

## Erbunwürdigkeit bei strafbarer Handlung gegen die Verlassenschaft?

§ 539 ABGB; § 166 StGB

- ▶ Auch im Anwendungsbereich des ErbRÄG 2015 ist bei Begehung einer gerichtlich strafbaren Handlung gegen den Erblasser die Privilegierung des § 166 StGB zu beachten.
- ▶ Im Fall der Begehung einer gerichtlich strafbaren Handlung gegen die Verlassenschaft ist § 539 ABGB zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen dahin teleologisch zu reduzieren, dass Erbunwürdigkeit nur dann eintritt, wenn auch die Tatbegehung zum unmittelbaren Nachteil des

Bearbeitet von ANDREAS TSCHUGGUEL

### Sachverhalt

Die Kl ist die Verlassenschaft nach der Lebensgefährtin des 2020 verstorbenen Erbl. Die Bekl sind dessen Kinder aus einer früheren Ehe. Am 7. 4. 2017 schlossen der Erbl als Hauptinhaber und seine Lebensgefährtin (idF nur: Kl) als Mitinhaberin einen Safevertrag für ein Bankschließfach, in dem Wertgegenstände der Familie des Erbl aufbewahrt wurden. Wertgegenstände der Kl wurden in diesem Bankschließfach nicht aufbewahrt; die Kl verfügte dafür über ein eigenes Bankschließfach. Der Erbl setzte die Bekl 2012 testamentarisch je zur Hälfte zu Erben ein, wobei er ihnen sein „gesamtes, wo immer befindliches und wie immer bezeichnetes, bewegliches und unbewegliches Vermögen“ hinterließ. Die Liegenschaftsanteile verbunden mit Wohnungseigentum an der zuletzt mit der Kl gemeinsam bewohnten Wohnung vermachte er mitsamt dem gesamten Wohnungsinhalt und einem Kontoguthaben der Kl. Die Kl meldete ihre Vermächtnisanprüche im Verlassenschaftsverfahren nach dem Erbl an. Am 23. 12. 2020 löste die im Besitz des Schlüssels zum Bankschließfach befindliche Kl dieses auf und lagerte sämtliche Wertgegenstände in ihrem eigenen Bankschließfach, obwohl sie wusste, dass sich ein Großteil dieser Sachen zum Zeitpunkt seines Ablebens im Eigentum des Erbl befunden hatte und in weiterer Folge den Erben zustehen würde. Sie hatte den Vorsatz, sich an den der Verlassenschaft nach ihrem verstorbenen Lebensgefährten zugehörigen Gegenständen unrechtmäßig zu bereichern. Die der Verlassenschaft zugehörigen Gegenstände hatten einen Wert von € 22.987,-. Ihrem Rechtsvertreter gegenüber gab die Kl wahrheitswidrig an, die Wertgegenstände seien ihr vom Erbl noch zu seinen Lebzeiten geschenkt worden. Sie verstarb am 25. 1. 2021. Den Bekl wurde der Nachlass des Erbl am 3. 8. 2021 mit Teilnachlassseparation zum Vermächtnisgegenstand eingewantwortet. Die Ansprüche aus dem Vermächtnis an die Kl wurden bislang nicht erfüllt.

### Eine Entscheidung mit großer praktischer Relevanz für zahlreiche Verlassenschaftsverfahren.

Die Kl begehrt – nunmehr von den beiden eingewantworteten Erben – aufgrund des Vermächtnisses des Erbl die Einwilligung in die Einverleibung ihres Eigentumsrechts am Vermächtnisgegenstand und die Herausgabe des Wohnungsinhalts sowie des Kontoguthabens, in eventu eine diesbezügliche Feststellung.

Die Bekl wenden die Legatsunwürdigkeit der Kl wegen eines an der Verlassenschaft begangenen schweren Diebstahls ein.

Erbl unter Beachtung des § 166 StGB zu Erbunwürdigkeit führen würde.

### Erbrecht und Verlassenschaftsverfahren

OGH 20. 2. 2024, 2 Ob 200/23k (OLG Wien 12 R 17/23t; LGZ Wien 5 Cg 35/21k)

Erbunwürdigkeit; strafbare Handlung; Privilegierung  
EF-Z 2024/55

Das ErstG wies das Klagebegehren ab. Das BerG gab der Berufung keine Folge.

Der OGH gab der dagegen erhobenen Rev der Kl Folge.

### Aus den Entscheidungsgründen

Aufgrund des Todeszeitpunkts des Erbl sind gem § 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB auf den Sachverhalt die einschlägigen Bestimmungen idF ErbRÄG 2015 anzuwenden. Es ist daher zu prüfen, ob die Kl gegen die Verlassenschaft „eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist“ (§ 539 ABGB idF des ErbRÄG 2015). Die in diesem Fall bestehende Erbunwürdigkeit führte auch zur hier str Legatsunwürdigkeit (2 Ob 100/19y; RS0012264).

[...]

II.2. Zur Erbunwürdigkeit in der Fassung des ErbRÄG 2015:

II.2.1. Die §§ 539 bis 541 ABGB regeln die Erbunwürdigkeit. Die §§ 539 und 540 ABGB erklären, unabhängig von der Möglichkeit des Verstorbenen, jemanden zu enterben oder in seiner Erbenstellung zu beschränken, eine Person unter bestimmten Umständen für erbunwürdig („absolute“ Erbunwürdigkeitsgründe). In den in § 541 ABGB angeführten Fällen soll eine Person nur dann erbunwürdig sein, wenn der Verstorbene keine Möglichkeit hatte, ihre Erbenstellung zu beschränken und sie insb zu enterben, sei es, weil er nicht mehr testierfähig war, sei es, weil er aus faktischen Gründen, etwa aus Unkenntnis, eine Beschränkung unterlassen hat („relative“ Erbunwürdigkeitsgründe, vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 5).

II.2.2. § 539 ABGB nF lautet:

„Wer gegen den Verstorbenen oder die Verlassenschaft eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, ist erbunwürdig, sofern der Verstorbene nicht zu erkennen gegeben hat, dass er ihm verziehen hat.“

Die Bestimmung entspricht damit weitgehend § 540 Fall 1 ABGB aF, wobei § 539 ABGB nF um die (hier relevante) gerichtl strafbare Handlung gegen die Verlassenschaft erweitert wurde.

II.2.3. Die GesetzesMat (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 5) zu § 539 ABGB lauten – soweit hier von Interesse – auszugsweise:

„§ 539 des Entwurfs entspricht weitgehend dem bisherigen § 540 und regelt die Erbunwürdigkeit auf Grund einer gerichtlich strafbaren Handlung gegen den Verstorbenen und – neu – auch gegen die Verlassenschaft. Damit sollen strafbare Handlungen, wie etwa die Unterschlagung, die Zerstörung oder der Diebstahl von in der Verlassenschaft befindlichen Sachen oder die widerrechtliche Kontobehaltung mit Bereicherungsvorsatz zur Erbun-

würdigkeit führen, weil auch dadurch der letzte Wille des Verstorbenen oder die gesetzliche Erbfolge faktisch vereitelt wird. [...]“

II.2.4. Von Relevanz sind im hier interessierenden Zusammenhang allerdings auch die Ausführungen zum neu eingeführten „relativen“ Erbunwürdigkeitsgrund des § 541 Z 1 ABGB, der die Begehung einer gerichtl strafbaren Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, gegen bestimmte nahe Angehörige – nämlich den Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten des Verstorbenen oder dessen Verwandte in gerader Linie – sanktioniert. Die GesetzesMat zu dieser Bestimmung lauten auszugsweise (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 5f):

„Nach ständiger Rechtsprechung muss sich nach dem bisherigen § 540 das die Erbunwürdigkeit begründende strafbare Verhalten gegen die Person des Verstorbenen richten und nicht etwa nur gegen eine ihm nahestehende Person; sie muss auch noch zu dessen Lebzeiten begangen worden sein. Ein Angriff gegen die Rechtssphäre des Verstorbenen genügt nicht (RS0014988). Dagegen vertritt die Lehre, dass nach dem bisherigen § 540 auch Taten gegen bestimmte nahe Angehörige umfasst sein sollen (Welser, Die Reform des österreichischen Erbrechts 17 mwN).

In seiner ursprünglichen Fassung war § 540 weiter gefasst und erfasste auch vorsätzliche Official- und Privatanklagedelikte gegen Kinder, Eltern oder Gatten des Verstorbenen. Mit der dritten TN (RGI 1916/69) wurde die Bestimmung auf strafbare Handlungen gegen den Verstorbenen selbst eingeschränkt, weil es der Gesetzgeber als unhaltbar erachtete, dass jede Ehrenbeleidigung, etwa des Kindes oder des Vaters des Verstorbenen, zur Erbunwürdigkeit führte und selbst die Verzeihung durch den direkt Verletzten (im Beispiel durch das Kind oder den Vater des Verstorbenen) nicht genügte (siehe *B. Jud*, NZ 2006, 70 [71]).

Die Erbunwürdigkeit soll keinen Strafcharakter haben, also nicht aus general- oder spezialpräventiven Gründen (vermögensrechtlicher) Teil der gerichtlichen Strafe sein, sondern den (mutmaßlichen) Willen des Verstorbenen möglichst genau umsetzen. Das ergibt sich schon aus der Regelung, dass der Verstorbene dem Straftäter verzeihen und derart die Erbunwürdigkeit aufheben kann. Der Verstorbene kann zwar den künftigen Erben enterben, sofern ein Enterbungsgrund gegeben ist (§ 770 Z 1 des Entwurfs), was prima facie dafür spräche, die Erbunwürdigkeit nicht auf Straftaten gegen Angehörige auszuweiten. Da aber der Wille des Verstorbenen möglichst weitgehend verwirklicht werden soll (siehe auch den vorgeschlagenen § 553) und davon auszugehen ist, dass dieser einen Straftäter, der gegen bestimmte nahe Angehörige strafrechtlich tätig geworden ist, nicht zum Erben haben möchte, erscheint es geboten, die Bestimmung mit der vorgeschlagenen Z 1 moderat – in Richtung ihrer ursprünglichen Fassung – auszudehnen. Dabei soll der Personenkreis eher eng gezogen, also auf nächste Angehörige beschränkt werden. [...] Den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens folgend soll der Strafrahmen, der hier zur Erbunwürdigkeit führt, jenem, der gegenüber dem Verstorbenen heranzuziehen ist, entsprechen.“

II.2.5. Zur Anwendung des § 166 StGB ist den GesetzesMat damit weder im Hinblick auf strafbare Handlungen gegen den Erbl noch gegen die Verlassenschaft oder nahe Angehörige etwas Näheres zu entnehmen.

In den Stellungnahmen zum Entwurf des ErbRÄG 2015 wurde ganz allgemein auf in manchen Fällen unverhältnismäßige Rechtsfolgen bei strafbaren Handlungen gegen den ruhenden Nachlass (*Wendehorst*, 39/SN-100/ME 3) und explizit auf die in diesen Fällen fehlende Möglichkeit der Verzeihung (Österreichi-

sche Notariatskammer, 8/SN-100/ME 2) hingewiesen, die hier entscheidende Frage wurde nicht aufgeworfen.

II.3. Erbunwürdigkeit und § 166 StGB:

II.3.1. Zur Frage des Verhältnisses zw § 166 StGB und der grundlegenden Neuordnung der Erbunwürdigkeitsgründe (so etwa *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> Vor §§ 539ff ABGB Rz 1) liegen ganz unterschiedliche Stellungnahmen vor (zusammenfassend: *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 8.21).

II.3.2. Der Fachsenat hat bereits iZm der Frage der Relevanz eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch für die Erbunwürdigkeit ausgesprochen, dass der Gesetzgeber eine zivilrechtl Rechtsfolge an das Vorliegen einer „strafbaren Handlung“ angeknüpft hat und dieser Begriff aus systematischen Gründen (im Regelfall) iS der strafrechtl Rsp zu verstehen ist. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine historische oder objektiv-teleologische Auslegung trotz des systematischen Zusammenhangs zu einem vom Strafrecht abweichenden Begriffsverständnis im erbrechtl Zusammenhang führen kann (2 Ob 100/19y Pkt 4.). Daran ist festzuhalten.

Dies hätte auf Grundlage systematischer Interpretation für den vorliegenden Fall an sich zur (von den Vorinstanzen auch gezogenen) Konsequenz, die Erbunwürdigkeit (Legatsunwürdigkeit) der Kl zu bejahen, weil sie eine strafbare Handlung gegen die Verlassenschaft begangen hat und in diesem Fall nach der strafrechtl Judikatur § 166 StGB keine Anwendung findet.

II.3.3. Allerdings weist die überwiegende Ansicht im Schrifttum mit überzeugenden Argumenten darauf hin, dass dieses Ergebnis wertungswidersprüchlich wäre:

(a) Soweit überblickbar verneint lediglich *Pesendorfer* (in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts [2016] 23f mwN) ausdrücklich das Vorliegen eines Wertungswiderspruchs zw der Anwendung des § 166 StGB auf strafbare Handlungen gegen den Erbl einerseits und der Nichtanwendung im Bereich der Delikte gegen die Verlassenschaft andererseits. Grund für die strafrechtl Begünstigung sei, dass innerhalb der Familie idR zu „Mein“ und „Dein“ nicht so streng unterschieden werde und die Güterverteilung innerhalb der Familie diese zu meist nicht so schwer treffe wie eine Vermögensschädigung eines Fremden (zurückgehend auf *Leukauf/Steiniger*, StGB<sup>2</sup> Rz 1 und die ErläutRV zum StGB 1971). Überdies sei es erbrechtl gerechtfertigt, zu differenzieren, weil – jedenfalls vor Abgabe der Erbantrittserklärung – offen sei, wer Rechtsnachfolger werde. Es könne sich dabei ebenso um einen Verlassenschaftsgläubiger handeln oder einen Erben, der gerade kein Angehöriger sei. Die derzeitige Regelung sei daher wertungskonsistent.

(b) Zahlreiche andere Autoren betonen hingegen die sich aus der ohne Bedachtnahme auf § 166 StGB erfolgten gesetzgeberischen Neuregelung ergebenden Wertungswidersprüche:

Nach *Rabl* (Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015/107, 321 [328f]) habe der Gesetzgeber § 166 StGB übersehen, es seien im Vergleich zur alten Rechtslage eine Reihe weiterer relevanter Opfer hinzugekommen. Neben der Verlassenschaft (§ 539 ABGB) seien dies Personen, die mit dem Erbl ein familiäres und soziales Naheverhältnis verbinde (§ 541 ABGB), wobei dieser Familienkreis ein anderer als jener des § 166 StGB sei. Die Konsequenzen seien „geradezu anstößig“, weil der qualifizierte Diebstahl am Erbl nicht, jener an der Verlassenschaft schon zur Erbunwürdigkeit führe, was am Totenbett zu einer unsachlichen Unterscheidung führe.

Auch *Eccher* (Die österreichische Erbrechtsreform, §§ 539–541 ABGB Rz 15 FN 82) und *Zöchling-Jud* (in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 86) sehen in der Differenzierung zw Delikten gegen den Erbl und jenen gegen die Verlassenschaft einen Wertungswiderspruch.

*Tschugguel* (Erbunwürdigkeit und Begehung im Familienkreis, EF-Z 2016/143, 311) argumentiert, dass die Neuregelung des Erbrechts der Verwirklichung des Willens des Verstorbenen dienen solle. Damit sei aber nicht nachvollziehbar, wieso eine Tat, die sich bloß mittelbar (über die Verlassenschaft) gegen den Verstorbenen richte, eher erbenwürdig machen solle als eine solche, die sich unmittelbar gegen den (noch lebenden) Verstorbenen richte. Mittels teleologischer Auslegung spreche somit vieles dafür, nicht zu differenzieren, ob die Tat gegen den Verstorbenen oder gegen die Verlassenschaft begangen worden sei.

II.3.4. Der Sen sieht ebenfalls einen massiven und damit verfassungsrechtlich nicht unbedenklichen Wertungswiderspruch in der nach dem Wortlaut der Bestimmung des § 539 ABGB an sich gebotenen Differenzierung zw Delikten gegen den Erbl und jenen gegen die Verlassenschaft. Dabei überzeugt vor allem die Überlegung *Tschugguels*, dass eine unmittelbar zum Nachteil des Erbl ausgeführte Tat nicht „weniger erbenwürdig“ machen dürfe als eine ganz vergleichbare Tat gegen die Verlassenschaft. Das Vorliegen eines Wertungswiderspruchs stützen auch die Gesetzesmat zu § 541 Z 1 ABGB. Diese betonen, dass der für die Erbenwürdigkeit nach § 541 Z 1 ABGB relevante Strafraum jenem entspreche, „der gegenüber dem Verstorbenen heranzuziehen ist“.

II.4. Zur Auflösung dieses Wertungswiderspruchs finden sich im Schrifttum zwei gegensätzliche Lösungsansätze:

II.4.1. Anwendung des § 166 StGB in allen Fällen des § 539 ABGB:

(a) *Kletečka* (Erbunwürdigkeit auf Grund von betrügerischer Krida [§ 156 StGB] im Familienkreis? NZ 2019/124, 361 [363 ff]) will die Verlassenschaft eines Angehörigen überhaupt zum Familienkreis iSd § 166 StGB zählen, dies sowohl im Erb- als auch im Strafrecht. Er begründet dies damit, dass die Rechtsgüter des Verstorbenen mit seinem Tod lediglich aus rechtskonstruktiven Gründen einer diesen repräsentierenden juristischen Person zugewiesen werden, es sich aber immer noch um dessen Rechtsgüter handle. Somit liege aufgrund der bei § 166 StGB gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine gegen den Verstorbenen gerichtete Straftat vor.

(b) *Tschugguel* (EF-Z 2016/143, 311) argumentiert, dass das Strafrecht und das Zivilrecht im Bereich der Erbenwürdigkeit unterschiedliche Regelungsziele verfolgten. Während im Strafrecht lediglich der Unwert der Tat im Verhältnis zw Täter und Opfer sanktioniert werde, gehe es bei der Erbenwürdigkeit – bzw bei der Tat gegen die Verlassenschaft sowie gegen die Angehörigen des Verstorbenen (vgl § 541 ABGB) – jeweils um den Unwert, der sich hierdurch im Verhältnis zum Verstorbenen verwirkliche. Die durch die III. TN erfolgte Einschränkung der Erbenwürdigkeitsgründe auf strafbare Handlungen – konkret Verbrechen – gegen den Erbl sei in der Lehre grundsätzlich begrüßt worden. Kritik sei nur daran geübt worden, dass schwere Straftaten gegen bestimmte nahe Angehörige nicht mehr zur Erbenwürdigkeit führten. Genau dieser Kritik habe der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 gerecht zu werden versucht. Insgesamt spreche daher eine teleologische und eine historische Auslegung dafür, dass Straftaten gegen die Verlassenschaft (und auch solche gegen Angehörige iSd § 541 Z 1 ABGB) nur dann zur Erbenwürdigkeit führten, wenn sie auch bei unmittelbarer Begehung zum Nachteil des Erbl zu einer solchen geführt hätten. Dieses Ergebnis sei dadurch gerechtfertigt, dass die vom Gesetzgeber erweiterten strafrechtskonnen Erbenwürdigkeitsgründe ihren eigentlichen Grund in jenem Unwert hätten, der sich durch die Tat im Verhältnis zum Erbl verwirkliche.

(c) *Perner/Spitzer/Kodek* (Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 577) sprechen sich ebenfalls für eine teleologische Reduktion des § 539 ABGB

aus, sodass im Ergebnis § 166 StGB auch auf strafbare Handlungen gegen die Verlassenschaft anzuwenden sei.

II.4.2. Andere Autoren beschreiten den umgekehrten Weg und möchten den auch von ihnen erblickten Wertungswiderspruch durch eine generelle Nichtanwendung des § 166 StGB im erbrechtlich Kontext auflösen:

(a) *Binder/Giller* (in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 9 Rz 35 ff, 41) sprechen sich für die gänzliche Nichtbeachtung des § 166 StGB aus, auch wenn dies der Absicht des historischen Gesetzgebers der III. TN widerspreche. Der Wertungswiderspruch erscheine so gravierend, dass er es gebiete, den Willen des historischen Gesetzgebers geringer zu bewerten, zumal dieser auf das Jahr 1916 zurückgehe. Mit dem ErbRÄG 2015 hätten die Enterbungsgründe maßvoll erweitert werden sollen, dem könne so entsprochen werden.

(b) Auch *Likar-Peer* (in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 539, 541 nF ABGB Rz 69) spricht sich mit ähnlichen Argumenten wie *Binder/Giller* unter Hinweis auf das offensichtliche Übersehen der Bestimmung durch den Gesetzgeber für ein Überdenken der Anwendung des § 166 StGB auf die Erbenwürdigkeit insgesamt aus.

(c) Diesen Ansatz vertritt jüngst auch *Kepplinger* (Strafrechtskonexe Erbenwürdigkeit und § 166 StGB, NZ 2023/169, 482) im Rahmen einer umfassenden Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte der Berücksichtigung des Familienprivilegs im Erbrecht. Im Herrenhausbericht 1912 (78 BlgHH 21. Sess [1912] 107) sei der „Familiendiebstahl“ als ein Beispiel für die in der Fassung 1811 als zu weit empfundene Erbenwürdigkeit angeführt. Im Rahmen der III. TN (RGL 1916/69) habe man den Kreis der strafbaren Handlungen, die Erbenwürdigkeit begründen konnten, auf Verbrechen iSd StG 1852 (RGL 1852/115) eingeschränkt und damit bloße Vergehen – wie den „Familiendiebstahl“ iSd § 463 StG 1852 – aus dem Tatbestand des § 540 ABGB (alt) ausgenommen. Da § 463 StG 1852 die Vorläuferbestimmung des heutigen § 166 StGB sei, habe man aus dem HHB gefolgert, dass die Privilegierung wegen Begehung im Familienkreis die strafrechtskonexe Erbenwürdigkeit determinieren müsse. Die Bestimmung des § 463 StG 1852 unterscheide sich aber stark von § 166 StGB. In der aktuellen Bestimmung seien beinahe alle Vermögensdelikte erfasst. Die damalige Privilegierung habe im Übrigen dem damaligen Verständnis von Familie Rechnung getragen: Es habe verhindert werden sollen, dass ein Familiendiebstahl Erbenwürdigkeit begründen könnte, wenn das „Haupt der Familie“ dessen Verfolgung gar nicht begehrt hatte (vgl § 463 StG 1852), was nicht mehr dem heutigen Verständnis entspreche. An die strafrechtlich Kategorien sei man im Rahmen der Auslegung des Begriffs „gerichtlich strafbare Handlung“ ohnehin nicht zwingend gebunden, hänge doch die Erbenwürdigkeit auch nicht von der Einleitung eines Strafverfahrens oder einer Verurteilung ab. Das Element der Verzeihung spiele im Strafrecht keine Rolle, wohingegen es bei der Erbenwürdigkeit um den vermuteten Willen des Erbl gehe. Es dränge sich damit die Frage auf, ob tatsächlich anzunehmen sei, einem Erbl missfalle eine Vermögensschädigung durch einen Angehörigen niemals so stark, um von einer Erbenwürdigkeit des Delinquenten ausgehen zu können. Zur Kontinuitätsvermutung müsse berücksichtigt werden, dass die Stammfassung des § 540 ABGB (aus 1811) den vermuteten Willen des Erbl dadurch umgesetzt habe, dass jede vorsätzlich begangene strafbare Handlung an Ehre, Leib oder Vermögen zu Lasten des Erbl oder „dessen Kinder, Eltern oder Gatten“ mit Erbenwürdigkeit sanktioniert wurde. Der Familiendiebstahl sei in dieser Fassung nicht ausgenommen gewe-

sen. Das sei erst durch die Einschränkung auf Verbrechen gegen den Erbl selbst in der III. TN passiert. Da mit den nunmehrigen Bestimmungen erkennbar und nachweislich das Ziel verfolgt werde, den (mutmaßlichen) Willen des Erbl möglichst genau umzusetzen, würde diese Intention durch Berücksichtigung des Familienprivilegs konterkariert.

III. Nach Ansicht des Fachsenats sprechen insgesamt die besseren Argumente für die von *Tschugguel* vorgeschlagene teleologische Reduktion des § 539 ABGB:

Vorweg ist zu betonen, dass das zentrale Tatbestandselement in § 539 ABGB – nämlich die Begehung einer „gerichtl strafbaren Handlung“ – einen engen Konnex zu strafrechtl Begrifflichkeiten aufweist. Hinsichtlich der für die Annahme von Erbuwürdigkeit erforderlichen Schwere der Tat trifft § 539 ABGB nämlich keine selbstständige Entscheidung, sondern knüpft an die mit der Strafdrohung verbundenen Wertungen des Strafrechts an (*Kletečka*, NZ 2019/124, 361 [364]; *U. Neumayr*, Keine Erbuwürdigkeit bei Strafaufhebungsgründen? NZ 2020/81, 299 [300]).

Unter diesem Blickwinkel steht der von *Tschugguel* gewählte Ansatz im Einklang mit der Rsp, wonach der Begriff der „strafbaren Handlung“ in § 539 ABGB (im Regelfall und aus systematischen Gründen) im Einklang mit der strafrechtl Judikatur zu verstehen ist.

Der ggt Ansatz hätte hingegen zur Konsequenz, dass die gesetzgeberische Wertung einer mildereren strafrechtl Beurteilung bei Begehung von Vermögensdelikten im Familienkreis im Erbrecht gänzlich unbeachtet bliebe. Auch wenn der „gesetzgeberische Kunstgriff“ – also der in der Formulierung des § 539 ABGB gelegene Verweis auf das Strafrecht – keinen Blankoverweis darstellt (*Burtscher*, Keine Erbuwürdigkeit bei Rücktritt vom Versuch, ÖJZ 2020/133, 1127), lässt sich die gänzliche Außerachtlassung des § 166 StGB im Rahmen des § 539 ABGB nach Ansicht des Sen nicht mit historischen oder objektiv-teleologischen Überlegungen rechtfertigen (vgl 2 Ob 100/19 y Pkt 4.3.).

*Kepplinger* zeigt zwar nachvollziehbar auf, dass sich § 166 StGB und die Vorgängerbestimmung des § 463 StG 1852 stark voneinander unterscheiden und die hinter der Privilegierung der Begehung im Familienkreis stehenden gesetzgeberischen Wertungen teilweise überholt sein mögen. Seine Argumentation vernachlässigt jedoch, dass der historische Gesetzgeber der III. TN insgesamt eine Einschränkung bei den strafrechtskonnen Erbuwürdigkeitsgründen vornehmen wollte und dafür eine – auch im ErbRÄG 2015 beibehaltene – Verweisungstechnik verwendete, ohne im Speziellen auf die Ausnahme des § 463 StG 1852 („Familiendiebstahl“) abzielen. Überzeugende historische oder objektiv-teleologische Gründe, warum (im Übrigen als einzige strafsatzbestimmende Norm) § 166 StGB unter gänzlicher Außerachtlassung strafrechtl Wertungen im Konzept der Erbuwürdigkeit überhaupt keine Rolle (mehr) spielen sollte, liegen nach Ansicht des Sen nicht vor.

Die Lösung *Tschugguels* ermöglicht – anders als die von *Kletečka* vorgeschlagene, in der strafrechtl Judikatur aber abgelehnte Ausdehnung des (strafrechtl) Anwendungsbereichs des § 166 StGB auf Verlassenschaften – eine wertungskonsistente Lösung auch für die – im vorliegenden Fall aber nicht einschlägigen – Fälle des § 541 Z 1 ABGB. Beim Ansatz *Kepplingers* bleibt letztlich offen, ob dieser bei § 541 Z 1 ABGB eine teleologische Reduktion iS der Ausführungen *Tschugguels* bevorzugt (so NZ 2023/169, 482 [487]) oder auch in diesem Umfang für ein generelles Außerachtlassen des § 166 StGB plädiert (so NZ 2023/169, 482 [492]).

Schließlich spricht die der ganz allgemeinen Absicht des Gesetzgebers des ErbRÄG 2015 entsprechende Kontinuitätsvermu-

lung (2 Ob 195/19 v Rz 59ff) für die Lösung *Tschugguels*. Zwar hat der Gesetzgeber die Erbuwürdigkeitsgründe durch das ErbRÄG 2015 in weiten Teilen neu geregelt, allerdings fehlt sowohl im Wortlaut der Bestimmungen als auch nach den GesetzesMat jeder Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber eine beträchtliche Ausweitung der im ErbRÄG 2015 insoweit unverändert beibehaltenen Erbuwürdigkeit bei strafbaren Handlungen gegen den Erbl selbst beabsichtigt hätte.

Der Sen verkennt nicht, dass der in den GesetzesMat dokumentierten Absicht des Gesetzgebers, an gerichtl strafbare Handlungen gegen die Verlassenschaft die Konsequenz der Erbuwürdigkeit zu knüpfen (vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 5), durch den Ansatz *Kepplingers* deutlich besser zum Durchbruch verholfen wäre. Da aber auch nach der Lösung *Tschugguels* für eine Erbuwürdigkeit aufgrund eines Delikts gegen die Verlassenschaft (immerhin noch) der Anwendungsbereich der Begehung außerhalb des Angehörigenkreises verbleibt, sprechen insgesamt die besseren Gründe für die Vornahme einer teleologischen Reduktion.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten:

Auch im Anwendungsbereich des ErbRÄG 2015 ist bei Begehung einer gerichtl strafbaren Handlung gegen den Erbl die Privilegierung des § 166 StGB zu beachten. Im Fall der Begehung einer gerichtl strafbaren Handlung gegen die Verlassenschaft ist § 539 ABGB zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen dahin teleologisch zu reduzieren, dass Erbuwürdigkeit nur dann eintritt, wenn auch die Tatbegehung zum unmittelbaren Nachteil des Erbl unter Beachtung des § 166 StGB zu Erbuwürdigkeit führen würde.

IV. Da eine Tatbegehung durch die Kl zum unmittelbaren Nachteil des Erbl – ihres Lebensgefährten – aufgrund der Anwendbarkeit von § 166 StGB nicht zu ihrer Erbuwürdigkeit geführt hätte, tritt durch das von ihr gegen die Verlassenschaft begangene Delikt keine Erbuwürdigkeit ein. Da keine sonstigen Einwände gegen die Gültigkeit des Legats erhoben wurden, war dem Klagebegehren in Abänderung der angefochtenen Entscheidung stattzugeben.

### Anmerkung



Dr. ALEXANDER HOFMANN, LL.M. Rechtsanwalt in Wien.  
a.hofmann@hofmannlaw.at

Das ErbRÄG 2015 hat neue Erbuwürdigkeitsgründe geschaffen. § 539 ABGB wurde erweitert, indem eine gerichtl strafbare und mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedrohte Vorsatztat nicht nur bei Begehung gegen den oder die Erbl, sondern auch dann zum Verlust des Erbrechts führt, wenn sie gegen die Verlassenschaft verübt wird. In die neu geschaffenen relativen Erbuwürdigkeitsgründe, die greifen, wenn eine Enterbung (wegen fehlender Testierfähigkeit, Unkenntnis oder aus sonstigen Gründen) nicht mehr angeordnet werden kann, wurde die Begehung einer solchen Straftat gegen nahe Angehörige aufgenommen (§ 541 Z 1 ABGB). Im Zusammenspiel mit dem Familienprivileg des § 166 StGB tat sich hier ein nicht zu übersehender und von der L beklagter Wertungswiderspruch auf.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Ch. Rabl*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (329); *Zöchling-Jud*, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 71 (86); *A. Tschugguel*, Erbuwürdigkeit und Begehung im Familienkreis, EF-Z 2016, 311 f.

§ 166 Abs 1 StGB sieht für praktisch alle Vermögensdelikte (unabhängig von der Wertqualifikation), die von Ehegatt:innen, eingetragenen Partner:innen, Verwandten in gerader Linie und Geschwistern des Opfers begangen werden, in jedem Fall, sowie für solche Delikte anderer Angehöriger iSd § 72 StGB (zB Lebensgefähr:innen, Neffen, Nichten, Cousins und Cousinen), sofern sie mit dem Opfer in Hausgemeinschaft gelebt haben, eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten vor. Wer ein nach § 166 StGB privilegiertes Delikt begeht, macht sich nicht erbunwürdig. Handlungen zum Nachteil des Nachlasses nach einem Angehörigen sind von der Privilegierung des § 166 StGB nicht umfasst (RS0094991).

Völlig unstr ist, dass die Regelungen über die Erbunwürdigkeit als Positivierung des mutmaßlichen bzw typischen ErblWillens zu verstehen sind. Ein Festhalten am Wortlaut der §§ 539 und 541 Z 1 ABGB und deren Verständnis aus der Sicht des Strafrechts hätte bedeutet, zu unterstellen, dass für Erbl die Verübung eines Vermögensdelikts gegen sie persönlich weniger schwer wiegt als ein Angriff auf ihr Vermögen nach dem Tod oder die Verfehlung gegen einen Angehörigen. Dasselbe Vermögensdelikt, das bei Erbl als unmittelbaren Opfern nicht einmal als Enterbungsgrund (§ 770 Z 1 ABGB) taugt, würde bei Begehung gegen die Verlassenschaft zum Verlust des Erbrechts führen. Auch das passt nicht zusammen.

In der L war man sich rasch einig, dass diese Widersprüche durch korrigierende Interpretation zu beheben sind. Uneinigkeit bestand allerdings über den Lösungsweg. Grob vereinfacht wurden im Schrifttum zwei Richtungen vertreten. Eine Seite plädierte dafür, § 166 StGB bei der Erbunwürdigkeit gänzlich auszublenken.<sup>2</sup> Dem stand die Ansicht von A. Tschugguel<sup>3</sup> gegenüber, der für eine differenzierte Beibehaltung der Maßgeblichkeit der strafrechtl Betrachtung<sup>4</sup> durch Berücksichtigung des § 166 StGB bei strafbaren Handlungen gegen Erbl (§ 539 Fall 1 ABGB) und eine einschränkende Auslegung des § 539 Fall 2 ABGB (strafbare Handlung gegen die Verlassenschaft) sowie des § 541 Z 1 ABGB (strafbare Handlung gegen Angehörigen) eintrat. Solange Erbl leben, besteht nach Meinung von A. Tschugguel ein Gleichklang der Wertungen von Straf- und Erbrecht. Der Familiendiebstahl wird in der Form der unmittelbaren Begehung privilegiert bestraft und deshalb auch erbrechtl geringer gewichtet. Nach dem Tod fallen jedoch straf- und erbrechtl Betrachtung auseinander. Es erhöht sich nur der strafrechtl Unwert der posthumen Tat, der von den Tatfolgen und Nachteilen, die sich auf Erb:innen und Begünstigte auswirken, bestimmt wird. Im Unterschied dazu ist die in der Erbunwürdigkeit zum Ausdruck kommende Abwertung von Täter:innen an deren fortgedachter Beziehung zu den Erbl zu messen. Die postmortale Handlung kann sich aber nur noch mittelbar in einer Störung der Vermögensverteilung auswirken und jedenfalls keine stärkere Intensität entfalten als ein unmittelbarer Übergriff in die Vermögenssphäre des Opfers zu dessen Lebzeiten. Der OGH hat sich dieser überzeugenden Ansicht angeschlossen.

Demnach ist bei Anwendung des § 539 Fall 2 ABGB zu prüfen, ob die strafbare Handlung von der privilegierten Behandlung nach § 166 StGB erfasst gewesen wäre, wenn die Tat an dem oder der Verstorbenen verübt worden wäre.<sup>5</sup> Die Begehung gegen die Erbl wird fingiert. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, muss für andere Angehörige iSd § 72 StGB auch die Fortsetzung einer Hausgemeinschaft angenommen werden, sofern sie zum Todeszeitpunkt bestanden hat. Im besprochenen Fall war die Kl die Lebensgefährtin des Verstorbenen und der OGH hat die-

sen gedanklichen Schritt gesetzt. Nach dem Lösungsvorschlag von A. Tschugguel ist auch der relative Erbunwürdigkeitsgrund des § 541 Z 1 ABGB und der Enterbungsgrund des § 770 Z 2 ABGB entsprechend einzuschränken und für die Prüfung der Qualifikation einer strafbaren Handlung die Tatbegehung gegen die verstorbene Person zu fingieren. Auch Vermögensdelikte gegen Angehörige iSd § 541 Z 1 und § 770 Z 2 ABGB sollen Täter:innen nicht schaden, wenn sie zu dem oder der Verstorbenen in einem Angehörigenverhältnis iSd § 166 Abs 1 iVm § 72 StGB standen. Hält der OGH an seiner Rsp fest, ist davon auszugehen, dass auch dieser Auslegung gefolgt werden wird.

Der Anwendungsbereich, der für § 539 Fall 2 ABGB nach der Rsp verbleibt, ist zwar deutlich enger, weil für eine Verlassenschaft nur die im Wege des § 166 StGB ausgenommenen Vermögensdelikte in Frage kommen. Relevant bleibt der neue Enterbungstatbestand aber für Personen, die nicht zum Kreis der Angehörigen nach § 166 Abs 1 StGB zählen, wodurch die Auslegung des OGH der Norm noch einen sinnvollen Regelungsbereich belässt und methodisch nicht zu beanstanden ist.

Zur fortgesetzten Berücksichtigung des § 166 StGB führt auch eine historische Auslegung, weil in den Mat nichts darauf hindeutet, dass der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 von der früheren Rechtslage, den strafrechtl begünstigten Familiendiebstahl an Erbl von der Sanktion der Erbunwürdigkeit auszunehmen, abgehen wollte. Die Verteidigung des „Familienprivilegs“ im Erbrecht durch Pesendorfer,<sup>6</sup> der als Legist des BMJ an der Gesetzwerdung beteiligt war, spricht für das Gegenteil. In den GesetzesMat wird die Erstreckung der Erbunwürdigkeit auf strafbare Handlungen gegen die Verlassenschaft allerdings damit begründet, dass „dadurch der letzte Wille des Verstorbenen oder die gesetzliche Erfolgs faktisch vereitelt wird“.<sup>7</sup> Die Sanktionierung von Angriffen auf den letzten Willen als Erbunwürdigkeitsgrund ist aber in § 540 ABGB aufgehoben und dort als eigenständiger Tatbestand geregelt. § 540 ABGB schützt vornehmlich die von der Vereitelung betroffenen Dritten und nicht (nur) den ErblWillen (arg „Er haftet für jeden einem Dritten dadurch zugefügten Schaden.“). Auch in § 166 Abs 1 StGB genannte Delikte gegen den Nachlass, die die vom erbl Willen getragene Nachlassplanung verhindern oder gefährden (zB Veruntreuung von legiertem Vermögen, Vernichtung von Unterlagen oder Datenbeschädigung zur Hintertreibung einer gesetzl oder letztwillig verfügten Anrechnung, Prozessbetrug<sup>8</sup>), sollten zur Erbunwürdigkeit führen, wenn sie die spezifischen Wertungen des § 540 ABGB verletzen. § 540 ABGB belegt auch jede faktische Handlung mit Erbunwürdigkeit, mit der die gesetzl Erbfolge beeinträchtigt wird oder werden soll.<sup>9</sup> Im vorliegenden Fall hat die Kl zwar nachweislich wahrheitswidrig angegeben, dass ihr die unterschlagenen Wertgegenstände geschenkt worden seien, diese Behauptung wurde aber nur als Indiz für die subjektive Tatseite der angelasteten Unterschlagung (§ 134 StGB) berücksichtigt und von den Beklagten nicht als Betrugsversuch im Kontext des § 540 ABGB aufgegriffen. Der OGH hatte daher keine Gelegenheit, die Erbunwürdigkeit in dieser Richtung zu prüfen.

<sup>2</sup> So Kepplinger, Strafrechtskonexe Erbunwürdigkeit und § 166 StGB, NZ 2023, 482, mit einer ausf Darstellung der geführten Diskussion.

<sup>3</sup> EF-Z 2016, 311f.

<sup>4</sup> Siehe 2 Ob 100/19y zum Strafaufhebungsgrund des Rücktritts vom Versuch.

<sup>5</sup> A. Tschugguel, EF-Z 2016, 312.

<sup>6</sup> Entstehung des Erbrechts, Erbverzicht, Erbschaftserwerb und Verjährung, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des Erbrechts (2016) 23f.

<sup>7</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 5.

<sup>8</sup> 14 Os 40/20v.

<sup>9</sup> RS0133447.