrachtet nicht mehr ausreicht, um eine Erbunwürdigkeit zu rechtfertigen.

2. Verjährung

Bei der Verjährung der Verfolgbarkeit einer strafbaren Handlung ist trotz der Strafrechtsakzessorietät des § 539 ABGB eine Differenzierung notwendig, weil sich hier die Regelungszwecke des Strafrechts und Erbrechts unterscheiden. Die Verjährung einer Straftat wird damit begründet, dass aufgrund des zunehmenden zeitlichen Abstands von der Tat idR keine spezialpräventiven Gründe für eine Strafverfolgung mehr bestehen. Ebenso verringere sich die generalpräventive Wirkung einer Bestrafung, wenn die Erinnerung an die Tat mit der Zeit verblasst.[20] Spezial- und generalpräventive Überlegungen spielen im Erbrecht aber keine Rolle. Zweck der Erbunwürdigkeit ist ja gerade nicht die erbrechtliche Bestrafung des Täters,[21] sondern der Schutz des vermuteten, objektiv gerechtfertigten Willens des Erblassers. Dass nun das Verhalten des Täters auch durch den bloßen Zeitablauf objektiv nicht mehr schwerwiegend genug ist, um eine Erbunwürdigkeit zu rechtfertigen, kann daher mE nicht angenommen werden.

Ein Sinneswandel des Täters oder eine Wiederherstellung der Rechtssphäre des Erblassers ist für die Verfolgungsverjährung nicht erforderlich. Damit unterscheidet sich die Verjährung der Straftat erheblich vom Rücktritt vom Versuch und der tätigen Reue. Letztere sollen nämlich gerade diesen Sinneswandel und die Rückkehr des Täters zur Legalität belohnen. Erbrechtlich soll der Täter dafür belohnt werden, dass er seine Tat beim Erblasser wiedergutmacht. An dieser Komponente fehlt es jedoch bei der Verjährung der Straftat völlig.

Würde die Verjährung die Erbunwürdigkeit beseitigen, so entstünde außerdem die widersprüchliche Situation, dass jener Erblasser, der dem Erbunwürdigen nicht zu verzeihen bereit ist, sich um eine Verurteilung dieses Erben bemühen müsste, um eine „Heilung" der Erbunwürdigkeit gegen seinen Willen durch bloßen Zeitablauf zu verhindern. Dagegen kann aber etwa aus dem Unterlassen einer Strafanzeige nach hM noch keine Verzeihung geschlossen werden.[22] Es ist auch für die Erbunwürdigkeit gerade nicht notwendig, dass der Täter auch tatsächlich verurteilt wird[23] oder dass der Erblasser überhaupt Kenntnis von der Straftat erlangt.[24] Die Verjährung der Strafbarkeit einer Handlung beseitigt die Erbunwürdigkeit des Täters daher nicht.

E. Ergebnis

Nach der zutreffenden Ansicht des OGH steht ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch der Erbunwürdigkeit des Täters entgegen. Im Lichte der vorliegenden Entscheidung beseitigt auch die strafbefreiende tätige Reue die Erbunwürdigkeit, weil das Erbrecht – ebenso wie das Strafrecht – auch in diesem Fall den Sinneswandel des Täters belohnen soll. Die Verjährung der Strafbarkeit der Tat ändert hingegen nichts an der Erbunwürdigkeit des Täters.

Über den Autor:
Mag. Uwe Neumayr ist Universitätsassistent am Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg.

[15] *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz,* WK² StGB § 167 Rz 9.
[16] *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz,* WK² StGB § 167 Rz 47.
[17] OGH 13 Os 91/85 EvBl 1986/16; 15 Os 119/03.
[18] Vgl *Kralik,* Erbrecht³ 36.
[19] OGH 11 Os 78/70; 12 Os 49/72; 11 Os 101/86.
[20] *Schallmoser* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer,* SK zum StGB Vor §§ 57–60 Rz 12f; *Marek* in *Höpfel/Ratz,* WK² StGB Vor §§ 57–60 Rz 3.
[21] *Kralik,* Erbrecht³ 35.
[22] *Kralik,* Erbrecht³ 37; *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 540 Rz 45; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek,* ABGB⁵ § 539 Rz 10.
[23] OGH 5 Ob 45/58; 6 Ob 286/07 p Zak 2008, 332 (*Kletečka); Nemeth* in *Schwimann/Kodek,* ABGB⁵ § 539 Rz 4; *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.06] § 539 Rz 1; *Welser,* Erbrechts-Kommentar § 539 Rz 7.
[24] *Kletečka,* NZ 2019, 361; *Pfaff/Hoffmann,* Excurse II/1 (1878) 17; *Hanausek,* Gesetzliches Erbrecht (1910) 40; *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 540 Rz 20.