

Eingereicht von
Marlene Bouzek

Angefertigt am
**Institut für Zivilrecht
Abteilung für Allgemeine
Zivilrechtsdogmatik**

Beurteiler
**Univ.-Prof. Dr. Christian
Holzner**

Monat Jahr
Februar 2017

Erbunwürdigkeits- gründe im ErbRÄG 2015



Diplomarbeit aus dem Moot Court Zivilrecht
zur Erlangung des akademischen Grades
Magistra der Rechtswissenschaften
im Diplomstudium
Rechtswissenschaften

EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw. die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Ort, Datum

Unterschrift

I. Einleitung	1
II. Erbfähigkeit	2
A. Allgemeine Voraussetzungen	2
B. Alte Rechtslage	2
C. Neue Rechtslage	3
1. Absolute Erbfähigkeit - Rechtsfähigkeit	3
2. Relative Erbfähigkeit - Erbwürdigkeit	4
a) Zeitpunkt der Erbfähigkeit	4
b) Kritik	5
(1) Strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige	5
(2) Strafbare Handlungen gegen die Verlassenschaft	6
c) Verzeihung	7
(1) Rechtsnatur der Verzeihung	7
(a) Divergierende Rechtsmeinungen zur bisherigen Rechtslage	7
(b) Beilegung des Meinungsstreits durch die neue Rechtslage	8
(2) Kritik an der Regelung der Verzeihung	11
III. Erbunwürdigkeitsgründe	11
A. Konkrete Änderungen in Hinblick auf die Erbunwürdigkeitsgründe	11
B. Absolute Erbunwürdigkeitsgründe iSd §§ 539 f ABGB nF	12
1. § 539 ABGB nF: Strafbare Handlungen gegen den Verstorbenen oder die Verlassenschaft	12
a) Kritik	14
(1) an der Nichtanwendung der Privilegierung des § 166 StGB bei Straftaten gegen die Verlassenschaft	14
(2) am Ausschluss der Verzeihung bei Straftaten gegen die Verlassenschaft	15
2. § 540 ABGB nF: Absichtliche, wenn auch nur versuchte Vereitelung des letzten Willens	16
C. Relative Erbunwürdigkeitsgründe iSd § 541 ABGB nF	18
1. Allgemeine Voraussetzungen	18
a) Testierfähigkeit iSd § 566 ABGB nF	18
b) Sonstige einer Enterbung entgegenstehende Gründe	19
2. § 541 Z 1 ABGB nF: Strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige des Erblassers	20
a) Erweiterung des vom bisherigen Tatbestand des § 540 ABGB aF erfassten Personenkreises	20
b) Fehlende gesetzliche Definition der Lebensgemeinschaft	22
c) Privilegierung iSd § 166 StGB bei Begehung im Familienkreis	23
3. § 541 Z 2 ABGB nF: In verwerflicher Weise Zufügung schweren seelischen Leides	24
a) Schweres seelisches Leid	24
b) Objektiv nachvollziehbare, gesellschaftlich verpönte Handlung	25
c) Intensität der psychischen Beeinträchtigung iSd § 49 EheG	25
d) Verschuldensgrad	26
4. § 541 Z 3 ABGB nF: Gröbliche Vernachlässigung der Pflichten aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern	27
a) Abweichungen vom Tatbestand des § 770 Z 5 ABGB nF	27
b) Verschuldensgrad	28
IV. Literaturverzeichnis	30
V. Abkürzungsverzeichnis	34

I. Einleitung

Das Erbrecht vor dem ErbRÄG 2015, der größten Reform seit der Erlassung des ABGB, entsprach weitestgehend der Urfassung des ABGB. In den letzten 200 Jahren wurde dieser Rechtsbereich von Rechtsprechung und Lehre weiterentwickelt und angepasst. Die damit verbundene Fortentwicklung des geltenden Rechts soll durch die Reform kodifiziert werden. Punktueller Änderungen erfolgten durch die 3. Teilnovelle 1916, das ErbRÄG 1989, das FamErbRÄG 2004 und das neue Außerstreitgesetz.¹

Angestrebt wurden Verbesserungen in Hinblick auf die Übersichtlichkeit der Rechtsordnung, die Stärkung der Testierfreiheit, die Berücksichtigung von Pflegeleistungen und die innerstaatliche Umsetzung der EuErbVO.² Die Reduktion der Pflichtteilsbelastung durch die Erweiterung der Enterbungs- und Erbnunwürdigkeitsgründe sowie die Anpassung an die geänderten wirtschaftlichen, sozialen und gesellschaftlichen Verhältnisse soll bei der Gestaltung letztwilliger Verfügung mehr Freiraum lassen.³

Im Erbrecht soll einerseits die Familienerbfolge als Ausdruck familiärer Solidarität Beachtung finden, andererseits ist es wichtig, die Testierfreiheit des Verstorbenen nicht zu sehr zu beschränken. Das Pflichtteilsrecht soll etwaige familiäre Spannungen ausgleichen, einen teilweisen Verbleib der Vermögenswerte innerhalb der Familie sichern und die finanzielle Unterstützung der Familie bis über den Tod hinaus gewährleisten. Durch die Stärkung der Enterbungs- und Erbnunwürdigkeitsgründe wird die Pflichtteilsbelastung des Nachlasses reduziert und die Testierfreiheit des Verstorbenen gestärkt.⁴ Denn derjenige, der sich am Verstorbenen oder an dessen Vermögen vergriffen hat, verletzt die dem Pflichtteilsrecht zugrundeliegende familiäre Solidarität. Infolgedessen hat er auch sein Recht auf einen Geldanteil am erblasserischen Vermögen verwirkt.⁵

Im Zuge der Reform wurde die Streichung des Pflichtteilsrechts diskutiert.⁶ Der dem Pflichtteilsrecht innewohnende Vorsorgegedanke sei nicht mehr zeitgemäß, denn bedingt durch die

¹ *Pesendorfer*, Die Erbrechtsreform im Überblick Allgemeiner Teil- gewillkürte Erbfolge-gesetzliches Erbrecht-Erbschaftserwerb-Verjährung, iFamZ 2015, (230) 230; *Hofmann*, Gedanken eines Praktikers zum österreichischen Erbrecht, in FS Rudolf Welsch zum 65. Geburtstag (2004), 285 (286).

² ErlRV 688 BlgNR 25. GP 1.

³ *Pesendorfer*, Hintergründe und Ziele der Reform, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg.), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016), 3 (8 f).

⁴ *Jud*, Überlegungen zu einer Reform des Erbrechts, ÖJZ 2008, 551 (551); *Zimmermann*, Erbnunwürdigkeit- die Entwicklung eines Rechtsinstitutes im Spiegel europäischer Kodifikationen, in FS Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010), 463 (503 f); *Scheuba*, Reformen im Erbrecht einzelne Anmerkungen dazu aus der Rechtspraxis, 17. ÖJT Band II/2 (2009), 106 f.

⁵ *Zimmermann* in FS Koziol 505 f.

⁶ *Wendehorst*, Die Reform des österreichischen Erbrechts im Lichte internationaler Entwicklungen, 17. ÖJT Band II/2 (2010), 32.

stetig steigende Lebenserwartung sei die Notwendigkeit einer finanziellen Starthilfe nicht mehr gegeben. Außerdem käme den sozial schlechter gestellten Erben in der heutigen Zeit auch der Sozialstaat zu Hilfe.⁷ Davon kann nicht generell ausgegangen werden. Je nach Lebenssituation kann die Notwendigkeit einer Unterstützung durchaus gegeben sein. In Zeiten zunehmender Entfremdung sollte die familienstützende Funktion des Pflichtteilsrechts nicht übersehen werden, weshalb die Abschaffung nicht indiziert ist.⁸

II. Erbfähigkeit

A. Allgemeine Voraussetzungen

Voraussetzung für den Erbschaftserwerb ist die Erbfähigkeit im Zeitpunkt des Erbanfalls.⁹ Der Erbanfall ist nunmehr in § 536 Abs 1 ABGB nF legaldefiniert. Der Erwerb des Erbrechts durch den Erben fällt idR mit dem Erbfall, dem Tod des Verstorbenen zusammen. Im Zuge des ErbRÄG 2015 wurde die Erbfähigkeit in § 538 ABGB nF neu kodifiziert: „Erbfähig ist, wer rechtsfähig und erbwürdig ist.“ Die bisherige Regelung in §§ 538 f ABGB aF wurde ersatzlos gestrichen.

B. Alte Rechtslage

Nach der bis 31.12.2016 geltenden Rechtslage unterschied man zwischen absoluter und relativer Erbfähigkeit.¹⁰ Relativ erbfähig und somit gegenüber bestimmten Personen vom Erbrecht ausgeschlossen waren jene Personen, die einen Erbwürdigkeitsgrund gem §§ 540 ff ABGB aF verwirklicht hatten.¹¹

Absolut erbfähig waren all jene natürlichen und juristischen Personen, die niemanden beerben konnten. Insbesondere juristische Personen, die in ihrer Satzung auf ihre Vermögensfähigkeit verzichtet haben, waren gem § 538 ABGB aF gegenüber jedermann erbfähig.¹² Dasselbe galt für die Anwendungsfälle des Retorsionsrechts gem § 33 ABGB. Ausländern wurde der Erwerb von Todes wegen verwehrt, sofern die Rechtsordnung ihres Heimatstaates Österreicher im Vergleich zu Staatsangehörigen benachteiligte.¹³ Diese Norm ist wegen ihrer geringen Anwendungsfälle

⁷ *Rabl/Spitzer*, Der Pflichtteil hat seine Berechtigung verloren, Die Presse 2007/20/05.

⁸ *Scheuba*, 17. ÖJT Band II/2, 115; *Welser*, Erbrechtsreform in Deutschland - ein Vorbild für Österreich?, NZ 2008, 257 (259).

⁹ *Pesendorfer*, Entstehung des Erbrechts, Erbverzicht, Erbschaftserwerb und Verjährung, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 17 (19).

¹⁰ ErIRV 688 BlgNR 25. GP 5.

¹¹ *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 538 ABGB Rz 2.

¹² *Likar-Peer*, Der Ausschluss vom Erbrecht, in *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht. Ein Handbuch für die Praxis (2007), 284; *Kralik*, Erbrecht (1983) 35.

¹³ *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 284; *Kralik*, Erbrecht 35.

ohne praktische Relevanz und verletzt das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV und Art. 14 EMRK).¹⁴

Der Verweis des § 538 ABGB aF auf die entsprechenden politischen Vorschriften war gegenstandslos, weil diese bereits durch das 1. Bundesrechtsbereinigungsgesetz (BGBl. I 1999/191) gestrichen wurden.¹⁵ Mangels jeglicher Bestimmungen waren auch kirchliche juristische Personen vor der Streichung des § 539 ABGB aF nicht mehr absolut erbunfähig.¹⁶ Deswegen erübrige sich die „Übernahme der Entsagung überhaupt“, so die Materialien zum ErbRÄG 2015.¹⁷

C. Neue Rechtslage

Nach der ab 1.1.2017 geltenden Rechtslage wird die Rechtsfähigkeit als absolute Erbfähigkeit und die Erbwürdigkeit als relative Erbfähigkeit bezeichnet.¹⁸ Die relative Erbfähigkeit wird weiter in absolute und relative Erbuwürdigkeit unterteilt. Relativ erbfähig ist jeder, der keinen der in den §§ 539 ff ABGB aufgezählten Tatbestände verwirklicht hat.

1. Absolute Erbfähigkeit - Rechtsfähigkeit

Die Erbfähigkeit ist entsprechend den Materialien zum ErbRÄG 2015 Teil der allgemeinen Rechtsfähigkeit und erfasst damit die absolute Erbfähigkeit.¹⁹ Grundsätzlich ist eine juristische Person, sofern ihr von Gesetzes wegen die nötige Rechtsfähigkeit verliehen wurde, ex-lege absolut erbfähig. Juristische Personen, die in ihrer Satzung auf ihre Vermögensfähigkeit verzichtet haben, besitzen die für den Erbschaftserwerb notwendige Rechtsfähigkeit nicht. In diesem Fall sind sie absolut erbunfähig.

Fraglich ist, ob trotz der legislativen Änderungen des ErbRÄG 2015 noch Fälle der absoluten Erbuwürdigkeit existieren.²⁰ Zu bedenken sind insbesondere die wenigen Anwendungsfälle des § 33 ABGB sowie der satzungsmäßige Verzicht juristischer Personen auf ihre Vermögensfähigkeit.²¹ Nach der bisher geltenden Rechtslage waren diese Personen absolut

¹⁴ *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 33 Rz 3 f; *E. Wagner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 33 ABGB Rz 2.

¹⁵ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 538 Rz 4; *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 539 ABGB Rz 2.

¹⁶ *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (20); ErlRV 688 BlgNR 25. GP 4.

¹⁷ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 4.

¹⁸ *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (19).

¹⁹ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 4.

²⁰ *Hofmair*, Erbuwürdigkeit und Enterbung nach dem ErbRÄG 2015, JEV 2016, 47 (48); *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (20).

²¹ *Kralik*, Erbrecht 35; so zum Ministerialentwurf *Schauer/Motal/Reiter/Hofmair/Wöss*, 25/SN-100/ME 25. GP 7.

erbunwürdig. Zweifelhaft ist, ob diese Abkehr von der absoluten Erbunfähigkeit beabsichtigt war. *Apathy* bestätigt den Entfall der absoluten Erbunwürdigkeitsgründe. *Zöchling-Jud* und *Schauer* sehen dies mit Blick auf das Retorsionsrecht kritisch.²² Folgt man der Rechtsansicht *Apathys*, ist jede natürliche und juristische Person ex-lege absolut erbfähig.²³

2. Relative Erbfähigkeit - Erbunwürdigkeit

Wie bereits erwähnt, wird die relative Erbfähigkeit weiter in absolute und relative Erbunwürdigkeitsgründe unterteilt. Die relativen Erbunwürdigkeitsgründe gem § 541 ABGB nF nehmen eine Mittelstellung zwischen den absoluten Erbunwürdigkeitsgründen gem §§ 539 f ABGB nF und den Enterbungsgründen nach § 770 ABGB nF ein. Die absoluten Erbunwürdigkeitsgründe führen, unabhängig von der Möglichkeit des Verstorbenen, eine Enterbung vorzunehmen, bei Setzung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens ex-lege zum Verlust des gesetzlichen Erbrechts, des Pflichtteils und des Vermächtnisses. Die relativen Erbunwürdigkeitsgründe führen gem § 541 ABGB nF nur dann zur Erbunwürdigkeit, wenn der Verstorbene aufgrund seiner Testierunfähigkeit, aus Unkenntnis oder aus sonstigen Gründen nicht in der Lage war, eine Enterbung vorzunehmen.²⁴

Die Erbunwürdigkeit soll die Testierfreiheit stärken und in jenen Fällen greifen, in denen es dem Verstorbenen aus in der Natur der Sache liegenden Gründe nicht möglich war, eine Enterbung anzuordnen, zB Tötung des Erblassers durch den pflichtteilsberechtigten Erben. Im Vordergrund steht der tatsächliche Wille des Verstorbenen. Kann dieser nicht ermittelt werden, soll der hypothetische maßgeblich sein.

a) Zeitpunkt der Erbfähigkeit

Die Erbfähigkeit muss gem § 536 Abs 2 ABGB nF im Zeitpunkt des Erbanfalls vorliegen.²⁵ Die relative Erbfähigkeit kann jedoch gem § 543 Abs 2 ABGB nF auch nachträglich entfallen, wenn man nach dem Tod des Erblassers gem § 539 ABGB nF eine strafbare Handlung gegen die Verlassenschaft begeht oder gem § 540 ABGB nF absichtlich den letzten Willen des Verstorbenen vereitelt oder zu vereiteln versucht.²⁶

²² *Zöchling-Jud*, die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht - Erbrechtsänderungsgesetz 2015 (2015) 71 (84); so zum Ministerialentwurf *Schauer/Motal/Reiter/Hofmair/Wöss*, 25/SN-100/ME 25. GP 7.

²³ *Apathy*, Studienkonzept Zivilrecht VII: Erbrecht⁵ (2015) Rz 9/4.

²⁴ ErIRV 688 BlgNR 25. GP 5.

²⁵ ErIRV 688 BlgNR 25. GP 4; so zum Ministerialentwurf *Schauer/Motal/Reiter/Hofmair/Wöss*, 25/SN-100/ME 25. GP 7; *Schauer/ Motal/ Reiter/ Hofmair/ Wöss*, Erbrechtsreform: Paradigmenwechsel oder Window Dressing?, JEV 2015, 40 (43).

²⁶ ErIRV 688 BlgNR 25. GP 5.

Bis zum ErbRÄG 2015 enthielt das ABGB keine Bestimmung betreffend den nachträglichen Verlust der Erbfähigkeit. Die hA²⁷ nahm an, dass dieser, außer im Fall des § 542 ABGB aF, unschädlich sei. Von dieser bisher vertretenen Ansicht weicht § 543 ABGB nF nur geringfügig ab. Denn die Vereitelung des letzten Willens führte auch nach der alten Rechtslage zum nachträglichen Verlust der Erbfähigkeit.

b) Kritik

(1) Strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige

Diese Bestimmung des § 543 Abs 2 ABGB nF führt jedoch nach wie vor zu widersprüchlichen Ergebnissen. Aufgrund des nun eindeutigen Gesetzeswortlauts führen strafbare Handlungen gegen Angehörige des Verstorbenen nur zu dessen Lebzeiten zur Erbuwürdigkeit. Dies wurde schon nach der bisher geltenden Rechtslage kritisiert.²⁸ *Jud* vertrat bezüglich strafbarer Handlungen gegen nahe Angehörige eine dem OGH widersprechende Ansicht. Ihre Argumentation stützt sich auf die Prämisse, dass die Wendung „gegen den Erblasser“ im privatrechtlichen Sinn zu verstehen sei, weshalb auch Handlungen, die sich gegen die Familienrechtssphäre des Verstorbenen richten, vom Tatbestand des § 540 1. Fall ABGB aF erfasst sind. Somit erschien es nicht gerechtfertigt, strafbare Handlungen nach dem Tod des Verstorbenen ohne Folgen zu lassen und lediglich Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen wegen Irrtums anzunehmen. Der OGH vertrat jedoch die Ansicht, dass nur Handlungen, die sich gegen die Person des Verstorbenen richten, beachtlich sein sollen. Deshalb erschien es, seiner Rechtsansicht folgend, konsequent, nach dem Tod erfolgte Handlungen vom Anwendungsbereich auszunehmen. *Kralik* wendet ein, die Erbfähigkeit solle nur dann nach dem Zeitpunkt des Erbanfalls bestimmt werden, wenn Sinn und Zweck der Norm dies verlangen.²⁹

Die Kritik *Juds* hinsichtlich der strengen Zäsur der Erbfähigkeit ist für die neue Rechtslage weiterhin relevant.³⁰ Denn im Ergebnis bringt das ErbRÄG 2015 idZ keine wesentlichen Änderungen zur bisher geltenden Rechtslage. Strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige des Verstorbenen sind nach dessen Tod ohne Folgen. Der eindeutige Gesetzeswortlaut des § 543 Abs 2 ABGB nF beschränkt den nachträglichen Verlust der Erbfähigkeit auf die Erbuwürdigkeitsgründe der §§ 539 f ABGB nF. Eine Ausdehnung der Regelung auf den Anwendungsbereich des § 541 ABGB nF wäre jedoch sinnvoll gewesen. Denn nach dem Tod des Verstorbenen ist dieser aus sonstigen, in der Natur der Sache liegenden Gründen, nicht mehr in

²⁷ *Jud*, § 540 ABGB-Erbuwürdigkeit und Tod des Erblassers, NZ 2006, 70; Anm zu OGH *Kogler* 7 Ob 43/07k, NZ 2008, 83 (85); *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 540 Rz 5; *Eccher* in *Schwimmann*, ABGB⁴ III § 540 Rz 10; *Kralik*, *Erbrecht* 42; *Ehrenzweig*, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, Familien und Erbecht III/2 (1924) 372; *Weiß* in *Klang*² III (1951) 99; *Unger*, *Erbrecht*⁴ (1864) 24 Anm 12.

²⁸ *Jud*, NZ 2006, 70 (73).

²⁹ *Kralik*, *Erbrecht* 42.

³⁰ *Jud*, NZ 2006, 70 (73); *Hofmair*, JEV 2016, 47 (49).

der Lage, eine Enterbung anzuordnen, weshalb die relativen Erbunwürdigkeitsgründe des § 541 ABGB nF zur Anwendung kommen könnten.³¹ Dem Vorschlag *Kraliks* folgend muss man sich fragen, ob es Sinn und Zweck des § 541 ABGB nF folgend nicht geboten erscheint, strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige des Verstorbenen auch nach dessen Tod nicht zu billigen. Denn auch nach seinem Ableben wird es weiterhin seinem hypothetischen Willen entsprechen, diesen Personen keine erbrechtlichen Vorteile zukommen zu lassen.

Likar-Peer wendet ein, dass die Beschränkung des § 543 ABGB nF gerechtfertigt sei, weil diese im Einklang mit der bisher herrschenden Meinung zu § 540 1. Fall ABGB aF stehe.³² Auch wenn teilweise eine Ausdehnung des § 540 ABGB aF auf Straftaten gegen nahe Angehörige vertreten wurde³³, so war die Lehre einhellig der Meinung, dass diese nach dem Tod des letztwillig Verfügenden unbeachtlich seien.³⁴ *Kogler* freilich sah diesbezüglich Handlungsbedarf seitens des Gesetzgebers.³⁵

(2) Strafbare Handlungen gegen die Verlassenschaft

Zusätzlich ist zu bedenken, dass die Verlassenschaft als juristische Person bis zum Erbschaftserwerb existiert, weshalb der nachträgliche Verlust der Erbfähigkeit gem § 543 Abs 2 ABGB nF lange über den Tod des letztwillig Verfügenden hinaus greifen würde. Erst nach erfolgter Einantwortung kann der Erbunwürdigkeitsgrund des § 540 ABGB nF nicht mehr verwirklicht werden. Unter Umständen dauern Verlassenschaftsverfahren viele Jahre. Während dieses Zeitraums verwirkt der abredewidrige Zugriff auf Vermögenswerte des Verstorbenen, zB auf ein gemeinsames Konto, den Erwerb von Todes wegen.³⁶ Die, wenn auch nur versuchte, Vereitelung des letzten Willens führt sogar nach erfolgter Einantwortung zum Verlust der Erbfähigkeit. Vermutlich entspricht dies weniger dem hypothetischen Willen des Verstorbenen als dem Willen anderer am Vermögen des Verstorbenen interessierter Personen, zB eines Gläubigers der Verlassenschaft.

Unklar ist, wie lange die Vereitelung des letzten Willen des Verstorbenen zur Erbunwürdigkeit führt.³⁷ Für die absolute Grenze der Geltendmachung dieses Erbunwürdigkeitsgrundes wird nach

³¹ Der Natur der Erbunwürdigkeitsgründe entsprechend nur § 541 Z 1 ABGB nF.

³² *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 73; *Welser* in *Rummel*, ABGB³ § 546 Rz 1.

³³ *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 286 f; *Jud*, NZ 2006, 70 (71 ff); *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ III § 540 Rz 9.

³⁴ *Jud*, NZ 2006, 70 (73 ff); *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 292; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ III § 540 Rz 10.

³⁵ Anm zu OGH *Kogler* 7 Ob 43/07k, NZ 2008, 83 (85).

³⁶ *Rabl*, Erbrechtsreform 2015-Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (329).

³⁷ *Hofmair*, JEV 2016, 47 (49).

Ansicht *Juds* die Verjährung der Erbschaftsklage maßgeblich sein.³⁸ Die diesbezügliche Verjährungsfrist beträgt bei natürlichen Personen 30 Jahre, gegenüber juristischen Personen 40 Jahre.³⁹ Bedenkt man jene Fälle, in denen die Erben erst Jahre nach erfolgter Einantwortung ein in Vergessenheit geratenes oder verschollenes Testament entdecken, so wären sie verpflichtet, diesen Irrtum aufzuklären. Tun sie dies nicht, vereiteln sie den letzten Willen des Verstorbenen und verlieren nachträglich ihre Erbfähigkeit.

Nach der ab 1.1.2017 geltenden Rechtslage werden Taten gegen das Vermögen des Verstorbenen, weil sie auch nach dem Tod des Verstorbenen beachtlich sind, strenger sanktioniert als solche gegen nahe Angehörige des Verstorbenen.⁴⁰

c) Verzeihung

Verzeihung beseitigt die Erbunwürdigkeit. Nach dem neuen, nun eindeutigen Gesetzeswortlaut ist sie bei allen Erbunwürdigkeitsgründen möglich. Der bisherige Meinungsstreit wurde damit beigelegt.⁴¹ Nicht ausreichend ist es, wenn der letztwillig Verfügende jedem, der ihm Böses angetan hat, aus ethischen oder religiösen Gründen verzeihen will, so *Kralik*.⁴² Eine Subsumtion unter den konkreten strafrechtlichen Tatbestand wird jedoch nicht gefordert.⁴³

(1) Rechtsnatur der Verzeihung

(a) Divergierende Rechtsmeinungen zur bisherigen Rechtslage

Über die Rechtsnatur der Verzeihung herrschte nach der bisherigen Rechtslage Uneinigkeit.⁴⁴ An diesen Streitpunkt anknüpfend stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit des letztwillig Verfügenden zu stellen sind.⁴⁵ Lediglich die Vertretungsfeindlichkeit und die Höchstpersönlichkeit der Verzeihung sind unbestritten.⁴⁶

³⁸ *Jud*, NZ 2006, 70 (76).

³⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 2455.

⁴⁰ *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud* 71 (86); bereits zur bisherigen Rechtslage kritisch *Ferrari* in *Ferrari*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, 17. ÖJT Band II/2 (2010), 71.

⁴¹ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 nF Rz 85.

⁴² *Kralik*, Erbrecht 37.

⁴³ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 540 Rz 3.

⁴⁴ *Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 1 (7); *Kralik*, Erbrecht 37.

⁴⁵ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 85.

⁴⁶ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 43.

*Kralik*⁴⁷, *Eccher*⁴⁸ und *Likar-Peer*⁴⁹ waren bisher der Meinung, die Verzeihung müsse eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sein, denn nur diese könne Rechtsfolgen auslösen und somit die Erbunwürdigkeit beseitigen. Eine rechtswirksame Willenserklärung erfordert jedoch die Geschäftsfähigkeit des Verfügenden.⁵⁰ E contrario muss man, um im Erbrecht mit rechtsgestaltender Wirkung Verfügungen treffen zu können, testierfähig sein,⁵¹ weshalb auch im Fall der Verzeihung die Testierfähigkeit eine unabdingbare Voraussetzung ist.⁵² *Welser*⁵³ qualifiziert die Verzeihung als Willensmitteilung und verzichtet auf die Geschäftsfähigkeit des Verzeihenden. *Likar-Peer*⁵⁴ wendet ein, dass auf Willensmitteilungen die Vorschriften über Rechtsgeschäfte anzuwenden seien, weshalb auch hier die Geschäftsfähigkeit notwendig ist.⁵⁵ *Handl*⁵⁶ und *Weiβ*⁵⁷ gehen davon aus, dass es sich um eine Rechtstatsache, nämlich um eine innere Tatsache des Seelenfriedens handelt.

(b) Beilegung des Meinungsstreits durch die neue Rechtslage

Der Gesetzgeber hält in den Erläuterungen zum ErbRÄG 2015 fest, der Verstorbene müsse zu erkennen geben, dass er dem Erben verzeihen habe, und verweist auf die sinngemäße Anwendung⁵⁸ der § 284d Abs 2, § 284g ABGB und § 10 Abs 2 PatVG. Er verzichtet ausdrücklich auf die Testierfähigkeit.⁵⁹ Ein gemindertes Maß an Einsichts- und Urteilsfähigkeit reicht aus, um rechtskräftig verzeihen zu können.⁶⁰ Die Verzeihung, die bis zuletzt das Selbstbestimmungsrecht des letztwillig Verfügenden wahren soll, muss Ausdruck der noch vorhandenen minimalen Fähigkeit zur Willensbildung sein.⁶¹ Deshalb reicht die bloße Reaktion auf von Anderen Vorgegebenes nicht aus.⁶²

⁴⁷ *Kralik*, Erbrecht 37.

⁴⁸ *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ III § 540 Rz 20.

⁴⁹ *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 292.

⁵⁰ *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 21 Rz 4.

⁵¹ *Apathy* in *KBB*² § 566 Rz 1.

⁵² *Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 1 (7); *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 292; *Kralik*, Erbrecht 38.

⁵³ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 540 Rz 3; dieser Ansicht folgend *Jud* NZ 2006, 70 (74).

⁵⁴ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 nF Rz 43.

⁵⁵ *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 859 Rz 20.

⁵⁶ *Handl* in *Klang* II/1, 51

⁵⁷ *Weiβ* in *Klang*² III 101.

⁵⁸ ErIRV 688 BlgNR 25 GP 5; *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (27).

⁵⁹ ErIRV 688 BlgNR 25 GP 5.

⁶⁰ ErIRV 688 BlgNR 25 GP 29.

⁶¹ *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 284d ABGB Rz 9.

⁶² *Stabenheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 284d Rz 3.

Über die Rechtsnatur der Verzeihung äußert sich der Gesetzgeber jedoch nicht. Nimmt man den Verweis des Gesetzgebers auf die Paragraphen § 284d Abs 2, § 284g ABGB und § 10 Abs 2 PatVG ernst, so darf an die Verzeihung kein strengerer Maßstab angelegt werden als etwa an den Widerruf der Angehörigenvertretung. Deshalb muss das diesen Bestimmungen zugrundeliegende Regelungskonzept entsprechend der Anordnung des Gesetzgebers Beachtung finden. Die §§ 284d Abs 2, 284g ABGB und § 10 Abs 2 PatVG stellen nur auf den natürlichen Willen des Geschäftsfähigen ab.⁶³ Für den Widerruf der Vertretungsvollmacht gem § 284d Abs 2 ABGB sind die strikten Standards der Rechtsgeschäftslehre nicht anzuwenden. *Stabentheiner*⁶⁴ begründet dies wie folgt: Man stellt auf den natürlichen Willen des Betroffenen ab und verzichtet auf seine Geschäftsfähigkeit, um sein Selbstbestimmungsrecht bis zuletzt zu wahren. Würde man trotzdem auf den Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre beharren, so würde dies der eigentlichen Zielsetzung, dem Betroffenen unkompliziert eigenverantwortliche Entscheidungen zu ermöglichen, zuwider laufen.

Zusätzlich ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber in den Materialien ausdrücklich auf die im Erbrecht erforderliche Geschäftsfähigkeit, die Testierfähigkeit des letztwillig Verfügenden verzichtet. In diesem Zusammenhang ist der Einwand *Likar-Peers* zum bisherigen Meinungsstreit betreffend die Rechtsnatur der Verzeihung zu beachten.⁶⁵ Sie wendet ein, dass auch auf Willensmitteilungen die Vorschriften über Rechtsgeschäfte anzuwenden seien, weshalb die Geschäftsfähigkeit jedenfalls eine unabdingbare Voraussetzung sei. Sofern die Geschäftsfähigkeit nicht verlangt werde, könne die Verzeihung weder als Willensmitteilung noch als Willenserklärung eingeordnet werden.⁶⁶

Wie bereits oben erwähnt, gingen *Handl* und *Weiß* davon aus, die Verzeihung sei eine Rechtstatsache, nämlich eine innere Tatsache des Seelenfriedens, an deren Vorliegen das Gesetz unmittelbare Folgen knüpfe, und keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Diese sei nicht zugangsbedürftig, müsse jedoch nach außen in Erscheinung treten, damit sie ihre Wirkung entfalten könne.⁶⁷ Sowohl *Weiß*⁶⁸ als auch *Handl*⁶⁹ verweisen auf rechtsähnliche Fälle der Verzeihung. Auch in anderen Rechtsbereichen müsse entsprechend der Natur der Verzeihung der subjektive innere Vorgang, der Vergebungswille des Verzeihenden, hinreichend deutlich nach

⁶³ *Hopf* in *KBB* §284d-284e Rz 3.

⁶⁴ *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 284d Rz 4; zum selben Ergebnis kommend *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 284d Rz 7.

⁶⁵ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 43.

⁶⁶ *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 859 Rz 20.

⁶⁷ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 43.

⁶⁸ *Weiß* in *Klang*² III 100 f;

⁶⁹ *Handl* in *Klang* II/1, 51.

außen hin in Erscheinung treten.⁷⁰ *Likar-Peer* spricht sich nun ebenfalls gegen eine Einstufung als Willenserklärung oder Willensmitteilung aus, denn die Perfektion des seelischen Vorgangs stehe im Vordergrund.⁷¹ Der Ansicht *Handls*⁷² und *Weiß*⁷³ zur alten Rechtslage und der revidierten Ansicht *Likar-Peers*⁷⁴ sollte mE gefolgt werden.

Dieser soeben geschilderten Rechtsansicht folgend muss die Verzeihung weiterhin höchstpersönlich und somit vertretungsfeindlich sein, weil der seelische Vorgang des letztwillig Verfügenden im Mittelpunkt steht.

Diesem, nun auch in Österreich beigelegten⁷⁵, Meinungsstreit wird in vielen Ländern Europas bewusst entgegen gewirkt. Um rechtswirksam verzeihen zu können, müssen zumindest die testamentarischen Formerfordernisse erfüllt sein. Dies trägt zur Stärkung der Rechtssicherheit bei.⁷⁶ Durch die nun geänderte Rechtslage wurde dies jedoch nicht verwirklicht. *Scheuba*⁷⁷ gibt insofern zu bedenken, dass die Verzeihung in einem Spannungsverhältnis zum Pflegevermächtnis steht. Durch die Pflege des letztwillig Verfügenden kann der Erbe behaupten, die Duldung der Pflegeleistungen sei ein Akt der Verzeihung. Gelingt ihm dies, erlangt er seine Erbfähigkeit zurück und hat zusätzlich Anspruch auf ein Pflegevermächtnis. Der Beweis, das Verhalten des letztwillig Verfügenden sei keine Verzeihung, wird schwer zu erbringen sein, insbesondere in Fällen der so genannten Geiselpflege. Dies führe zu unerwünschten Ergebnissen und erhöhe das Missbrauchspotential. Es wird gefordert, dass im Hinblick auf eine mögliche Verzeihung der Wille des Verzeihenden eindeutig aus seinem Verhalten hervorgeht, weil es dem Testierunfähigen oftmals nicht möglich sein wird, sich seinen pflegenden Angehörigen auszusuchen.⁷⁸

⁷⁰ *Rilk*, Das neue Eherecht (1938) § 56 EheG I. 1a. 238f; so auch die nun hA zu § 56 EheG. *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 56 EheG Rz 2; *Gruber* in *Schwimmann*, ABGB³ I § 56 EheG Rz 2; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 56 EheG Rz 2.

⁷¹ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 86.

⁷² *Handl* in *Klang* II/1, 51

⁷³ *Weiß* in *Klang*² III 101.

⁷⁴ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 85. Sie qualifizierte die Verzeihung bisher als Willenserklärung und setzte die Testierfähigkeit voraus.

⁷⁵ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 85.

⁷⁶ *Zimmermann* in FS Koziol 507.

⁷⁷ So zum Ministerialentwurf *Scheuba*, 14/SN-100/ME 25. GP 15.

⁷⁸ *Barth*, Das neue Pflichtteilsrecht, iFamZ 2015, 237 (240); *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform konsolidierte Gesetzestexte - Hervorhebung der Änderungen - Materialien und Anmerkungen 2015 (2015) § 773 ABGB.

(2) Kritik an der Regelung der Verzeihung

Im Zusammenhang mit der Verzeihung kritisieren *Christandl* und *Nemeth* die Regelung des § 541 ABGB nF als widersprüchlich.⁷⁹ Einerseits tritt die relative Erbunwürdigkeit ein, wenn der letztwillig Verfügende mangels Testierfähigkeit keine Enterbung mehr vornehmen konnte. Andererseits kann er weiterhin rechtswirksam verzeihen, obwohl er die ohnehin geringen Anforderungen an die Testierfähigkeit nicht mehr erfüllt. Diese Kritik beruht auf jener Prämisse, die die Verzeihung als Willenserklärung qualifiziert und folglich die Testierfähigkeit des Verzeihenden voraussetzt. Diese Rechtsansicht kann aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Materialien zum ErbRÄG 2015 aber mE nicht mehr aufrecht erhalten werden.⁸⁰

Die Widerruflichkeit der Verzeihung wurde, entgegen der Forderung von *Christandl* und *Nemeth*, im Zuge des ErbRÄG 2015 nicht geklärt und bleibt somit weiterhin strittig.⁸¹ Folgt man der Rechtsansicht *Handls* und *Likar-Peers*, ist ein Widerruf iSd rechtsgeschäftlichen Theorie mangels Vorliegens einer Willenserklärung nicht möglich.⁸² Das diesbezügliche Verhalten des letztwillig Verfügenden, das als Widerruf interpretiert werden kann, ist lediglich ein Beweis dafür, dass kein ernstlicher Verzeihungswille vorhanden war.

Im Ergebnis ist die Qualifikation der Verzeihung als innere Tatsache des Seelenfriedens mE zu begrüßen. Denn dem Verstorbenen soll bis zuletzt die Möglichkeit gegeben werden, in die von ihm hinterlassene Ordnung eingreifen zu können. Für die Praxis bedeutet dies jedoch eine Fülle an potentiellen Reibungspunkten.

III. Erbunwürdigkeitsgründe

A. Konkrete Änderungen in Hinblick auf die Erbunwürdigkeitsgründe

Der Verweis in § 770 ABGB aF auf die Erbunwürdigkeitsgründe wurde gestrichen. In § 770 ABGB nF werden die Enterbungsgründe abschließend aufgezählt, sie decken sich weitgehend mit den Erbunwürdigkeitsgründen der §§ 539 ff ABGB nF.

⁷⁹ *Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 1 (7).

⁸⁰ ErlRV 688 BlgNR 25 GP 5. „Damit soll deutlich gemacht werden, dass es (dem Regelungskonzept der §§ 284d Abs. 2, 284g und § 10 Abs. 2 PatVG folgend) darauf ankommt, dass der Verstorbene – auch wenn er nicht mehr testierfähig ist – ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder bloß durch ein schlüssiges Verhalten zum Ausdruck gebracht hat, dass er dem Erbunwürdigen sein Fehlverhalten nicht mehr nachträgt.“

⁸¹ *Hofmair*, JEV 2016, 47 (50); *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 540 ABGB Rz 6; so zum Ministerialentwurf *Christandl/Nemeth*, 40/SN-100/ME 25. GP 2; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1892; *Weiße* in *Klang*² III 101; *Kralik*, Erbrecht 38.

⁸² *Handl* in *Klang* II/1, 51.

Zum Verlust des gesetzlichen Erbrechts führen nach wie vor strafbare Handlungen gegen den Verstorbenen gem § 539 ABGB nF und § 770 Z 1 ABGB nF. Hinzu kommen strafbaren Handlungen gegen die Verlassenschaft, die ebenfalls zur Erbunwürdigkeit führen.

Im Fall des § 540 und § 770 Z 3 ABGB nF wurde die absichtliche, wenn auch nur versuchte, Vereitelung des Willens des letztwillig Verfügenden in das Gesetz aufgenommen. Das tatbestandsmäßige Verhalten kann nun verziehen werden.

Um eine Anpassung an die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse zu erreichen, wurden strafbare Handlungen gegen den Lebensgefährten in den Tatbestand der Erbunwürdigkeitsgründe aufgenommen. § 541 Z 1 ABGB nF umfasst nun strafbare Handlungen gegen den Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten des Verstorbenen oder dessen Verwandte in gerader Linie.⁸³ Neu ist die Enterbung aufgrund strafbarer Handlung gegen nahe Angehörige gem § 770 Z 2 ABGB nF. Der Angehörigenbegriff des § 541 Z 1 nF ABGB deckt sich nicht mit jenem des § 770 Z 2 ABGB nF. Letzterer ist weiter gefasst, und es bilden auch strafbare Handlungen gegen Geschwister des Verstorbenen, deren Kinder, Ehegatten, eingetragenen Partner und gegen Lebensgefährten und Stiefkinder des Verstorbenen einen Enterbungsgrund.

Neu ist außerdem die Erbunwürdigkeit sowie die Möglichkeit der Enterbung wegen Zufügung schweren seelischen Leides gem § 541 Z 2 und gem § 770 Z 4 ABGB nF.

Verletzt man die aus dem Eltern-Kind-Verhältnis resultierenden Pflichten, so greift der Erbunwürdigkeitsgrund des § 541 Z 3 ABGB nF. Gem § 770 Z 5 ABGB nF ist eine Enterbung wegen der Vernachlässigung sonstiger familiärer Pflichten möglich. Dieser umfasst nun auch die eheliche Treuepflicht und deckt ein weiteres Spektrum ab. Fragwürdig ist, ob diese Ausdehnung beabsichtigt war.⁸⁴

B. Absolute Erbunwürdigkeitsgründe iSd §§ 539 f ABGB nF

1. § 539 ABGB nF: Strafbare Handlungen gegen den Verstorbenen oder die Verlassenschaft

Erbunwürdig ist nach wie vor derjenige, der gegen den *Verstorbenen* eine strafbare Handlung verübt hat, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist. Neu ist dagegen die strafbare Handlung gegen die *Verlassenschaft*. Auch hier wird Vorsatz und ein Strafmaß von über einem Jahr verlangt. Ohne Erfolg wurde im Zuge des Reformprozesses vielfach gefordert, das Strafmaß von einem Jahr zu senken, weil die Norm in der Praxis ohne Anwendungsbereich sei.⁸⁵

⁸³ *Pesendorfer*, Enterbungs- und Erbunwürdigkeitsgründe nach dem ErbRÄG 2015, iFamZ 2015, 230 (231).

⁸⁴ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 108.

⁸⁵ *Welser*, Reform des österreichischen Erbrechts, 17. ÖJT Band II/1 (2009), 28.

Kritisiert wird nach wie vor das Wort „Nur“ („eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat, die *nur* vorsätzlich begangen werden kann“) im Tatbestand des § 539 ABGB nF.⁸⁶ Nach Meinung mancher soll nicht auf eine vorsätzlich begehbare Straftat abgestellt werden, sondern die vorsätzliche Begehung durch den Täter selbst im Vordergrund stehen.⁸⁷ Kann eine Tat sowohl fahrlässig als auch vorsätzlich begangen werden, so ist diese strafbare Handlung nur bei vorsätzlichem Handeln relevant. Bei fahrlässigem Handeln bleibt der Täter erbwürdig, auch wenn die Strafdrohung von einem Jahr überschritten worden wäre. *Kralik* meinte schon zur alten Rechtslage, dass eine Tat, die schon bei Fahrlässigkeit strafbar ist, einen höheren Unwert besitzt, als eine Tat, die nur bei Vorsatz strafbar ist. Zu denken ist hier insbesondere an die fahrlässige Körperverletzung oder die fahrlässige Tötung des letztwillig Verfügenden. Diese Kritik wurde im Zuge des ErbRÄG 2015 nicht behandelt.

Der Vorsatz des Täters bedarf nach *Likar-Peer* einer vom Strafrecht abweichenden zivilrechtlichen Beurteilung. Dies resultiert aus der unterschiedlichen Teleologie dieser beiden Rechtsbereiche. Im Erbrecht sind Angriffe gegen den hypothetischen Willen des Verstorbenen oder Eingriffe in die vom Verstorbenen hinterlassene Ordnung beachtlich.⁸⁸ Im Strafrecht hingegen soll die individuelle Gefährlichkeit des Einzelnen und die erzieherische Wirkung der Strafe gegenüber der Allgemeinheit im Vordergrund stehen.⁸⁹ Aus diesem Grund müsse sich der Vorsatz des Täters im Erbrecht gegen den Verstorbenen selbst oder gegen ein Rechtsgut der Verlassenschaft richten.⁹⁰ Deshalb kann ein diesbezüglicher Irrtum, der *error in persona vel objecto*, der im Strafrecht unbeachtlich ist⁹¹, im Erbrecht nicht außer Acht gelassen werden. Irrt sich der Täter über die Identität des Opfers, und wollte er nicht den Verstorbenen, sondern eine andere Person treffen, so ist dies im Erbrecht zugunsten des Täters zu berücksichtigen. Dasselbe gilt in Hinblick auf den Irrtum bezüglich der konkreten Eigentumsverhältnisse. Im Strafrecht ist die Fremdheit der vom Täter ins Auge gefassten Sache ausreichend, um eine Strafbarkeit zu begründen. Unterliegt der Täter im Erbrecht einem diesbezüglichen Irrtum, weil er denkt, die Sache gehöre nicht dem Erblasser, so begründet sein Handeln keine Erbwürdigkeit.

Auch die Judikatur des OGH sieht von einer strikten dem Strafrecht gleichlaufenden Beurteilung ab, wenn dies zur Verwirklichung des hypothetischen Willens des Verstorbenen nicht geboten

⁸⁶ *Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 1 (6).

⁸⁷ *Kralik*, Erbrecht 35, Fn 3; *Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 1 (6) Fn 46.

⁸⁸ *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 540 Rz 1; *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 542 Rz 1.

⁸⁹ *Kienapfel/Höpfel/Kert* AT¹⁴ (2012) Z 2 Rz 9 f; Der Gesetzgeber nimmt in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ausdrücklich Bezug auf diese unterschiedliche Terminologie ErlRV 688 BlgNR 25. GP 5.

⁹⁰ *Likar-Peer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 nF Rz 68; *Likar-Peer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 20.

⁹¹ *Reindl-Krauskopf in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 5 Rz 10.

erscheint.⁹² Handelt der Täter, obwohl er einen strafrechtlichen Tatbestand verwirklicht hat, mit dem Einvernehmen des Verstorbenen, so führt sein Verhalten nicht zur Erbuwüdigkeit gem § 540 1. Fall ABGB aF. Die strafrechtliche Sanktion sei ausreichend, um den vollen Unwert der Tat zu berücksichtigen, deshalb sei eine darüber hinausgehende zivilrechtliche Rüge nicht notwendig. Diese differenzierte rechtliche Beurteilung legt die Annahme nahe, dass auch der Vorsatz – wie von *Likar-Peer* vertreten – einer vom Strafrecht abweichenden zivilrechtlichen Beurteilung bedarf.

Rabl gibt zu bedenken, dass mit Blick auf das Vorsatzerfordernis strafbarer Handlungen gegen die Verlassenschaft weitere Untersuchungen notwendig sein werden.⁹³

a) Kritik

(1) an der Nichtanwendung der Privilegierung des § 166 StGB bei Straftaten gegen die Verlassenschaft

Strafbare Handlungen im *Familienkreis* sind gem § 166 StGB in zweifacher Hinsicht privilegiert. Das Strafmaß des begangenen Delikts wird herabgesetzt, und das Delikt wird zusätzlich in ein Privatanklagedelikt umgewandelt. Diese Privilegierung betreffend die Reduktion des Strafmaßes ist im Erbrecht ebenfalls beachtlich.⁹⁴ Aus diesem Grund sind strafbare Handlungen gegen den Verstorbenen selbst gem § 166 StGB privilegiert. Begeht jemand eine strafbare Handlung gegen die *Verlassenschaft*, greift die Privilegierung des § 166 StGB jedoch nicht.⁹⁵ Aufgrund des höheren Strafmaßes wird die Einjahresgrenze des § 539 ABGB nF überschritten, und der Begünstigte ist erbunwürdig. Diese unterschiedlichen Ergebnisse sind nach Meinung *Pesendorfers* gut nachvollziehbar. In einer Familie stünden Sachen oftmals im Mitgewahrsam mehrerer Personen. Die genaue Güterverteilung sei nicht immer klar, weswegen Eingriffe von außen strafwürdiger erschienen als solche innerhalb der Familie. Dieser Gedanke des § 166 StGB solle nun auch ins Erbrecht übernommen werden. Somit sei es verständlich, strafbare Handlungen gegen die Verlassenschaft vom Anwendungsbereich des § 166 StGB auszunehmen. Die Geschädigten seien in diesem Fall nicht nur Familienangehörige, sondern auch Verlassenschaftsgläubiger und andere letztwillig Begünstigte.⁹⁶

⁹² OGH 6 Ob 286/07p, JusGuide 2008/36/5995 (OGH) Dies ist insbesondere bei einer Tötung auf Verlangen von erheblicher Bedeutung, welche nach österreichischem Recht gem § 77 StGB strafbar ist.

⁹³ *Rabl*, NZ 2015, 329 Fn 79.

⁹⁴ *Kralik*, Erbrecht 37; *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 286; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ III § 540 Rz 7; OGH 6 Ob 91/68, JBI 1970, 205; *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud* 72 (86).

⁹⁵ *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (23); *Rabl*, NZ 2015, 321 (329); RIS-Justiz RS0094991.

⁹⁶ *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (25); OGH 11 Os 12/82, ÖJZ 1982/134 (EvBl).

Dem hält *Tschugguel*⁹⁷ entgegen, dass im Fall der Erbuwüdigkeitsgründe die Verwirklichung des hypothetischen Willen des letztwillig Verfügenden im Vordergrund stehe. Diesem hypothetischen Willen entsprechend werde angenommen, dass der letztwillig Verfügende durch die Tat des Erben derart gekränkt sei, dass er ihm aus diesem Grund keine Vermögenswerte zukommen lassen möchte. Vergreife sich der Erbe an der Verlassenschaft oder an nahen Angehörigen des Verstorbenen, müsse dasselbe gelten, weil eine Tat, die sich bloß mittelbar gegen den Verstorbenen richte, in Hinblick auf den hypothetischen Willen des Verstorbenen nicht strenger sanktioniert werden könne, als die Tat gegen den Verstorbenen selbst. Weiters betont er zu Recht, dass im Erbrecht der Unwert der Tat gegenüber dem Verstorbenen im Vordergrund stehe. Aus diesem Grund sollten die Interessen Dritter, anders als von *Pesendorfer* gefordert, im Erbrecht keine Beachtung finden.

Auch *Rabl* meint, diese von *Pesendorfer* positiv bewertete Differenzierung führe zu geradezu anstößigen Konsequenzen, wenn die Tat, die sich direkt gegen den Verstorbenen richtet, nicht zur Erbuwüdigkeit führt.⁹⁸ *Likar-Peer* ist ebenfalls der Meinung, dass die aus § 166 StGB resultierenden Wertungswidersprüche durch die neue Regelung des § 539 ABGB nF verstärkt werden.⁹⁹ Die Kritik von *Rabl*, *Likar-Peer* und *Zöchling-Jud* ist mE aus den oben genannten Gründen gerechtfertigt, weshalb die auf strafbare Handlungen gegen den Verstorbenen beschränkte Anwendung des § 166 StGB nicht sachgerecht erscheint. Außerdem führt der Gesetzgeber in den Materialien an, das Erbrecht solle keinen Strafcharakter erhalten, sondern dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entsprechen.¹⁰⁰ Deshalb erscheint mE eine dem Strafrecht völlig gleich laufende Anwendung des § 166 StGB im Erbrecht verfehlt.

(2) am Ausschluss der Verzeihung bei Straftaten gegen die Verlassenschaft

Bedenklich ist auch, dass eine strafbare Handlung gegen den Verstorbenen von diesem verziehen werden kann, wodurch der Täter erbwüdig bleibt.¹⁰¹ Wer aber nach Erbanfall eine gerichtlich strafbare Handlung gegen die Verlassenschaft begeht, verliert rückwirkend seine Erbfähigkeit. Nach hA ist die Verzeihung höchstpersönlich und somit vertretungsfeindlich, weshalb eine Verzeihung nach dem Tod des Verstorbenen naturgemäß nicht in Frage kommt.¹⁰² Einer

⁹⁷ *Tschugguel*, Erbuwüdigkeit und Begehung im Familienkreis, EF-Z 2016, 311 (312).

⁹⁸ *Rabl*, NZ 2015, 321 (329).

⁹⁹ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 69; *Zöchling-Jud* weist auf dieselbe Problemstellung hin in *Rabl/Zöchling-Jud* 72 (86).

¹⁰⁰ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 5.

¹⁰¹ So zum Ministerialentwurf die *Österreichische Notariatskammer*, 8/SN-100/ME 25. GP 2.

¹⁰² *Hofmair*, JEV 2016, 47 (49); *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 540 Rz 3; *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 42; *Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 1 (7); *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1892.

Verzeihung durch jene Person, die die Verlassenschaft nach außen vertritt, oder durch die Erben nach erfolgter Einantwortung steht außerdem der eindeutige Gesetzeswortlaut entgegen.¹⁰³

Durch die Verzeihung und die Anwendung des § 166 StGB, die beide nur bei strafbaren Handlungen gegen den letztwillig Verfügenden selbst zur Anwendung kommen, wird letztlich derjenige begünstigt, der sich bereits zu Lebzeiten am Vermögen des letztwillig Verfügenden bereichert. Nicht berücksichtigt wird, dass nur solche Handlungen zur Erbu unwürdigkeit führen sollen, die dem Willen des letztwillig Verfügenden widersprechen und sich gegen die von ihm getroffenen Verfügungen richten. Was etwa, wenn der berechnigte Erbe zu bald auf ein Sparbuch zugreift, obwohl ihm der Verstorbene dieses durchaus überlassen wollte? Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch an Kontobehebungen durch Angehörige während des Verlassenschaftsverfahrens. All diese Handlungen führen zur Erbu unwürdigkeit.¹⁰⁴ Obwohl das Verhalten des Erben weder dem Willen des Verstorbenen widersprechen noch in die vom Verstorbenen hinterlassene Ordnung eingreifen würde¹⁰⁵, verlöre er dennoch seinen Anteil an dessen Vermögen. Nach Meinung *Juds* folgt daraus, dass sich der Vorsatz des Täters in diesem Fall nicht auf „eine strafbare Handlung gegen die Verlassenschaft“ bezogen hat. Deshalb ist der Täter ihrer Meinung nach weiterhin erbwürdig.

Gefordert wurde auch, strafbare Handlungen gegen juristische Personen, an denen der letztwillig Verfügende als Gesellschafter beteiligt ist, in den Tatbestand der Erbu unwürdigkeitsgründe aufzunehmen.¹⁰⁶ Diesem Wunsch wurde im Zuge des ErbRÄG 2015 nicht entsprochen.

2. § 540 ABGB nF: Absichtliche, wenn auch nur verursachte Vereitelung des letzten Willens

Zur Erbu unwürdigkeit führt nach wie vor die Vereitelung des letzten Willens des Verstorbenen. Die Aufzählung der Handlungsmodalitäten ist weiterhin bloß demonstrativ;¹⁰⁷ so nun auch der eindeutige Gesetzeswortlaut.¹⁰⁸

Es wurde die ständige Rsp kodifiziert und die absichtliche, sowie die versuchte Vereitelung in das Gesetz aufgenommen.¹⁰⁹ Charakteristikum des Versuches ist der volle Tatentschluss des

¹⁰³ *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (23); „sofern der Verstorbene nicht zu erkennen gegeben hat, dass er ihm verziehen hat“.

¹⁰⁴ *Rabl*, NZ 2015, 321 (329); so zum Ministerialentwurf die *Österreichische Notariatskammer*, 8/SN-100/ME 25. GP 2.

¹⁰⁵ RIS-Justiz RS0112469; RIS-Justiz RS0012273; RIS-Justiz RS0014978.

¹⁰⁶ *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (22); so zum Ministerialentwurf *Schauer/Motal/Reiter/Hofmair/Wöss*, 25/SN-100/ME 25. GP 8 f.

¹⁰⁷ RIS-Justiz RS0121922.

¹⁰⁸ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 542 Rz 58; „vereitelt oder zu vereiteln versucht hat, etwa indem er ihn zur Erklärung des letzten Willens gezwungen oder..“.

¹⁰⁹ RIS-Justiz RS0112469; ErlRV 688 BlgNR 25. GP 5.

Täters.¹¹⁰ Lediglich der objektive Tatbestand ist, mangels eines tauglichen Objekts, Subjekts oder einer tauglichen Tathandlung, nicht volldeliktisch verwirklicht.¹¹¹ Im Erbrecht muss entsprechend dem Wortlaut des § 540 ABGB nF die Tathandlung vollendet sein.¹¹²

Im Zuge der Reform wurde die absichtliche Vereitelung in den Tatbestand des § 540 ABGB nF aufgenommen. Der Zugriff auf das Testament muss mit der Absicht erfolgen, die bestehende Güterverteilung ändern zu wollen. Ansonsten führt der Zugriff, nach bisher herrschender Rsp, nicht zur Erbnwürdigkeit.¹¹³ Zu denken ist an jene Fälle, in denen der Zugriff auf das Testament erfolgte, um dem wahren letzten Willen des Verstorbenen Geltung zu verleihen.¹¹⁴

Die ab 1.1.2017 geltende Rechtslage nimmt ausdrücklich Bezug auf die Vereitelung des wahren Willens des Verstorbenen. Deshalb ist der Zugriff auf ein Testament unbeachtlich, wenn dadurch dem wahren Willen des Verstorbenen Geltung verliehen werden soll. *Likar-Peer* zieht hier eine Parallele zur Verzeihung. Im Fall der Verzeihung wird vermutet, dass der Verstorbene, trotz des unrechtmäßigen Verhaltens des Erben, den Ausschluss vom Erbrecht nicht will. Dies muss auch für jene Fälle gelten, in denen der Erbe auf das Testament zugreift, um dem wahren Willen des Verstorbenen Geltung zu verleihen.¹¹⁵

Durch diese Rsp, welche den Zugriff auf ein Testament ohne Änderung der beabsichtigten Erbfolge als unbeachtlich qualifiziert, sind in den letzten Jahren viele Testamentsfälschungen und Unterdrückungen sanktionslos geblieben. Der Täter zieht sich durch den Einwand, er wolle nur dem wahren Willen des Verstorbenen Geltung verleihen, aus der Misere.¹¹⁶

Christandl und *Nemeth* kritisieren, dass im Fall der absoluten Erbnwürdigkeitsgründe eben nicht der Wille des Verstorbenen verwirklicht wurde. Das Gesetz soll hier wie eben beschrieben nur eine Auffangfunktion für jene Fälle haben, in denen es dem Verstorbenen nicht möglich war, eine Enterbung anzuordnen, es aber typischerweise dem Willen des Verstorbenen entsprechen würde, dass der Erbe nichts aus seinem Vermögen erhält.¹¹⁷ Diese Auffangfunktion wurde hier aber nicht verwirklicht.

¹¹⁰ *Kienapfel/Höpfel/Kert* AT¹⁴ (2012) Z 22 Rz 6.

¹¹¹ *Kienapfel/Höpfel/Kert* AT¹⁴ (2012) Z 22 Rz 2 ff.

¹¹² *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 542 Rz 61; „ihn gezwungen oder arglistig verleitet, ihn an der Erklärung des letzten Willens gehindert, oder einen bereits errichteten letzten Willen unterdrückt hat...“.

¹¹³ RIS-Justiz RS0121922.

¹¹⁴ *Hofmair*, JEV 2016, 47 (53).

¹¹⁵ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 542 Rz 62.

¹¹⁶ *Welser*, 17. ÖJT Band II/1, 28; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1895.

¹¹⁷ *Zimmermann* in FS Koziol 506; *Kralik*, Erbrecht 35.

C. Relative Erbunwürdigkeitsgründe nach § 541 ABGB nF

1. Allgemeine Voraussetzungen

Die relativen Erbunwürdigkeitsgründe wurden im Zuge des ErbRÄG 2015 neu eingefügt; sie nehmen eine Mittelstellung zwischen den absoluten Erbunwürdigkeitsgründen der § 539 f ABGB nF und der Enterbung gem § 770 ABGB nF ein. Zu einer Erbunwürdigkeit iSd § 541 ABGB nF kommt es nur dann, wenn der Verstorbene an der Vornahme einer Enterbung aufgrund einer Testierunfähigkeit, aus Unkenntnis oder aus sonstigen Gründen nicht in der Lage war. Bezüglich der Enterbung verweist *Likar-Peer* auf die Materialien zum ErbRÄG 2015.¹¹⁸ Der Gesetzgeber habe den Begriff zu eng gefasst. Denn nicht nur die Enterbung im technischen Sinn gem §§ 769 ff ABGB nF, sondern auch der Entzug des gesetzlichen Erbrechts einer nicht pflichtteilsberechtigten Person (negatives Testament) sowie der Widerruf einer letztwilligen Verfügung (§§ 719 f) zugunsten des „relativ“ Erbunwürdigen oder die Errichtung eines neuen Testamentes sind unter den Tatbestand zu subsumieren.¹¹⁹

a) Testierfähigkeit iSd § 566 ABGB nF

Testierfähig ist gem § 566 ABGB nF jeder, der die Bedeutung und die Folgen seiner letztwilligen Verfügung verstehen und sich dementsprechend verhalten kann.¹²⁰ Bisher wurde auf die Fähigkeit eigenverantwortlicher Willensbildung abgestellt. Diese war gem § 569 ABGB aF vom Lebensalter und gem § 566 ABGB aF von den psychischen Fähigkeiten abhängig. Die Neuregelung weicht von der bisherigen Formulierung ab und übernimmt die Formulierung der Diskretions- und Dispositionsfähigkeit des Schadenersatzrechts bzw. des Strafrechts.¹²¹ Die Testierunfähigkeit ist nunmehr in § 566 ABGB nF geregelt, sie ist als relative Testierfähigkeit zu verstehen.¹²²

Dem § 566 ABGB nF liegt das Konzept der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zugrunde.¹²³ Es soll die bisherige Rechtslage beibehalten werden.¹²⁴ Der Verstorbene muss verstehen, dass mit der letztwilligen Verfügung das Schicksal seines künftigen Nachlasses im Falle seines Todes geregelt wird, und dies auch in der konkreten Art und Weise wollen, so die Materialien.¹²⁵ Die bisher hM, von der entsprechend den Materialien zum ErbRÄG 2015 nicht abgewichen werden soll, beurteilt

¹¹⁸ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 71.

¹¹⁹ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 71.

¹²⁰ So zum Ministerialentwurf *Christandl/Nemeth*, 40/SN-100/ME 25. GP 2 f.

¹²¹ So kritisch zum Ministerialentwurf *Scheuba*, 14/SN-100/ME 25. GP 6 f.

¹²² *Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 1 (8 f).

¹²³ *Mondel*, Letztwillige Verfügungen und Vereinbarungen von Todes wegen, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts, (2016) 61 (66).

¹²⁴ *Pesendorfer*, iFamZ 2015, 230 (231 f); *Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 1 (8 f); RIS-Justiz RS0012463.

¹²⁵ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 8.

die Testierfähigkeit wie folgt. Der Verstorbene ist, auch wenn er nicht im Vollbesitz seiner gestiegenen Fähigkeiten ist, testierfähig, so lange er erkennt, dass er eine letztwillige Verfügung trifft und ihren Inhalt versteht.¹²⁶ Unter 14-Jährige sind nach wie vor, unabhängig von ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit testierunfähig.¹²⁷ Testierunfähig sind außerdem sich im Rauschzustand Befindende oder unter einer psychischen Krankheit Leidende.¹²⁸

b) Sonstige einer Enterbung entgegenstehende Gründe

Die relative Erbunwürdigkeit gem § 541 ABGB nF tritt dann ein, wenn der Verstorbene aus sonstigen Gründen keine Möglichkeit mehr hatte, eine Enterbung vorzunehmen oder die Erbenstellung zu beschränken. Die Materialien bieten keine Anhaltspunkte, welche sonstigen Gründe der Gesetzgeber ins Auge gefasst hat. Bedenkt man, dass der Verstorbene im Fall der Testierunfähigkeit permanent an der Vornahme einer Enterbung gehindert war, muss der Anwendungsbereich des § 541 ABGB nF dementsprechend einschränkt werden. Es dürfen nur jene Sachverhalte unter den Tatbestand der „sonstigen Gründe“ subsumiert werden, die ähnlich der Testierunfähigkeit, zeitlebens ein fundamentales Hindernis für die Enterbung bedeuten. Der schlichte Rechtsirrtum über das Bestehen des Enterbungsgrundes soll jedenfalls nicht genügen, so *Pesendorfer*.¹²⁹

Deshalb sollte der bloße Zeitmangel des Verstorbenen nicht zur Anwendung der relativen Erbunwürdigkeitsgründe führen. *Schauer* ist der Meinung, es können nur jene Fälle gemeint sein, in denen es dem Verstorbenen aus faktischen Gründen nicht möglich war, eine Enterbung anzuordnen.¹³⁰ Der bloße Zeitmangel legt jedoch die Annahme nahe, dem Verstorbenen seien andere Angelegenheiten vorrangig erschienen. Exemplarisch nennt er folgenden theoretischen Anwendungsfall: Ist der Verstorbene alleine und ohne Zugang zu Papier und Stift eingesperrt, so stehen einer Enterbung sonstige Gründe entgegen.

Likar-Peer bringt folgende Beispiele. Die Erben jenes Verstorbenen, der zu Lebzeiten in der Lage gewesen wäre, eine Enterbung anzuordnen, jedoch verstarb, bevor er dies tun konnte, oder schlichtweg vergaß, eine diesbezügliche Anordnung zu treffen, werden sich nicht auf die Anwendung des § 541 ABGB nF berufen können. Denn dies wäre eine uferlose Anwendung der relativen Erbunwürdigkeitsgründe.¹³¹ Der Rückgriff auf den hypothetischen Willen ist nur in

¹²⁶ *Weiß* in *Klang*² III 263; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 569 Rz 4; *Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 566 Rz 2; *Apathy* in *KBB*² § 566 ABGB Rz 1.

¹²⁷ *Apathy*, ZR VII ErbR⁵ Rz 3/4.

¹²⁸ *Ganner/Nachtschatt*, Letztwillig Verfügen bei Zweifeln an der Testierfähigkeit, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016), 73 (79 f).

¹²⁹ *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (22).

¹³⁰ So zum Ministerialentwurf *Schauer/Motal/Reiter/Hofmair/Wöss*, 25/SN-100/ME 25. GP 8.

¹³¹ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 72.

Ausnahmefällen geboten. Wusste der Verstorbene über das Verhalten des Erben Bescheid, nahm er jedoch keine Enterbung vor, ist sein tatsächlicher Wille augenscheinlich, weshalb die Bezugnahme auf den hypothetischen Willen verfehlt wäre. Auch wenn die Vornahme der Enterbung geboten und naheliegend erscheint, sofern ein in § 541 ABGB nF aufgezählter Erbunwürdigkeitsgrund verwirklicht ist, läuft man Gefahr, sich über den tatsächlichen Willen des Verstorbenen, keine Enterbung vorzunehmen, hinweg zu setzen. Vielmehr erscheint es naheliegender, dass er in Wahrheit keine Enterbung vornehmen wollte. *Zöchling-Jud* spricht sich in diesem Fall gegen eine Anwendung des § 541 ABGB nF aus, stellt jedoch in Frage, ob dies sachgerecht ist.¹³² Würde man zu dem Ergebnis kommen, dass sich ein vergesslicher Mensch ebenfalls auf das Korrektiv der relativen Erbunwürdigkeitsgründe verlassen könnte, würde man ihn gleichzeitig zwingen, selbst ein Testament aufzusetzen, wenn er seinen Nachkommen ihr verwerfliches Verhalten nicht nachträgt, und er der Anwendung der relativen Erbunwürdigkeitsgründe entgegen wirken möchte. Die Gefahr, dass sich in diesem Fall andere am Nachlass interessierte Personen die Vergesslichkeit des Verstorbenen zu nutze machen würden, um entgegen dessen Willen von der Anwendung der relativen Erbunwürdigkeitsgründe zu profitieren, ist mE groß.

Zimmermann gibt zu bedenken, dass die soeben beschriebene Fallkonstellation, die Nichtvornahme der Enterbung trotz entsprechender Möglichkeit, schwierig zu beurteilen sei, denn der hypothetische Wille des Verstorbenen könne nur schwer ermittelt werden. Die Auslegung des Sachverhaltes könne sowohl in die eine als auch in die andere Richtung plausibel argumentiert werden.¹³³ Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Wendung „aus sonstigen Gründen nicht in der Lage war“ Rechtsunsicherheit schafft und in der Praxis zu weiteren Streitfragen führen wird.¹³⁴

2. § 541 Z 1 ABGB nF: Strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige

Ein relativer Erbunwürdigkeitsgrund ist die Begehung einer gerichtlich strafbaren Handlung gegen nahe Angehörige des Verstorbenen, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist. Der Schutztatbestand des § 541 Z 1 ABGB nF stimmt mit dem absoluten Erbunwürdigkeitsgrund des § 539 ABGB nF überein.

a) Erweiterung des vom bisherigen Tatbestand des § 540 ABGB aF erfassten Personenkreises

Erfasst sind der Ehegatte, eingetragene Partner oder der Lebensgefährte des Verstorbenen sowie dessen Verwandte in gerader Linie. Der Angehörigenbegriff deckt sich mit jenem des § 284c

¹³² *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud* 71 (84 f).

¹³³ *Zimmermann* in FS Koziol 506 f.

¹³⁴ *Rabl*, NZ 2015, 321 (327).

ABGB, der durch das SWRÄG 2006 geschaffen wurde.¹³⁵ Der Tatbestand wurde über den ursprünglichen Anwendungsbereich des § 540 ABGB aF hinausgehend erweitert, weil nun auch der Lebensgefährte des Verstorbenen erfasst ist.

Im Zuge der dritten Teilnovelle (RGBl.Nr. 69/1916) wurden strafbare Handlungen gegen nächste Angehörige aus dem Tatbestand der Erbunwürdigkeitsgründe gestrichen. Der Gesetzgeber erachtete den Tatbestand als zu weit gefasst, denn sowohl Official- als auch Privatanklagedelikte gegen Kinder, Eltern oder Ehegatten des Verstorbenen waren erfasst.¹³⁶ Nach dieser Reform waren nur mehr strafbare Handlungen gegen den Verstorbenen selbst vom Tatbestand des § 540 ABGB aF umfasst. Diesbezüglich entwickelte sich ein Meinungsstreit zwischen Lehre und Judikatur. Die hL nahm an, dass nicht bloß strafbare Handlungen gegen den Verstorbenen erfasst seien, sondern auch solche gegen seine Familienrechtssphäre bzw. gegen seine Gefühlssphäre.¹³⁷ Die Judikatur hat dies entsprechend der Intention der Gesetzesreform abgelehnt.¹³⁸ § 541 Z 1 ABGB nF wird diesen Streit wohl beilegt haben, denn die von der hL geforderte extensive Auslegung des § 540 ABGB aF wird nun nicht mehr vertreten werden können. Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige vom Schutztatbestand des § 539 ABGB nF erfasst sind, hätte er den § 541 Z 1 ABGB nF nicht geschaffen.

Im Vordergrund steht die Verwirklichung des Willens des letztwillig Verfügenden und die damit einhergehende Vermutung, dass der Verstorbene eine Person, die gegenüber einem Angehörigen straffällig geworden ist, von jeglicher letztwilliger Verfügung ausschließen möchte.¹³⁹ In Zeiten familiärer Entfremdung sind strafbare Handlungen gegen enge Freunde oder andere dem Verstorbenen nahestehende Personen wohl gleichermaßen leidvolle Erfahrungen.¹⁴⁰ Jedoch wäre es der Rechtssicherheit abträglich gewesen, diese in den von § 541 Z 1 ABGB nF erfassten Personenkreis aufzunehmen, weshalb dies unterblieb.¹⁴¹

Bedenkt man, dass eine Schenkung nach hA gem § 948 ABGB wegen groben Undanks widerrufen werden kann, sofern der Beschenkte eine strafbare Handlung gegen einen nahen Angehörigen des Verstorbenen begeht, so war die Erweiterung der Erbunwürdigkeitsgründe iSd ErbRÄG 2015 angezeigt.¹⁴²

¹³⁵ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 6; *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 75.

¹³⁶ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 5.

¹³⁷ *Jud*, NZ 2006, 70 (76).

¹³⁸ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform konsolidierte Gesetzestexte § 541 ABGB 8.

¹³⁹ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 5 f.

¹⁴⁰ *Tritremmel*, Freunde sind die neue Familie, iFamZ 2016, 68 (68).

¹⁴¹ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 6; *Hofmair*, JEV 2016, 47 (52).

¹⁴² *Apathy* in *KBB*² § 949 Rz 1; OGH 10 Ob 2152/96k EF 81.414; OGH 8 Ob 230/ 02k; RIS-Justiz RS0106379.

b) Fehlende gesetzliche Definition der Lebensgemeinschaft

Im Zuge des ErbRÄG 2015 wurden strafbare Handlungen gegen den Lebensgefährten in den Tatbestand der Erbnurwürdigkeitsgründe aufgenommen. Eine entsprechende gesetzliche Definition der Lebensgemeinschaft fehlt.¹⁴³ Die Judikatur des OGH ist jedoch ausführlich und bietet die notwendigen Anhaltspunkte. Lebensgemeinschaft ist geprägt von einem eheähnlichen Zustand, der dem typischen Erscheinungsbild des Ehelebens entspricht und auf eine gewisse Dauer angelegt ist.¹⁴⁴ Des Weiteren ist ausschlaggebend, ob eine Wohnungs-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft besteht.¹⁴⁵ Nicht alle drei Merkmale müssen gleichzeitig vorliegen.¹⁴⁶ Die Voraussetzung der dauerhaften Wohngemeinschaft kann jedoch entfallen, wenn besondere Gründe beruflicher oder gesundheitlicher Natur gegeben sind, die dies verhindern.¹⁴⁷

Ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Gemeinschaft wird jedoch jedenfalls gefordert.¹⁴⁸ Wesentlich ist ein aus der seelischen Gemeinschaft resultierendes Zusammengehörigkeitsgefühl.¹⁴⁹ Die Materialien setzen für die Inanspruchnahme der aus dem ErbRÄG 2015 für den Lebensgefährten begründeten Rechte eine drei Jahre andauernde Wohngemeinschaft voraus.¹⁵⁰ Für die Anwendung des Erbnurwürdigkeitsgrundes wird diese jedoch nicht gefordert.¹⁵¹

Scheuba kritisiert in ihrer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf, dass die Merkmale der erbrechtlich relevanten Lebensgemeinschaft nicht zufriedenstellend seien. Lediglich eine Wirtschaftsgemeinschaft über einen Zeitraum von drei Jahren sei für das Bestehen einer Lebensgemeinschaft vorausgesetzt. Dies erscheint *Scheuba* nicht ausreichend. Um feststellen zu können, ob eine solche erbrechtlich relevante Lebensgemeinschaft bestanden hat, müsse man sich nämlich auf die Aussage des überlebenden Lebensgefährten verlassen. Diese besitze idR jedoch nicht die notwendige Verlässlichkeit. Summa summarum sei das Missbrauchspotential und die Rechtsunsicherheit aus den oben genannten Gründen groß.¹⁵²

¹⁴³ *Fischer-Czermak*, Die Reform des Erbrechts aus der Sicht der Wissenschaft, in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erbrecht NEU (2015), 19 (25).

¹⁴⁴ OGH 3 Ob 61/88; OGH 3 Ob 115/90 = JBI 1991, 589; OGH 3 Ob 204/99t.

¹⁴⁵ *Fischer-Czermak*, Ehegattenerbrecht, Rechte des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen, in *Rabl/Zöchling-Jud*, (2015), 27 (36); OGH 1 Ob 640/88, EFSlg 57.270; bloße Geschlechtsgemeinschaft alleine jedoch nicht ausreichend so der OGH 3 Ob 38/77, EFSlg 29.652.

¹⁴⁶ RIS-Justiz RS0047000; RIS-Justiz RS0047017.

¹⁴⁷ *Deixler-Hübner*, Erbrechtliche Absicherung des Ehegatten, eP und Lebensgefährten, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016), 39 (47).

¹⁴⁸ OGH 3 Ob 237/11s.

¹⁴⁹ RIS-Justiz RS0047064.

¹⁵⁰ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 18 f.

¹⁵¹ *Verweijen*, ErbRÄG 2015 - zu den Rechten des Lebensgefährten, ÖJZ 2016, 853 (854).

¹⁵² So zum Ministerialentwurf *Scheuba*, 14/SN-100/ME 25. GP 14.

Der Intention des Gesetzgebers entsprechend soll der Lebensgemeinschaft mehr Beachtung geschenkt werden, weshalb mE an das Bestehen einer Lebensgemeinschaft keine strengeren Maßstäbe anzulegen sind, als vom OGH bisher judiziert. Außerdem sollte bedacht werden, dass durch das ErbRÄG 2015 die Rechte der Lebensgefährten nur maßvoll erweitert wurden.¹⁵³ Die Rücksichtnahme auf den Lebensgefährten, die begrüßenswert und in Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzgebers, eine Anpassung an die geänderten Lebensverhältnisse zu erreichen, auch geboten erscheint, sollte nicht unterlaufen werden.

c) Privilegierung iSd § 166 StGB bei Begehung im Familienkreis

Rabl meint, die Privilegierung des § 166 StGB führe zu anstößigen Konsequenzen. Denn diese komme nur zur Anwendung, wenn die Lebensgefährten iSd § 72 StGB bis zum Tod des Verstorbenen in einer Hausgemeinschaft gelebt hätten. Vergreife man sich am Vermögen der Lebensgefährtin des Verstorbenen, führe dies, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 541 ABGB nF vorlägen, zur Erbuwürdigkeit.¹⁵⁴ Bestehle man den Verstorbenen, so greife die Privilegierung des § 166 StGB. Hier ist mE zu bedenken, dass Handlungen, die sich bloß mittelbar gegen den Verstorbenen richten, nicht strenger sanktioniert werden dürfen als jene, die den Verstorbenen unmittelbar betreffen.

Auch wenn das auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheine, sei die Regelung durchaus gerechtfertigt, so die Überlegungen *Barths*. Erstens würden keine Kapitalverbrechen privilegiert, wie *Rabl* dies fälschlicherweise annehme. Zweitens greife im Fall des § 166 StGB die Privilegierung nur dann, wenn ausschließlich der Verstorbene durch die Tat geschädigt werde. Habe auch ein anderer einen Nachteil durch die Tat erlitten, komme § 166 StGB nicht zur Anwendung. Drittens mache es durchaus einen Unterschied, ob ein Vermögensdelikt am Vermögen des Verstorbenen oder an dem seiner Lebensgefährtin begangen worden sei, denn das Strafrecht verfolge hier das Ziel, Delikte im Familienbereich weniger streng zu bestrafen. Dieser Gedanke solle auch im Erbrecht Beachtung finden. Im letzteren Fall sei der zu § 541 Z 1 ABGB nF korrespondierende Enterbungsgrund des § 770 Z 2 ABGB nF verwirklicht, sofern die betroffenen Personen nicht in einer Hausgemeinschaft lebten.¹⁵⁵ Viertens greife subsidiär der Enterbungsgrund des § 770 Z 4 oder Z 5 ABGB nF.¹⁵⁶ Den Überlegungen *Barths* betreffend einer dem Strafrecht gleich laufenden Anwendung des § 166 StGB kann jedoch, entsprechend der Argumentation zu § 539 ABGB nF, nicht gefolgt werden.¹⁵⁷

¹⁵³ *Kommenda*, Die Tücken des kommenden Erbrechts, Die Presse 2016/44/01; *Schöberl*, Vom Pflegevermächtnis bis zur Pflichtteilsstundung: Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, NetV 2016, 5 (6).

¹⁵⁴ *Rabl*, NZ 2016, 321 (329).

¹⁵⁵ *Barth*, Pflichtteilsrecht neu, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016), 157 (186).

¹⁵⁶ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 108; *Hofmair*, JEV 2016, 47 (53).

¹⁵⁷ Siehe Seite 14 f.

Richtet sich die Tat gegen eine sonstige, dem Verstorbenen nahestehende Person, muss er selbst tätig werden und eine Enterbung anordnen. Fälle, in denen dieser bereits testierunfähig war und somit eine Enterbung nicht mehr vornehmen konnte, werden vom Gesetzgeber bewusst toleriert.¹⁵⁸

3. § 541 Z 2 ABGB nF: In verwerflicher Weise Zufügung schweren seelischen Leids

Erbunwürdig ist derjenige, der dem Verstorbenen in verwerflicher Weise schweres seelisches Leid zugefügt hat, sofern diese Gemütsregung objektiv nachvollziehbar ist.

a) Schweres seelisches Leid

In diesem Zusammenhang sprechen die Materialien davon, dass jeder, der den Verstorbenen unabhängig von der Verletzung familiärer Pflichten in einer Notsituation im Stich gelassen hat, verächtlich gemacht hat oder sonst durch ein verpöntes Verhalten in eine sehr missliche Lage gebracht hat, erbunwürdig ist.¹⁵⁹

Erfasst sind alle Handlungen, die die Rechtssphäre des Verstorbenen außerhalb des Strafrechts im Rahmen des §§ 1325 ff ABGB beeinträchtigen. *Likar-Peer* führt an, dass alle Handlungen, die aufgrund der zu geringen Strafdrohung nicht unter den Tatbestand des § 539 ABGB nF zu subsumieren sind, als „schweres seelisches Leid“ zu qualifizieren sind. Dies widerspricht jedoch der Intention des Gesetzgebers. Denn dieser bezieht sich in den Materialien ausdrücklich auf Handlungen außerhalb des Strafrechts, weshalb die von *Likar-Peer* vorgeschlagene Subsumtion verfehlt erscheint. Würde man dieser von *Likar-Peer* vorgeschlagenen Rechtsansicht folgen, so wäre die von *Welser* vorgebrachte Kritik grundlos. Denn all jene Taten, die nicht unter die mit mehr als einem Jahr als zu hoch angesetzte Strafdrohung fallen, würden nicht völlig unbedacht bleiben, sondern wären iZm den relativen Erbunwürdigkeitsgründen zu sanktionieren.¹⁶⁰

*Hofmann*¹⁶¹ sowie *Wendehorst*¹⁶² wenden ein, dass der Begriff „schweres seelisches Leiden“, zu ungenau ist. *Schauer* ist in seiner Stellungnahme anderer Ansicht. Der Tatbestand sei durch die Materialien gut abgegrenzt, und die Gerichte könnten sich seiner Meinung nach durchaus daran orientieren. Wäre der Tatbestand enger gefasst, würde man der Bestimmung ihren Anwendungsbereich nehmen. Dies wäre mit Sicherheit nicht im Interesse des Verstorbenen.¹⁶³

¹⁵⁸ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 6.

¹⁵⁹ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 6.

¹⁶⁰ *Welser*, 17. ÖJT Band II/1, 28.

¹⁶¹ So zum Ministerialentwurf *Hofmann/Ulm*, 1/SN-100/ME 25. GP 1.

¹⁶² So zum Ministerialentwurf *Wendehorst*, 39/SN-100/ME 25. GP 3.

¹⁶³ So zum Ministerialentwurf *Schauer/Motal/Reiter/Hofmair/Wöss*, 25/SN-100/ME 25. GP 9.

b) Objektiv nachvollziehbare, gesellschaftlich verpönte Handlung

Zusätzlich zu dieser subjektiven Komponente muss das Leid objektiv nachvollziehbar¹⁶⁴ und die Handlung gesellschaftlich verpönt sein. Deswegen ist die Berufs- oder Partnerwahl des Kindes, mag sie auch eine leidvolle Erfahrung sein, so die Materialien, hier nicht erfasst.¹⁶⁵ Nicht erfasst sind außerdem Verletzungen, die sich aus gesetzlich zulässigen und menschlich verständlichen Handlungen ergeben.

Die Erbinwürdigkeitsgründe sollen dem hypothetischen Willen des Verstorbenen über den Tod hinaus Geltung verleihen. Es erscheint zunächst ungewöhnlich, wieso das Leid objektiv nachvollziehbar sein muss und nicht bloß auf das subjektive Empfinden des Verstorbenen Bezug genommen wird. Bei näherer Betrachtung ist dies jedoch verständlich. Einerseits sollen persönliche Differenzen, die das Naheverhältnis zu Lebzeiten empfindlich beeinträchtigt haben, nach dem Tod nicht ohne Konsequenzen sein, damit dem hypothetischen Willen des Verstorbenen Rechnung getragen wird. Andererseits soll der Pflichtteilsberechtigte mE durch die Anwendung der Erbinwürdigkeitsgründe nicht zur Marionette des Verstorbenen degradiert werden. Deshalb erscheint es aufgrund generationsbedingter Divergenzen sinnvoll, dem Erben nicht die antiquierten Ansichten des Verstorbenen aufzuzwingen, sondern hier zusätzlich auf die gesellschaftlichen Moralvorstellungen Bezug zu nehmen.

Likar-Peer wendet ein, dass das Abstellen auf die subjektive und objektive Komponente in Ausnahmefällen zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen würde. Derjenige, dessen letztwillig Verfügender aufgrund seiner geistigen Verfassung nicht mehr in der Lage sei, seine Umgebung wahr zu nehmen, weshalb das gesetzte Verhalten für ihn keine leidvolle Erfahrung sei, würde erwürdig bleiben. Deswegen sei es notwendig, in Einzelfällen das Vorliegen einer objektiv leidvollen Situation für die Erbinwürdigkeit ausreichen zu lassen, so *Likar-Peer*.¹⁶⁶

c) Intensität der psychischen Beeinträchtigung iSd § 49 EheG

Die Verletzung der Rechtssphäre muss, damit der Erbinwürdigkeitsgrund des § 541 Z 2 ABGB nF verwirklicht ist, eine gewisse Intensität aufweisen, wie dies auch bei § 49 EheG notwendig ist.¹⁶⁷ Es ist nicht notwendig, dass das Verhalten einen Scheidungsgrund darstellt.¹⁶⁸ Die Materialien sprechen von wiederholten Beschimpfungen, Psychoterror, doch sei auch lang andauernde

¹⁶⁴ Dies forderte die Österreichische Notariatskammer ausdrücklich in ihrer Stellungnahme, 8/SN-100/ME 25. GP 8.

¹⁶⁵ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 6.

¹⁶⁶ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 79; Nachweise zur Rsp bei *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ II § 1325 Rz 47a.

¹⁶⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 49 EheG Rz 4.

¹⁶⁸ *Hofmair*, JEV 2016, 47 (54).

gezielte Ausübung von subtilem psychischem Druck ausreichend. *Stabentheiner* und *Hopf* sind der Meinung, dass gelegentliche verbale Kränkungen sowie gelegentlicher Streit die erforderliche Intensität nicht erreichen.¹⁶⁹

Eine Eheverfehlung wird dann als schwer angesehen, wenn die Beziehung so zerrüttet ist, dass die Wiederherstellung einer entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr möglich ist.¹⁷⁰ Dies kann sinngemäß auf den Erbunwürdigkeitsgrund gem § 541 Z 2 ABGB nF angewandt werden. Die Verfehlung, die gegenüber dem Verstorbenen begangen wurde, wird dann als schwer anzusehen sein, wenn auch einer anderen Person in der Situation des Verstorbenen die Wiederaufnahme der zwischenmenschlichen Beziehung nicht zu zumuten wäre. Denn in diesem Fall kann man davon ausgehen, dass die der Familienerbfolge zugrundeliegende familiäre Solidarität nicht mehr gegeben ist.

d) Verschuldensgrad

Ob das Verhalten vorsätzlich gesetzt werden muss, lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Grundsätzlich erfordern die Erbunwürdigkeitsgründe vorsätzliches Handeln.¹⁷¹ Der Verweis der Materialien auf § 49 EheG, welcher auch bei einer fahrlässigen schweren Eheverfehlung erfüllt ist, legt die Annahme nahe, dass im Fall des § 541 Z 2 ABGB nF fahrlässiges Handeln ausreichen könnte, so *Likar-Peer*.¹⁷²

Des weiteren umfasse der mit § 541 Z 2 ABGB nF übereinstimmende Enterbungsgrund des § 770 Z 4 ABGB nF entsprechend den Materialien¹⁷³ den bisherigen Enterbungsgrund des § 768 Z 2 ABGB aF.¹⁷⁴ Dieser ist bereits bei grob fahrlässigem Handeln des Täters verwirklicht, weshalb iZm dem § 541 Z 2 ABGB nF dasselbe gelten muss. Dem ist entgegen zu halten, dass für alle Erbunwürdigkeitsgründe gleichermaßen vorsätzliches Handeln vorausgesetzt wird. Dies ist im Fall der §§ 539 f ABGB nF ausdrücklich gesetzlich verankert. Eine Abkehr von der bisher hM¹⁷⁵ wird für den § 541 ABGB nF durch einen Vergleich der korrespondierenden Enterbungs- und Erbunwürdigkeitsgründe nicht begründet werden können. Denn § 770 ABGB aF enthielt einen pauschalen Verweis auf die Erbunwürdigkeitsgründe der §§ 540-542 ABGB aF, und dennoch wurde daraus kein allgemein gültiger Verschuldensgrad abgeleitet, wie von *Likar-Peer* für die neue

¹⁶⁹ *Hopf/Stabentheiner*, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999, ÖJZ 1999, 861 (863).

¹⁷⁰ *Hopf/Stabentheiner*, ÖJZ 1999, 861 (863).

¹⁷¹ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 35.

¹⁷² *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 80.

¹⁷³ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 29.

¹⁷⁴ „Ein Kind kann enterbt werden, wenn es den Verstorbenen im Notstand hilflos gelassen hat.“

¹⁷⁵ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 35; *Eccher* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ III § 540 Rz 17; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 540 Rz 9; *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 540 Rz 3.

Rechtslage vorgeschlagen. Außerdem erscheine es durchaus nachvollziehbar, den Tatbestand der Enterbungsgründe weiter zu fassen, weil diese im Unterschied zu den Erbnunwürdigkeitsgründen immer auf dem tatsächlichen Willen des Verstorbenen beruhten, so *Zimmermann*.¹⁷⁶

4. § 541 Z 3 ABGB nF: Gröbliche Vernachlässigung der Pflichten aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern

Ein weiterer relativer Erbnunwürdigkeitsgrund ist die gröbliche Vernachlässigung familienrechtlicher Pflichten. Sowohl Kinder als auch Eltern können diesen Erbnunwürdigkeitsgrund verwirklichen.¹⁷⁷

Tatbestandsmäßig sind schwere, (vermutlich) vorsätzliche Verletzungen der Obsorge-, Unterhalts- und Verwaltungspflichten. Den Erläuterungen entsprechend ist die grundlose Ablehnung jeglichen Kontakts eine gröbliche Verletzung der Verpflichtungen aus dem Eltern-Kind-Verhältnis.¹⁷⁸ Die grundlose Ablehnung des Kontaktes findet sich auch als Pflichtteilminderungsgrund gem § 776 ABGB nF wieder. Hier wird ein Zeitraum von mehr als 20 Jahren herangezogen. Bedenkt man die zurückhaltende Inanspruchnahme der Erbnunwürdigkeitsgründe, so muss diese ohnehin lange Zeitspanne im Anwendungsbereich des § 541 Z 3 ABGB nF noch länger sein.¹⁷⁹

a) Abweichungen vom Tatbestand des § 770 Z 5 ABGB nF

Der Tatbestand des § 541 Z 3 ABGB nF erfasst nur die gröbliche Vernachlässigung der aus dem Eltern-Kind-Verhältnis resultierenden Pflichten. Die Verletzung ehelicher Pflichten, wie der Beistandspflicht oder der Treuepflicht, ist nicht erfasst. Hier muss der Verstorbene eine Enterbung vornehmen.

Der Enterbungsgrund des § 770 Z 5 ABGB nF und der Erbnunwürdigkeitsgrund des § 541 Z 3 ABGB nF haben dasselbe Anliegen. Dem Verstorbenen soll die Möglichkeit geben werden, Verletzungen der gegenseitigen Beistandspflichten zu sanktionieren. Jedoch ist § 770 Z 5 ABGB nF weiter gefasst und bedenkt auch die Verletzung der ehelichen Fürsorgepflichten. Außerdem ist im Fall des § 770 Z 5 ABGB nF fahrlässiges Verhalten ausreichend. *Ferraris* Vorschlag, die eheliche Beistandspflicht in den Tatbestand des § 541 Z 3 ABGB nF aufzunehmen, wurde nicht Folge geleistet.¹⁸⁰ Wurde der Verstorbene von seinem Ehepartner vor seinem Tod im Stich gelassen und hatte er keine Möglichkeit mehr, diesen zu enterben, so bleibt dieser erbnunwürdig. Außerdem sind auch Fälle zu bedenken, in denen ein Ehegatte eine Trennung durch ein schweres Fehlverhalten, wie zB Ehebruch, verschuldet hat. Dieser bleibt erbnunwürdig.

¹⁷⁶ *Zimmermann* in FS Koziol 506.

¹⁷⁷ *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 540 ABGB Rz 3.

¹⁷⁸ ErlRV 688 BlgNR 25. GP 6.

¹⁷⁹ *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 17 (27); *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud* 71 (88).

¹⁸⁰ *Ferrari*, 17. ÖJT II/2, 73 und 83.

Hat sich der Ehepartner des Verstorbenen des Ehebruchs schuldig gemacht und erleidet der Verstorbene infolgedessen schweres seelisches Leid, könnte der Erbunwürdigkeitsgrund des § 541 Z 2 ABGB nF verwirklicht sein. Es muss eine Verletzung der Rechtssphäre des Verstorbenen vorliegen. Als Verletzung des Körpers gilt jede Schädigung der leiblichen oder geistigen Gesundheit bzw Unversehrtheit. Es genügt eine psychische Beeinträchtigung, sofern diese mit einer massiven Beeinträchtigung der psychischen Sphäre verbunden ist. Bloßes Unbehagen oder bloße Unlustgefühle hat dagegen jeder selbst zu tragen, so *Reischauer*.¹⁸¹ Psychische Schäden iSv Trauer seien nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz zu ersetzen, sofern sie zu keiner Gesundheitsschädigung führen, bei bloßer Fahrlässigkeit oder Gefährdungshaftung fehle es an der Schwere des Zurechnungsgrundes, so der OGH.¹⁸² Der Ehegatte müsste somit die Rechtssphäre des Verstorbenen vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt haben, damit dieser Erbunwürdigkeitsgrund verwirklicht wird. Dies wird in Praxis wohl schwer zu beweisen sein.

Nach neuer Rechtslage behält im Falle einer Scheidung auch bei einem bereits anhängigen Verfahren der Ehegatte bis zur rechtskräftigen Auflösung sein gesetzliches Erbrecht, außer es besteht bereits eine Vereinbarung über die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse. Wird die Ehe durch den Tod eines Ehegatten beendet, wird die getroffene Aufteilungsvereinbarung sinngemäß angewandt.¹⁸³ Bestand keine solche Vereinbarung, ist die Entfremdung der Ehegatten ohne rechtliche Konsequenz.

b) Verschuldensgrad

Nicht festgelegt wurde, ob die Verletzung dieser Pflichten vorsätzlich erfolgen muss. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte wird entsprechend der bisherigen Rsp davon auszugehen sein, so *Apathy*.¹⁸⁴ *Likar-Peer* verweist in diesem Zusammenhang auf die inhaltlich übereinstimmenden Enterbungs- und Erbunwürdigkeitsgründe. Das Gesetz differenziert dem Wortlaut nach nicht zwischen § 541 Z 2 und 3 und § 770 Z 4 und 5 ABGB nF. Der bisherige Enterbungsgrund des § 768 Z 2 sowie § 769 ABGB aF, zu dessen Verwirklichung vorsätzliches Handeln nicht erforderlich war,¹⁸⁵ wurde durch § 770 Z 4 und 5 ABGB nF ersetzt. *Likar-Peer* kommt zu dem Ergebnis, dass aufgrund des übereinstimmenden Gesetzeswortlauts eine differenzierte Beurteilung nicht sachgerecht erscheint. Daher solle, wie im Fall der Enterbung unstrittig, auf die fahrlässige Begehung abgestellt werden.¹⁸⁶ Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn nach

¹⁸¹ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1325 ABGB Rz 1.

¹⁸² OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001/73.

¹⁸³ *Deixler-Hübner* in *Barth/Pesendorfer* 39 (44); *Fischer-Czenmark* in *Rabl/Zöchling-Jud* 27 (34).

¹⁸⁴ *Apathy*, ZR VII ErbR⁵ Rz 9/8.

¹⁸⁵ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 768 Rz 3; *Kralik*, Erbrecht 284; *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 382.

¹⁸⁶ *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 540 Rz 84.

bisher hM war für die Enterbung die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes ausreichend, während die Erbunwürdigkeitsgründe die vorsätzliche Tatbegehung voraussetzten. Dies gründet sich in dem Umstand, dass die Erbunwürdigkeit bereits ex lege bei Setzung des tatbestandsmäßigen Verhaltens eintritt. Es erscheint daher gerechtfertigt, den Verschuldensgrad betreffend Nachsicht walten zu lassen und vorsätzliches Handeln für die Verwirklichung der Erbunwürdigkeitsgründe zu fordern.

IV. Literaturverzeichnis

Festschriften

Hofmann, Klaus, Gedanken eines Praktikers zum österreichischen Erbrecht in FS Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004)

Zimmermann, Reinhard, Erbuwüdigkeit- die Entwicklung eines Rechtsinstitutes im Spiegel europäischer Kodifikationen in FS Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010)

Sammelbände

Barth, Peter, Pflichtteilsrecht neu, in Barth, Peter/Pesendorfer, Ulrich, (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016)

Deixler-Hübner, Astrid, Erbrechtliche Absicherung des Ehegatten, eP und Lebensgefährten, in Barth, Peter/Pesendorfer, Ulrich (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016)

Fischer-Czermak, Constanze, Ehegattenerbrecht, Rechte des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen, in Rabl, Christian/Zöchling-Jud, Brigitta (Hrsg), Das neue Erbrecht - Erbrechtsänderungsgesetz 2015 (2015)

Fischer-Czermak, Constanze, Die Reform des Erbrechts aus der Sicht der Wissenschaft, in Deixler-Hübner, Astrid/Schauer, Martin (Hrsg), Erbrecht NEU (2015)

Ganner, Michael/Nachtschatt, Eva, Letztwillig Verfügen bei Zweifeln an der Testierfähigkeit, in Barth, Peter/Pesendorfer, Ulrich (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016)

Likar-Peer, Maria, Der Ausschluss vom Erbrecht, in Ferrari, Susanne/Likar-Peer, Maria (Hrsg), Erbrecht. Ein Handbuch für die Praxis (2007)

Pesendorfer, Ulrich, Entstehung des Erbrechts, Erbverzicht, Erbschaftserwerb und Verjährung, in Barth, Peter/Pesendorfer, Ulrich (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016)

Pesendorfer, Ulrich, Hintergründe und Ziele der Reform, in Barth, Peter/Pesendorfer, Ulrich (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016)

Zöchling-Jud, Brigitta, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015 in Rabl, Christian/Zöchling-Jud, Brigitta (Hrsg), Das neue Erbrecht - Erbrechtsänderungsgesetz 2015 (2015)

Tagungsbände

Ferrari, Susanne, Die Reform des österreichischen Erbrechts, 17. ÖJT Band II/2 (2010)

Scheuba, Elisabeth, Reformen im Erbrecht einzelne Anmerkungen dazu aus der Rechtspraxis, 17. ÖJT Band II/2 (2010)

Welser, Rudolf, Reform des österreichischen Erbrechts, 17. ÖJT Band II/1 (2009)

Wendehorst, Christiane, Die Reform des österreichischen Erbrechts im Lichte internationaler Entwicklungen, 17. ÖJT Band II/2 (2010)

Zeitschriften

Barth, Peter, Das neue Pflichtteilsrecht, iFamZ 2015, 237

Christandl, Gregor/Nemeth, Kristin, Das neue Erbrecht- ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016/1

Hofmair, Marlene, Erbuwüdigkeit und Enterbung nach dem ErbRÄG 2015, JEV 2016, 47

Hopf, Gerhard/Stabentheiner, Johannes, Das Eherechts-Änderungsgesetz II 1999, ÖJZ 1999, 861
Jud, Brigitta, Überlegungen zu einer Reform des Erbrechts, ÖJZ 2008/59
Jud, Brigitta, § 540 ABGB-Erbunwürdigkeit und Tod des Erblassers, NZ 2006/13
Kommenda, Benedikt, Die Tücken des kommenden Erbrechts, Die Presse 2016/44/01
Christandl, Gregor/ Nemeth, Kristin, Das neue Erbrecht- ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016/1
Pesendorfer, Ulrich, Die Erbrechtsreform im Überblick Allgemeiner Teil- gewillkürte Erbfolge-
gesetzliches Erbrecht-Erbschaftserwerb-Verjährung, iFamZ 2015, 230
Pesendorfer, Ulrich, Enterbungs- und Erbunwürdigkeitsgründe nach dem ErbRÄG 2015, iFamZ
2015, 237
Rabl, Christian, Erbrechtsreform 2015-Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015/107
Rabl, Christian/Spitzer, Martin, Der Pflichtteil hat seine Berechtigung verloren, Die Presse
2007/20/05.
Schauer, Martin/Motal, Bernhard/Reiter, Sebastian/Hofmair, Marlene/ Wöss, Sebastian,
Erbrechtsreform: Paradigmenwechsel oder Window Dressing?, JEV 2015, 40
Schöberl, Wolfgang, Vom Pflegevermächtnis bis zur Pflichtteilsstundung: Das Erbrechts-
Änderungsgesetz 2015, NetV 2016, 5
Tritremmel, David, Freunde sind die neue Familie , iFamZ 2016, 68
Tschugguel, Andreas, Erbunwürdigkeit und Begehung im Familienkreis, EF-Z 2016/143
Verweijen, Stephan, ErbRÄG 2015 - zu den Rechten des Lebensgefährten, ÖJZ 2016/114
Welser, Rudolf, Erbrechtsreform in Deutschland - ein Vorbild für Österreich?, NZ 2008, 257

Systeme, Lehrbücher und Monographien

Apathy, Peter, Zivilrecht VII Erbrecht⁵ (2015)

Barth, Peter/Pesendorfer, Ulrich, Erbrechtsreform konsolidierte Gesetzestexte - Hervorhebung der
Änderungen - Materialien und Anmerkungen 2015 (2015)

Ehrenzweig, Wolf, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Familien- und Erbrecht
II/2 (1924)

Kienapfel, Diethelm/Höpfel, Frank/Kert, Robert, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁴ (2012)

Kralik, Winfried, Erbrecht (1983)

Unger, Joseph, System des österreichischen allgemeinen Privatrecht. VI das österreichisches
Erbrecht (1864)

Welser, Rudolf/Zöchling-Jud, Brigitta, Bürgerliches Recht¹⁴ II Schuldrecht allgemeiner Teil,
Schuldrecht besonderer Teil, Erbrecht (2015)

Kommentare

Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas (Hrsg), ABGB, 3. Auflage des von Klang
begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 531-551 (2016)

Hopf, Gerhard/Kathrein, Georg (Hrsg), Eherecht³: Eherechtliche Bestimmungen des ABGB, EheG
samt 1. DVEheG, Ehegattenwohnrecht, Eheverfahrensrecht, einschlägige Bestimmungen des
Sozialversicherungs- und des Pensionsrechts (2014)

Klang, Heinrich (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1 (1935)

Klang, Heinrich (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1952)
Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB² (2007)
Rilk, Otto (Hrsg), Das neue Eherecht : Kommentar zum Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschliessung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938 (1938)
Schwimann, Michael (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2005)
Schwimann, Michael/Kodek, Georg (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ III (2013)

Online Kommentare

Knechtel, Gerhard in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 566 (Stand 1.9.2014, rdb.at)
Reindl-Krauskopf, Susanne in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 5 (Stand: 1.8.2015, rdb.at)
Reischauer, Rudolf in Rummel in ABGB³ § 1325 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at)
Schauer, Martin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 284d ABGB (Stand 1.9.2015, rdb.at)
Stabentheiner, Johannes in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 33 (Stand 1.7.2015, rdb.at)
Stabentheiner, Johannes in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 284d (Stand 1.7.2015, rdb.at)
Stabentheiner, Johannes in Rummel, ABGB³ § 49 EheG (Stand 1.1.2002, rdb.at)
Wagner, Erika in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 33 ABGB (Stand 1.9.2015, rdb.at)
Welser, Rudolf in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 538 (Stand 1.11.2014, rdb.at)
Welser, Rudolf in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 540 (Stand 1.11.2014, rdb.at)
Welser, Rudolf in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 542 (Stand: 1.11.2014, rdb.at)
Welser, Rudolf in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 569 (Stand: 1.11.2014, rdb.at)
Werkusch-Christ, Claudia in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 539 ABGB (Stand 1.3.2015, rdb.at)
Werkusch-Christ, Claudia in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 540 ABGB (Stand 1.3.2015, rdb.at)
Wiebe, Andreas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 859 (Stand 1.6.2015, rdb.at)

Stellungnahmen

Christandl, Gregor/Nemeth, Kristin, 40/SN-100/ME 25. GP
Hofmann, Alexander/Ulm, Wolfgang, 1/SN-100/ME 25. GP
Österreichische Notariatskammer, 8/SN-100/ME 25. GP
Schauer, Martin/Motal, Bernhard/Reiter, Sebastian/Hofmair, Marlene/Wöss, Sebastian, 25/SN-100/ME 25. GP
Scheuba, Elisabeth, 14/SN-100/ME 25. GP
Wendehorst, Christiane, 39/SN-100/ME 25. GP

Erläuterungen

ErIRV 688 BlgNR 25. GP

Rechtssätze

RIS-Justiz RS0047000

RIS-Justiz RS0121922
RIS-Justiz RS0112469
RIS-Justiz RS0094991
RIS-Justiz RS0012463
RIS-Justiz RS0106379
RIS-Justiz RS0012273
RIS-Justiz RS0014978

V. Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Anm	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BR	Bürgerliches Recht
bzw	beziehungsweise
EheG	Ehegesetz
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
ErbR	Erbrecht
ErbRÄG	Erbrechtsänderungsgesetz
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ
FamErbRÄG	Familien- und Erbrechtsänderungs-Gesetz
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	Herausgeber
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
iSd	im Sinne des
iZm	im Zusammenhang mit
JB	Juristische Blätter
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge

mE	meines Erachtens
NetV	NOVA & VARIA - Zeitschrift des Juristenverbandes
nF	neue Fassung
NZ	Österreichische Notariatszeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
PatVG	Patientenverfügungs-Gesetz
RGBI	Reichgesetzblatt
Rsp	Rechtssprechung
Rz	Randziffer
StGB	Strafgesetzbuch
SWRÄG	Sachwalterrechts-Änderungsgesetz
WK	Wiener Kommentar
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZR	Zivilrecht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht