jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 2008/7/7 6Ob286/07p

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 07.07.2008

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ.-Prof. Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Gerda S*****, vertreten durch Dr. Hellmut Prankl, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei Johann K*****, vertreten durch Liebscher Hübel & Lang Rechtsanwälte in Salzburg, wegen Feststellung (Streitwert 12.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 26. September 2007, GZ 1 R 86/07h-32, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 8. Februar 2007, GZ 3 Cg 5/05z-25, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Die Rechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

**Text**

Begründung:

Die Klägerin ist die gemeinsame eheliche Tochter des 1917 geborenen Beklagten und der 1913 geborenen Friederike K*****; letztere verstarb am 14. 1. 2002. Zum Todeszeitpunkt waren die Erblasserin und der Beklagte bereits etwa 60 Jahre verheiratet gewesen. Sie waren jeweils Hälfteeigentümer der Liegenschaft EZ ***** Grundbuch ***** samt dem darauf errichteten Hotel „V*****", wo sie auch bis zum Hirnschlag der Erblasserin am 23. 3. 2001 gemeinsam gewohnt hatten; der Beklagte lebt heute noch dort. In den Jahren 1968 und 1983 hatte die Erblasserin die Klägerin testamentarisch zur Alleinerbin eingesetzt.

Es steht nicht fest, wie gut die Eheleute in den letzten Jahren ihres Zusammenlebens miteinander ausgekommen waren; die Erblasserin äußerte jedoch gegenüber der Sachwalterschaftsrichterin anlässlich der Erstanhörung am 18. 8. 1999, sie seien seit 59 Jahren verheiratet und sie könne sich keinen besseren Ehegatten wünschen.

Allerdings wurde das Leben der Ehegatten durch Streitigkeiten mit der Klägerin und dem Schwiegersohn Franz S***** beeinträchtigt. Zumindest der Beklagte - und auch der 1920 geborene Dr. Herbert G*****, der jahrzehntelang Hausarzt der Ehegatten gewesen war - hatten den Eindruck, dass es Tochter und Schwiegersohn nur darum ging, den

Ehegatten die Leitung des Hotels und letztlich auch das Eigentum daran zu entreißen. Ob dies auch die Meinung der Erblasserin gewesen war, steht nicht fest. Wegen dieser schweren Zwistigkeiten erhielten Tochter und Schwiegersohn 1999 Hausverbot beim Beklagten und der Erblasserin, wodurch es zwangsläufig zu einer starken Verringerung der möglichen Kontakte kam; insbesondere der Beklagte mied möglichst jeden Kontakt.

Am 16. 8. 1999 regte die Klägerin die Einleitung eines Sachwalterbestellungsverfahrens betreffend die Erblasserin an; ihre damals 86-jährige Mutter sei seit mehreren Jahren bettlägerig, habe im August 1999 ihre Tochter nicht mehr erkannt und Verwirrtes geredet. Anlässlich der Erstanhörung am 19. 8. 1999 besuchte die Sachwalterschaftsrichterin die Erblasserin in deren Wohnung. Sie fand sie dort gemeinsam mit dem Beklagten in gutem Ernährungszustand, gut gepflegt und geistig voll orientiert vor. Die Erblasserin erklärte, sie werde von einer Pflegerin betreut und fühle sich bei dieser sehr wohl. Sie äußerte sich enttäuscht über die Anregung ihrer Tochter auf Begründung einer Sachwalterschaft. Der Beklagte meinte, Hintergedanke des Antrags sei vermutlich, an das Geld der Mutter heranzukommen. Am 17. 3. 2000 stellte das Bezirksgericht Salzburg das Sachwalterbestellungsverfahren mit der Begründung ein, es bestehe dafür kein Anlass.

Bereits am 2. 2. 2000 hatte die Erblasserin ihr Testament dahin abgeändert, dass sie nunmehr den Beklagten als ihren Alleinerben einsetzte. Dass der Beklagte ihr im Zusammenhang mit diesem Testament irgendwelche Versprechungen gemacht hätte, sie unter keinen Umständen in ein Pflegeheim abzuschieben, steht nicht fest.

Am 23. 3. 2001 erlitt die Erblasserin einen Hirnschlag und wurde ins Krankenhaus eingeliefert. Dort behandelte man sie vor allem wegen eines zerebralen Multiinfarktgeschehens sowie wegen verschiedener Organschäden; es wurden insbesondere ein chronisches Nierenversagen, eine koronare Herzkrankheit, eine Überfunktion der Schilddrüse, eine Blutzuckererkrankung, weitere Stoffwechselerkrankungen sowie ein hirnorganisches Psychosyndrom festgestellt. Aufgrund ihres äußerst schlechten Gesundheitszustands waren der Beklagte und die Betreuerin der Ehegatten, Frau J*****, nicht mehr in der Lage, die Erblasserin zu Hause entsprechend zu versorgen. Sie wurde deshalb am 19. 4. 2001 in die Pflegeabteilung der Seniorenwohnanlage in S***** eingeliefert.

Mit Bescheid der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vom 14. 5. 2001 wurde der Erblasserin Pflegegeld der Stufe 5 zuerkannt. Dagegen erhob sie zu 11 Cgs 79/01a des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht Klage auf Leistung von Pflegegeld der Stufe 7. Das Personal des Pflegeheims gab in diesem Verfahren an, dass die Erblasserin ein kompletter Pflegefall sei. Sie könne nur gelegentlich einige Antworten geben, könne und wolle nicht mehr essen und habe das Essen daher ausgespuckt, weshalb man ihr eine PEG-Sonde (Magensonde, direkt am Magen eingeführt) gesetzt habe. Sie könne weder gehen noch stehen und auch nicht mehr sitzen und sei harn- und stuhlinkontinent, eine zielführende verbale Kommunikation mit ihr sei nicht mehr möglich. Der beigezogene Sachverständige Dr. Christian G*****, Facharzt für Psychiatrie und Neurologie sowie Psychotherapeut, hielt gutachterlich fest, eine Exploration sei nur äußerst beschränkt möglich gewesen, wobei bei der Erblasserin eine Mischung aus dementer und depressiver Symptomatik vorliege. In psychischer Hinsicht beschrieb er sie als bewusstseinsklar, kontaktfähig, explorativ nur beschränkt zugänglich und im Wesentlichen desorientiert; die kognitive Leistungsfähigkeit sei erheblich herabgesetzt, die Stimmungslage gedrückt. Er bejahte einen außergewöhnlichen Pflegebedarf. Mit Vergleich vom 23. 11. 2001 wurde der Erblasserin daraufhin Pflegegeld der Stufe 7 ab 1. 5. 2001 zuerkannt.

Der Beklagte besuchte die Erblasserin bis zu deren Tod weder im Seniorenwohnheim noch im Krankenhaus, schickte jedoch fast täglich Frau J***** zu Besuch. Warum der Beklagte seine Ehegattin nicht mehr besuchte, steht nicht fest. Das Erstgericht hielt hiefür eine „Kombination aus eigener körperlicher Hinfälligkeit des Beklagten und aus psychischer Scheu, die so schwer leidende Gefährtin erleben zu müssen", für wahrscheinlich. Ob (auch) negative Gefühle des Beklagten gegenüber der Ehegattin dafür mitverantwortlich gewesen sein könnte, vermochte das Erstgericht hingegen nicht festzustellen; „rein theoretisch wäre es möglich, dass die Kenntnis vom Schenkungsvertrag beim Beklagten negative Gefühle ausgelöst haben könnte - damit drohte und droht ihm jedenfalls [die] Einbringung einer Teilungsklage durch die Klägerin und [der] Verlust der Wohnung -, wobei auch das Testament seiner Ehefrau zu seinen Gunsten vom 2. 2. 2000 auf ein starkes Interesse des Beklagten hinweis[e], diese Gefahr auszuschalten; für eine positive Einstellung des Beklagten gegenüber [der Erblasserin spreche] wiederum der Umstand, dass er eben seine eigene Betreuerin Frau J***** fast täglich zu Besuch in das Pflegeheim geschickt hat".

Hinsichtlich des soeben erwähnten „Schenkungsvertrags" war zu 10 Cg 136/02m des Landesgerichts Salzburg ein

Verfahren anhängig in dem die Klägerin am 10. 7. 2002, also etwa ein halbes Jahr nach dem Tod der Erblasserin, deren Verlassenschaft unter anderem auf Feststellung geklagt hatte, dass ein am 13. 7. 2001 abgeschlossener Schenkungsvertrag zwischen der Erblasserin und der Klägerin betreffend den Hälfteanteil der Erblasserin an der Liegenschaft EZ ***** Grundbuch ***** rechtswirksam sei. Diesem Begehren wurde mit Urteil vom 23. 2. 2006 stattgegeben, nachdem der Beklagte das Begehren der Klägerin vor allem wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt der Unterfertigung des Notariatsakts vom 13. 7. 2001 bestritten hatte. Nach den maßgeblichen Urteilsfeststellungen war die Erblasserin bei Abschluss des Schenkungsvertrags in der Lage gewesen, die Tragweite dieses Geschäfts - dass sie also die ihr gehörende Hälfte ihrer Liegenschaft der Klägerin schenkt - zu beurteilen, ihre Wünsche und Vorstellungen zu erwägen sowie die Tragweite und Auswirkungen ihres Handelns abzuschätzen und dieser Einsicht gemäß zu disponieren. Diese Feststellungen gründeten sehr wesentlich auf dem eingeholten Gutachten des Sachverständigen Univ.-Prof. Dr. Erwin O*****, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, der die Geschäftsfähigkeit vor allem deshalb bejaht hatte, weil der Unterfertigung des Notariatsakts der Sachverständige Univ.-Prof. Dr. Wolfgang L*****, Facharzt für Psychiatrie, beigezogen worden war, der in seinem Privatgutachten nach einigen Testfragen an die Erblasserin deren Geschäftsfähigkeit bejaht gehabt hatte. Er führte dabei unter anderem aus:

„Insbesondere die psychiatrischen Auffälligkeiten (Hirnabbau) unterlagen beträchtlichen Schwankungen ... dieser fluktuierende Verlauf der psychopathologischen Auffälligkeiten, welche in mehreren Befunden als organisches Psychosyndrom und in anderen Befunden als demenzielle Entwicklung bezeichnet wurden, war offensichtlich durch eine Störung der Hirndurchblutung verursacht und ging in erster Linie von der koronaren Herzerkrankung mit Störung der Herzschlagfolge aus.

Vom 23. 3. bis 19. 4. 2001 befand sich die Geschenkgeberin [Erblasserin] in stationärer Behandlung der Landesklinik für Geriatrie, wobei zum Aufnahmezeitpunkt die Kommunikation möglich war. Die Patientin war wach, teilorientiert, affektiv flach und waren Aufmerksamkeit und Konzentration herabgesetzt. Neurologisch fand sich eine Einschränkung der Feinmotorik und Koordination, Stirnhirnzeichen, der Bewegungsablauf war verlangsamt. Der Gang wurde nicht geprüft. Es fand sich eine neurogene Schluckstörung.

Vom 26. 6. bis 11. 7. 2001 befand sich die Geschenkgeberin [Erblasserin] in stationärer Behandlung der Landesklinik für Innere Medizin I, wobei die Einweisung deswegen erfolgte, weil die Patientin im Pflegeheim die Nahrungsaufnahme verweigerte. Offensichtlich wegen einer ausgeprägten Dehydrierung war am 25. 6. 2001 die Eigenanamnese nicht erhebbar.Vom 26. 6. bis 11. 7. 2001 befand sich die Geschenkgeberin [Erblasserin] in stationärer Behandlung der Landesklinik für Innere Medizin römisch eins, wobei die Einweisung deswegen erfolgte, weil die Patientin im Pflegeheim die Nahrungsaufnahme verweigerte. Offensichtlich wegen einer ausgeprägten Dehydrierung war am 25. 6. 2001 die Eigenanamnese nicht erhebbar.

Am 26. 4. 2001 wurde die Geschenkgeberin [Erblasserin] zur Frage der Höhe des Bundespflegegelds untersucht und wurde eine demenzielle Entwicklung mit zeitweisen Verwirrtheitszuständen bei Parkinson-Syndrom festgestellt. Diese demenzielle Entwicklung wird im Arztbrief der Landesklinik für Innere Medizin I als 'vasculäre Demenz' bezeichnet. Bei der vasculären Demenz handelt es sich um ein Syndrom (Anhäufung von Krankheitszeichen), welches einerseits durch die psychiatrischen Zeichen eines zunehmenden hirnorganischen Abbauprozesses gekennzeichnet ist, andererseits wird mit diesem Namen ausgedrückt, dass der Abbauprozess in erster Linie durch Veränderungen an den kleinen und kleinsten Hirngefäßen gefördert wird. Damit ist aber auch impliziert, dass es bei Verbesserung der Hirndurchblutung, durch welche Maßnahmen immer, zu einer Verbesserung der Konzentration und Aufmerksamkeit kommen kann. Dieses Phänomen wird in der alten und heute nicht mehr gebräuchlichen forensischen Literatur als 'luzides Intervall' bezeichnet. Dieses luzide Intervall bedeutet aber nicht, dass einmal zugrunde gegangenes Hirngewebe wiederhergestellt werden kann. Damit soll auch ausgedrückt werden, dass einmal zugrunde gegangene Intelligenz nicht mehr wieder aufgebaut werden kann. Allerdings ist es bei einer derartigen Art der Demenz möglich, dass etwa vorliegende Störungen der Wortfindung oder Schwierigkeiten in der Ausdrucksweise durch eine Verbesserung der Hirndurchblutung vorübergehend ebenfalls gebessert werden können.Am 26. 4. 2001 wurde die Geschenkgeberin [Erblasserin] zur Frage der Höhe des Bundespflegegelds untersucht und wurde eine demenzielle Entwicklung mit zeitweisen Verwirrtheitszuständen bei Parkinson-Syndrom festgestellt. Diese demenzielle Entwicklung wird im Arztbrief der Landesklinik für Innere Medizin römisch eins als 'vasculäre Demenz' bezeichnet. Bei der vasculären Demenz handelt es sich um ein Syndrom (Anhäufung von Krankheitszeichen), welches einerseits durch die psychiatrischen

Zeichen eines zunehmenden hirnorganischen Abbauprozesses gekennzeichnet ist, andererseits wird mit diesem Namen ausgedrückt, dass der Abbauprozess in erster Linie durch Veränderungen an den kleinen und kleinsten Hirngefäßen gefördert wird. Damit ist aber auch impliziert, dass es bei Verbesserung der Hirndurchblutung, durch welche Maßnahmen immer, zu einer Verbesserung der Konzentration und Aufmerksamkeit kommen kann. Dieses Phänomen wird in der alten und heute nicht mehr gebräuchlichen forensischen Literatur als 'luzides Intervall' bezeichnet. Dieses luzide Intervall bedeutet aber nicht, dass einmal zugrunde gegangenes Hirngewebe wiederhergestellt werden kann. Damit soll auch ausgedrückt werden, dass einmal zugrunde gegangene Intelligenz nicht mehr wieder aufgebaut werden kann. Allerdings ist es bei einer derartigen Art der Demenz möglich, dass etwa vorliegende Störungen der Wortfindung oder Schwierigkeiten in der Ausdrucksweise durch eine Verbesserung der Hirndurchblutung vorübergehend ebenfalls gebessert werden können.

Am 11. 7. 2001 wurde [die Erblasserin] aus der Behandlung im Krankenhaus entlassen, nachdem die Anlage einer Ernährungssonde (PEG) erfolgt war. Somit kann davon ausgegangen werden, dass der Geschenkgeberin [Erblasserin] während des genannten stationären Aufenthalts auch genug Flüssigkeit verabreicht wurde, welche letztlich auch für eine Verbesserung der Hirndurchblutung bedeutend sein kann. Offensichtlich hat der Verbesserungszustand auch bis zum Unterschriftenzeitpunkt am 13. 7. 2001 angehalten."

Am 15. 9. 2001 erschien die Klägerin bei der Bundespolizeidirektion Salzburg und erstattete Anzeige, sie habe am 13. 9. 2001 abends ihre Mutter im Seniorenwohnheim besucht und dabei von einer Mitarbeiterin namens Sonja die Auskunft erhalten, der behandelnde Arzt - der ehemalige Hausarzt der Erblasserin und des Beklagten, Dr. Herbert G***** - habe bereits am 8. 9. 2001 angeordnet gehabt, dass im Auftrag des Ehemanns der Erblasserin - also des Beklagten - die breiige Nahrung abzustellen sei. Ab 14. 9. 2001 sei dann diese Nahrung tatsächlich abgestellt worden. Sie habe sich in der Folge mit ihrem Mann und Ärzten unterhalten und sei am 15. 9. 2001 abends wiederum zu ihrer Mutter gefahren; diese habe auf ihre Fragen geantwortet. Sie habe gesehen, dass am Bett eine Flüssigkeit angehängt gewesen sei, welche der Erblasserin computergesteuert zugeführt worden sei. Die Klägerin habe sich daraufhin beim Pfleger Alexander erkundigt, welcher erzählt habe, der ehemalige Hausarzt habe angeordnet, dass sowohl die breiige als auch die flüssige Nahrung abzustellen seien; dem habe er sich aber widersetzt und der Erblasserin weiter Flüssigkeit zugeführt und sogar heimlich Nahrung gegeben.

Vor dieser Anzeige - und nachdem sie festgestellt hatten, dass bei der Erblasserin Ernährung und Medikamente abgesetzt worden waren - hatten die Klägerin und ihr Ehegatte eine Nachdenkpause benötigt, wie sie reagieren sollten; ihr Ehegatte hatte es dabei der Klägerin sogar „freigestellt, wie sie sich hinsichtlich dieser Gegebenheiten, lebensverkürzende oder lebensverlängernde Maßnahmen bei ihrer Mutter, entscheiden wolle". In dieser Überlegungsphase hatten die beiden auch Rat von Ärzten eingeholt; erst danach hatten sie sich zur Anzeige entschlossen.

Aufgrund der Anzeige der Klägerin begab sich ein Polizeibeamter in das Seniorenwohnheim und stellte fest, dass ein Gespräch mit der Erblasserin aufgrund ihres schlechten Gesundheitszustands nicht möglich war. Zwei von ihm befragte Pfleger, darunter auch der Pfleger Alexander, ließen durchblicken, dass ihnen die Anordnungen des behandelnden Arztes nicht recht geheuer seien. Sie verwiesen auf ein Schreiben des Beklagten an die Pflegeleitung vom 6. 9. 2001, in dem es heißt:

Nach allen intensiven Versuchen ärztlicherseits, die schwere Krankheit mit ihren starken Beschwerden für die Patientin zu mildern, ist nach Ansicht aller, die mit der Behandlung und Betreuung befasst sind, nach menschlichem Ermessen eine Besserung nicht zu erwarten. Daher möchte ich die eventuell lebensverlängernden Maßnahmen nicht mehr angewendet wissen. Diese meine Anordnung erfolgt nach reiflicher Überlegung, um meiner geliebten Frau auch in dieser Situation zu helfen.

Weiters erzählte der Pfleger Alexander dem Polizeibeamten, dass der ehemalige Hausarzt zunächst mündlich angeordnet gehabt habe, der Erblasserin keine Medikamente und Infusionen (Wasser und Nahrung) mehr zu verabreichen, und dass am 11. 9. 2001 der ehemalige Hausarzt über Verlangen des Pflegers Alexander sogar handschriftlich auf dem Medikamentenblatt die Anordnung „Absetzen von Medikamenten und Nahrung trotz Einspruchs von Pfleger Alexander" vermerkt habe. Als der Pfleger den Wunsch geäußert habe, der Erblasserin wenigstens etwas zum Trinken anhängen zu dürfen, habe der ehemalige Hausarzt etwas widerwillig die Zustimmung dazu erteilt. Der ehemalige Hausarzt habe seine Vorgangsweise damit begründet, dass die Erblasserin schon so alt sei

und schon mehrere Operationen gehabt habe; es werde nicht mehr besser, und der Beklagte tue ihm so leid; dieser habe ihn auch darum gebeten. Der Pfleger Alexander erzählte weiters, die Erblasserin habe am 13. 9. 2001 zum letzten Mal Nahrung und Medikamente erhalten; seither bekomme sie nur mehr Flüssigkeit, ihr Gesundheitszustand habe sich aber seither noch nicht verschlechtert.

Noch am 16. 9. 2001 vormittags ordnete die zuständige Staatsanwältin an, die Versorgung der Erblasserin mit Nahrung und Medikamenten wieder aufzunehmen, woraufhin sich gegen Mittag der Beklagte telefonisch bei der Polizei meldete und aufgebracht fragte, warum man seiner Ehegattin wieder Nahrung gebe, wo er doch sogar schriftlich ersucht gehabt habe, keine lebensverlängernden Maßnahmen mehr zu setzen; diesen Brief habe er geschrieben, weil seine Frau nicht mehr in der Lage sei, den Wunsch zu äußern, Nahrung und Medikamente abzusetzen.

Nachdem am 16. 9. 2001 die Ernährung und Versorgung der Erblasserin mit Medikamenten wieder aufgenommen worden war - gesundheitliche Folgeschäden der dreitägigen Aussetzung konnten nicht festgestellt werden -, legte der ehemalige Hausarzt in weiterer Folge die Behandlung der Erblasserin, die er seit Jahrzehnten behandelt und auch durch wöchentliche Besuche im Seniorenheim als zuständiger behandelnder Arzt weiter betreut hatte, zurück.

Die gegen den ehemaligen Hausarzt und den Beklagten zu 28 Ur 1153/01a des Landesgerichts Salzburg wegen des Verdachts des versuchten Mordes nach §§ 15, 75 StGB eingeleiteten Vorerhebungen stellte die Staatsanwaltschaft Salzburg im September 2002 nach Einholung eines Gutachtens der Gerichtsmedizin Salzburg-Linz gemäß § 90 StPO ein. In diesem Gutachten war dargelegt worden, dass die Erblasserin im Jahr vor ihrem Tod an einer ganzen Reihe schwerer Erkrankungen gelitten hatte, angefangen von chronischem Nierenversagen, koronarer Herzkrankheit, Schilddrüsenüberfunktion, Diabetes mellitus Grad II, Erkrankungen der Leber und der Gallenwege sowie Arthrose der Kniegelenke bis hin zu einem demenziellen Syndrom. Sie sei eine schwerstkranke Patientin gewesen, bei welcher spätestens ab April 2001 keine Besserung, geschweige denn eine Heilung mehr zu erwarten gewesen sei. Wenn die Erblasserin im März 2001 nach Verweigerung einer Nahrungsaufnahme in das Krankenhaus eingeliefert worden sei, so könne das nicht unbedingt als Willenserklärung bei klarem Bewusstsein und erhaltener Entscheidungsfähigkeit gedeutet werden, sondern ebenso als Folge krankhafter Veränderungen und einer körperlich bedingten Unmöglichkeit zu schlucken. Abschließend verwies das Gutachten auf medizinische Literatur, wonach gerade für alte und sterbende Menschen Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr oftmals eine unerträgliche Belastung darstellten, die man in solchen Fällen nicht vorschreiben dürfe.Die gegen den ehemaligen Hausarzt und den Beklagten zu 28 Ur 1153/01a des Landesgerichts Salzburg wegen des Verdachts des versuchten Mordes nach Paragraphen 15,, 75 StGB eingeleiteten Vorerhebungen stellte die Staatsanwaltschaft Salzburg im September 2002 nach Einholung eines Gutachtens der Gerichtsmedizin Salzburg-Linz gemäß Paragraph 90, StPO ein. In diesem Gutachten war dargelegt worden, dass die Erblasserin im Jahr vor ihrem Tod an einer ganzen Reihe schwerer Erkrankungen gelitten hatte, angefangen von chronischem Nierenversagen, koronarer Herzkrankheit, Schilddrüsenüberfunktion, Diabetes mellitus Grad römisch II, Erkrankungen der Leber und der Gallenwege sowie Arthrose der Kniegelenke bis hin zu einem demenziellen Syndrom. Sie sei eine schwerstkranke Patientin gewesen, bei welcher spätestens ab April 2001 keine Besserung, geschweige denn eine Heilung mehr zu erwarten gewesen sei. Wenn die Erblasserin im März 2001 nach Verweigerung einer Nahrungsaufnahme in das Krankenhaus eingeliefert worden sei, so könne das nicht unbedingt als Willenserklärung bei klarem Bewusstsein und erhaltener Entscheidungsfähigkeit gedeutet werden, sondern ebenso als Folge krankhafter Veränderungen und einer körperlich bedingten Unmöglichkeit zu schlucken. Abschließend verwies das Gutachten auf medizinische Literatur, wonach gerade für alte und sterbende Menschen Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr oftmals eine unerträgliche Belastung darstellten, die man in solchen Fällen nicht vorschreiben dürfe.

Der Beklagte wollte im September 2001 - nach eingehender Beratung mit dem ehemaligen Hausarzt - tatsächlich das Leiden seiner Frau nicht mehr unnötig verlängern, allenfalls sogar abkürzen. Weder dem Beklagten noch dem Hausarzt können jedoch für ihre Anweisungen an das Pflegepersonal negative oder niedere Motive unterstellt werden; Mitleid als Motiv erscheint sogar wahrscheinlicher. Irgendein finanzielles Interesse des Beklagten an einem früheren Tod seiner Ehegattin ist weit und breit nicht zu erkennen, zumal der Beklagte von der Schenkung der Erblasserin an die Klägerin Kenntnis hatte und sich daher aufgrund ihres Todes um so mehr von einer möglichen Teilungsklage seiner mit ihm verfeindeten Tochter bedroht fühlen musste.

Eine verbale Kommunikation zwischen der Erblasserin und dem Pflegepersonal hat während ihres gesamten Aufenthalts im Seniorenwohnheim praktisch nicht stattgefunden; das Pflegepersonal hat dies auf „Hirnschwund" zurückgeführt. Ob demgegenüber die Erblasserin mit der Klägerin und deren Ehegatten verbal kommuniziert hat, und

zwar praktisch nur mit ihnen, wie sie selbst behaupten, steht nicht fest. Es sind daher auch keine Äußerungen der Erblasserin, dass sie so lang wie möglich weiterleben möchte oder - im Gegenteil - möglichst rasch sterben wolle, überliefert. Sie hat jedenfalls die Klägerin und deren Ehegatten auch nicht darauf aufmerksam gemacht, dass ihr keine Nahrung oder Medikamente mehr zugeführt werden; ob das für die Erblasserin überhaupt erkennbar war, steht jedoch ebenfalls nicht fest.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Erbrechtsklage nach Verweisung auf den Rechtsweg im Verlassenschaftsverfahren gemäß §§ 125, 126 AußStrG 1854 die Feststellung der Ungültigkeit des Testaments der Erblasserin vom 2. 2. 2000, in eventu der Erbunwürdigkeit des Beklagten gegenüber der Erblasserin. Dieser habe die Erblasserin in betrügerischer Weise dadurch, dass er ihr zugesagt habe, sie nicht ins Altenheim abzuschieben, dazu verleitet, dieses Testament zu seinen Gunsten aufzusetzen. Er habe die Erblasserin bis zu ihrem Tod kein einziges Mal im Seniorenwohnheim oder im Krankenhaus besucht und schließlich Dritten gegenüber angeordnet, dem Leben der Erblasserin ein Ende zu setzen; deshalb habe sie jedenfalls mehrere Tage lang weder Nahrung noch Medikamente erhalten. Dies habe eine Straftat gegen die Erblasserin dargestellt, jedenfalls habe er aber seine ehelichen Beistandspflichten verletzt.Die Klägerin begehrt mit ihrer Erbrechtsklage nach Verweisung auf den Rechtsweg im Verlassenschaftsverfahren gemäß Paragraphen 125,, 126 AußStrG 1854 die Feststellung der Ungültigkeit des Testaments der Erblasserin vom 2. 2. 2000, in eventu der Erbunwürdigkeit des Beklagten gegenüber der Erblasserin. Dieser habe die Erblasserin in betrügerischer Weise dadurch, dass er ihr zugesagt habe, sie nicht ins Altenheim abzuschieben, dazu verleitet, dieses Testament zu seinen Gunsten aufzusetzen. Er habe die Erblasserin bis zu ihrem Tod kein einziges Mal im Seniorenwohnheim oder im Krankenhaus besucht und schließlich Dritten gegenüber angeordnet, dem Leben der Erblasserin ein Ende zu setzen; deshalb habe sie jedenfalls mehrere Tage lang weder Nahrung noch Medikamente erhalten. Dies habe eine Straftat gegen die Erblasserin dargestellt, jedenfalls habe er aber seine ehelichen Beistandspflichten verletzt.

Der Beklagte bestreitet, dass das Testament nicht auf dem freien Willen der Erblasserin beruht habe, und hält der Klägerin entgegen, er sei damals selbst bereits 84 Jahre alt und gehbehindert gewesen; er habe kaum die Wohnung verlassen können. Weder er noch der ehemalige Hausarzt hätten angeordnet oder das Pflegepersonal im Seniorenwohnheim ersucht, die Flüssigkeitszufuhr einzustellen oder die Medikamente abzusetzen; es sei lediglich um die Einstellung der permanenten Nahrungszufuhr durch die Magensonde gegangen, weil sich die Erblasserin regelmäßig erbrochen und erhebliche Schmerzen gehabt habe; eine Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen sei nicht intendiert gewesen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Dem Beklagten sei ein charakterlich verwerfliches Verhalten nicht vorwerfbar; er habe nämlich nicht leichtfertig den Wunsch auf Einstellung lebensverlängernder Maßnahmen bei der Erblasserin geäußert, sondern nach eingehender Beratung mit deren jahrzehntelangem Vertrauensarzt, weil er den Eindruck gehabt habe, dass das Weiterleben für sie nur mehr eine Qual darstelle. Zu berücksichtigen sei auch, dass seine Ehegattin ursprünglich die Nahrungsaufnahme verweigert und sodann die Sondennahrung häufig erbrochen habe. Es sei somit wahrscheinlich, dass der Beklagte nach bestem Wissen und Gewissen zur Auffassung gekommen sei, es sei der Wunsch der Erblasserin, die Qualen nicht unnötig zu verlängern. Damit scheide aber die Annahme einer Erbunwürdigkeit des Beklagten aus.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und dass die ordentliche Revision zulässig sei; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, inwieweit (passive) Sterbehilfe einen Erbunwürdigkeitsgrund nach § 540 ABGB darstellt. In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, die von der Klägerin geltend gemachte Verletzung der ehelichen Beistandspflicht (keine Besuche im Seniorenwohnheim und im Krankenhaus, mehrtägige Verweigerung von Nahrung und Medikamenten) durch den Beklagten könne lediglich einen Enterbungsgrund darstellen, nicht jedoch Erbunwürdigkeit begründen; enterbt habe die Erblasserin den Beklagten aber nicht. In Anbetracht des Leidenszustands der Erblasserin sei dem Beklagten im Übrigen auch kein versuchtes vorsätzliches Tötungsdelikt vorzuwerfen, vielmehr liege allenfalls eine straflose versuchte (passive) Sterbehilfe vor; es wäre auch gar nicht in der Macht des Beklagten selbst gestanden, die Unterlassung allfälliger lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen zu bewirken oder durchzusetzen. Der bloße Ausdruck seines Wunsches mit dem Motiv, die Qualen und Leiden seiner Ehegattin nicht unnötig zu verlängern, sei nicht strafbar.Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und dass die ordentliche Revision zulässig sei; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, inwieweit (passive)

Sterbehilfe einen Erbunwürdigkeitsgrund nach Paragraph 540, ABGB darstellt. In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, die von der Klägerin geltend gemachte Verletzung der ehelichen Beistandspflicht (keine Besuche im Seniorenwohnheim und im Krankenhaus, mehrtägige Verweigerung von Nahrung und Medikamenten) durch den Beklagten könne lediglich einen Enterbungsgrund darstellen, nicht jedoch Erbunwürdigkeit begründen; enterbt habe die Erblasserin den Beklagten aber nicht. In Anbetracht des Leidenszustands der Erblasserin sei dem Beklagten im Übrigen auch kein versuchtes vorsätzliches Tötungsdelikt vorzuwerfen, vielmehr liege allenfalls eine straflose versuchte (passive) Sterbehilfe vor; es wäre auch gar nicht in der Macht des Beklagten selbst gestanden, die Unterlassung allfälliger lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen zu bewirken oder durchzusetzen. Der bloße Ausdruck seines Wunsches mit dem Motiv, die Qualen und Leiden seiner Ehegattin nicht unnötig zu verlängern, sei nicht strafbar.

Die Revision ist zulässig; sie ist auch berechtigt.

**Rechtliche Beurteilung**

Zum Vorwurf der Arglist:

1. Die Klägerin verfolgt in der Revision ihren Vorwurf, der Beklagte habe die Erblasserin in betrügerischer Weise dadurch, dass er ihr zugesagt habe, sie nicht ins Altenheim abzuschieben, dazu verleitet, das Testament vom 2. 2. 2000 zu seinen Gunsten aufzusetzen, nicht mehr weiter. Es braucht somit darauf auch nicht mehr näher eingegangen zu werden; im Übrigen hat das Erstgericht diesbezüglich ohnehin die Negativfeststellung getroffen, es stehe nicht fest, dass der Beklagte der Erblasserin im Zusammenhang mit diesem Testament irgendwelche Versprechungen gemacht hätte, sie unter keinen Umständen in ein Pflegeheim abzuschieben.

Zum Vorwurf der Vernachlässigung der Beistandspflicht:

2. Weiters meint die Klägerin, der Beklagte habe dadurch einen Enterbungsgrund gesetzt, dass er die Erblasserin weder im Seniorenwohnheim noch im Krankenhaus besucht und sie außerdem 3 Tage lang „hungern und dursten [habe] lassen"; dies führe zu seiner Erbunwürdigkeit.

2.1. Nach §§ 768, 769 ABGB kann zwar ein Ehegatte unter anderem enterbt werden, wenn er den Erblasser im Notstand hilflos gelassen oder seine Beistandspflicht gröblich vernachlässigt hat. Dazu würden sowohl das Unterlassen eines Besuchs im Krankenhaus bei lebensbedrohlicher Erkrankung (vgl Stefula, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005, 35 mwN) als auch die Verweigerung von Nahrung (vgl 10 Ob 2379/96t [Notstand ist jeder Zustand der nicht nur wirtschaftlich gemeinten Bedrängnis, der nach den Grundsätzen der Menschlichkeit/natürlichen Rechtsgrundsätze gerechtfertigter Weise zu der Erwartung berechtigt, dass dem Erblasser geholfen werde]) gehören.2.1. Nach Paragraphen 768,, 769 ABGB kann zwar ein Ehegatte unter anderem enterbt werden, wenn er den Erblasser im Notstand hilflos gelassen oder seine Beistandspflicht gröblich vernachlässigt hat. Dazu würden sowohl das Unterlassen eines Besuchs im Krankenhaus bei lebensbedrohlicher Erkrankung vergleiche Stefula, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005, 35 mwN) als auch die Verweigerung von Nahrung vergleiche 10 Ob 2379/96t [Notstand ist jeder Zustand der nicht nur wirtschaftlich gemeinten Bedrängnis, der nach den Grundsätzen der Menschlichkeit/natürlichen Rechtsgrundsätze gerechtfertigter Weise zu der Erwartung berechtigt, dass dem Erblasser geholfen werde]) gehören.

Während jedoch dem Erbunwürdigen Erbrecht und Pflichtteil auch ohne erblasserische Anordnung nicht zustehen (1 Ob 569/56 = EvBl 1957/20), bedarf es in den Fällen der Enterbung einer letztwilligen Verfügung (s§ 770 ABGB), damit der Erbe seine Ansprüche verliert (vgl Apathy in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB$^2$ [2007] § 770 Rz 1 und Eccher in Schwimann, ABGB$^3$ [2006] § 540 Rz 1 mwN, § 770 Rz 1 und 2); daher ordnet§ 772 ABGB ausdrücklich an, dass die Enterbung auch nur durch einen ausdrücklichen in der gesetzlichen Form erklärten Widerruf aufgehoben werden kann. Dass die Erblasserin den Beklagten enterbt hätte, behauptet die Klägerin nicht.Während jedoch dem Erbunwürdigen Erbrecht und Pflichtteil auch ohne erblasserische Anordnung nicht zustehen (1 Ob 569/56 = EvBl 1957/20), bedarf es in den Fällen der Enterbung einer letztwilligen Verfügung (s Paragraph 770, ABGB), damit der Erbe seine Ansprüche verliert vergleiche Apathy in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB$^2$ [2007] Paragraph 770, Rz 1 und Eccher in Schwimann, ABGB$^3$ [2006] Paragraph 540, Rz 1 mwN, Paragraph 770, Rz 1 und 2); daher ordnet Paragraph 772, ABGB ausdrücklich an, dass die Enterbung auch nur durch einen ausdrücklichen in der gesetzlichen Form erklärten Widerruf aufgehoben werden kann. Dass die Erblasserin den Beklagten enterbt hätte, behauptet die Klägerin nicht.

2.2. Der Klägerin kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie meint, auch das Vorliegen eines Enterbungsgrundes „führe" zu Erbunwürdigkeit. Nach § 770 ABGB kann zwar einem Noterben auch solcher Handlungen wegen, die einen Erben des Erbrechts unwürdig machen, durch die letzte Willenserklärung der Pflichtteil entzogen werden; damit macht eine Enterbung nur auf die vorliegende Erbunwürdigkeit aufmerksam (vgl § 770 ABGB) und schließt den Einfluss nachträglicher Verzeihung aus, weshalb es eben im Falle der Erbunwürdigkeit keiner Enterbung im technischen Sinne bedarf (1 Ob 569/56; 6 Ob 690/83 = SZ 57/147). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Enterbungsgründe der §§ 768, 769, 770 ABGB zwingend zu einer - von Amts wegen wahrzunehmenden (6 Ob 218/06m = Zak 2007/43; Eccher in Schwimann, ABGB³ [2006] § 540 Rz 5 mwN; Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht [2007] 293 [bei Offenkundigkeit]) - Erbunwürdigkeit führen würden; das Vorliegen eines Umstands, der nur Enterbungsgrund, nicht zugleich aber auch Erbunwürdigkeitsgrund ist, ohne dass der Erblasser von ihm Gebrauch gemacht hat, führt also nicht zum Verlust des Pflichtteilsanspruchs (Eccher aaO Rz 1 mwN). Im Übrigen ist nach ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0037146) der Erbunwürdigkeitstatbestand des § 540 2. Fall ABGB (s2.3.) jedenfalls enger, keinesfalls aber weiter als jener des § 768 Z 2 ABGB (vgl auch Apathy aaO § 540 Rz 3).2.2. Der Klägerin kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie meint, auch das Vorliegen eines Enterbungsgrundes „führe" zu Erbunwürdigkeit. Nach Paragraph 770, ABGB kann zwar einem Noterben auch solcher Handlungen wegen, die einen Erben des Erbrechts unwürdig machen, durch die letzte Willenserklärung der Pflichtteil entzogen werden; damit macht eine Enterbung nur auf die vorliegende Erbunwürdigkeit aufmerksam vergleiche Paragraph 770, ABGB) und schließt den Einfluss nachträglicher Verzeihung aus, weshalb es eben im Falle der Erbunwürdigkeit keiner Enterbung im technischen Sinne bedarf (1 Ob 569/56; 6 Ob 690/83 = SZ 57/147). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Enterbungsgründe der Paragraphen 768,, 769, 770 ABGB zwingend zu einer - von Amts wegen wahrzunehmenden (6 Ob 218/06m = Zak 2007/43; Eccher in Schwimann, ABGB³ [2006] Paragraph 540, Rz 5 mwN; LikarPeer in Ferrari/LikarPeer, Erbrecht [2007] 293 [bei Offenkundigkeit]) - Erbunwürdigkeit führen würden; das Vorliegen eines Umstands, der nur Enterbungsgrund, nicht zugleich aber auch Erbunwürdigkeitsgrund ist, ohne dass der Erblasser von ihm Gebrauch gemacht hat, führt also nicht zum Verlust des Pflichtteilsanspruchs (Eccher aaO Rz 1 mwN). Im Übrigen ist nach ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0037146) der Erbunwürdigkeitstatbestand des Paragraph 540, 2. Fall ABGB (s 2.3.) jedenfalls enger, keinesfalls aber weiter als jener des Paragraph 768, Ziffer 2, ABGB vergleiche auch Apathy aaO Paragraph 540, Rz 3).

2.3. § 540 2. Fall ABGB in seiner seit dem ErbRÄG 1989 (BGBl 1989/656) geltenden Fassung sieht einen Erbunwürdigkeitstatbestand in der gröblichen Verletzung der sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ergebenden Pflichten dem Erblasser gegenüber, erwähnt hingegen die Verletzung der ehelichen Beistandspflicht nicht. In diesem Fall ist es daher - ebenso wie in jenem der beharrlichen Führung einer gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößigen Lebensart durch den Ehegatten (§ 768 Z 4 iVm § 769 ABGB) - dem Erblasser anheim gestellt zu entscheiden, ob er den Ehegatten ausschließen will oder nicht. Darauf hat bereits das Berufungsgericht hingewiesen.2.3. Paragraph 540, 2. Fall ABGB in seiner seit dem ErbRÄG 1989 (BGBl 1989/656) geltenden Fassung sieht einen Erbunwürdigkeitstatbestand in der gröblichen Verletzung der sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ergebenden Pflichten dem Erblasser gegenüber, erwähnt hingegen die Verletzung der ehelichen Beistandspflicht nicht. In diesem Fall ist es daher - ebenso wie in jenem der beharrlichen Führung einer gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößigen Lebensart durch den Ehegatten (Paragraph 768, Ziffer 4, in Verbindung mit Paragraph 769, ABGB) - dem Erblasser anheim gestellt zu entscheiden, ob er den Ehegatten ausschließen will oder nicht. Darauf hat bereits das Berufungsgericht hingewiesen.

2.4. Die Festlegung der gröblichen Verletzung familienrechtlicher Pflichten zwischen Eltern und Kindern als Erbunwürdigkeitstatbestand hatte seinen Grund darin, dass testierunfähige Kinder den Enterbungstatbestand des § 768 Z 1 ABGB nicht wahrnehmen können (vgl Schauer, Neues Erbrecht, RdW 1990, 70; Welser in Rummel, ABGB³ [2000] § 540 Rz 9; Eccher aaO § 769 Rz 13; Apathy aaO § 540 Rz 3; Likar-Peer aaO 289). Allerdings meint Eccher (aaO), diese Begründung trage auch etwa jene Fälle, in denen einer unter Sachwalterschaft stehenden Person nur begrenzte Testierformen (§§ 568, 569 ABGB) zur Verfügung stehen.2.4. Die Festlegung der gröblichen Verletzung familienrechtlicher Pflichten zwischen Eltern und Kindern als Erbunwürdigkeitstatbestand hatte seinen Grund darin, dass testierunfähige Kinder den Enterbungstatbestand des Paragraph 768, Ziffer eins, ABGB nicht wahrnehmen können vergleiche Schauer, Neues Erbrecht, RdW 1990, 70; Welser in Rummel, ABGB³ [2000] Paragraph 540, Rz 9; Eccher aaO Paragraph 769, Rz 13; Apathy aaO Paragraph 540, Rz 3; LikarPeer aaO 289). Allerdings meint Eccher (aaO), diese Begründung trage auch etwa jene Fälle, in denen einer unter Sachwalterschaft stehenden Person nur begrenzte Testierformen (Paragraphen 568,, 569 ABGB) zur Verfügung stehen.

Ob diese durchaus beachtlichen (Sinn und Zweck der Erbunwürdigkeitstatbestände ist es ja, den [hypothetischen] Willen des Erblassers zu verwirklichen, und zwar auch in jenen Fällen, in denen es dem Erblasser selbst nicht mehr möglich war, eine Enterbung vorzunehmen [vgl etwa B. Jud, § 540 ABGB - Erbunwürdigkeit und Tod des Erblassers, NZ 2006, 13 mwN]) Analogieüberlegungen (die taxative [6 Ob 169/68 = NZ 1969, 105; Eccher aaO § 540 Rz 1; Likar-Peer aaO 285] Aufzählung der Erbunwürdigkeitsgründe im Gesetz meint nur die äußeren Tatbestände [Likar-Peer aaO]) tatsächlich zutreffend sind und (etwa) auch auf Ehegatten anzuwenden sein könnten, die zwar nicht unter Sachwalterschaft stehen, aber aufgrund ihres geistigen und körperlichen Zustands nicht einmal in der Lage sind, die erwähnten begrenzten Testierformen (§§ 568, 569 ABGB) wahrzunehmen, kann hier allerdings dahin gestellt bleiben:Ob diese durchaus beachtlichen (Sinn und Zweck der Erbunwürdigkeitstatbestände ist es ja, den [hypothetischen] Willen des Erblassers zu verwirklichen, und zwar auch in jenen Fällen, in denen es dem Erblasser selbst nicht mehr möglich war, eine Enterbung vorzunehmen [vgl etwa B. Jud, Paragraph 540, ABGB - Erbunwürdigkeit und Tod des Erblassers, NZ 2006, 13 mwN]) Analogieüberlegungen (die taxative [6 Ob 169/68 = NZ 1969, 105; Eccher aaO Paragraph 540, Rz 1; LikarPeer aaO 285] Aufzählung der Erbunwürdigkeitsgründe im Gesetz meint nur die äußeren Tatbestände [LikarPeer aaO]) tatsächlich zutreffend sind und (etwa) auch auf Ehegatten anzuwenden sein könnten, die zwar nicht unter Sachwalterschaft stehen, aber aufgrund ihres geistigen und körperlichen Zustands nicht einmal in der Lage sind, die erwähnten begrenzten Testierformen (Paragraphen 568,, 569 ABGB) wahrzunehmen, kann hier allerdings dahin gestellt bleiben:

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (GlU 14.332;6 Ob 218/06m; Likar-Peer aaO 293 mwN) ist es nämlich Sache desjenigen, der Erbunwürdigkeitsgründe geltend macht, diese auch zu beweisen. Die Vorinstanzen konnten jedoch nicht feststellen, warum der Beklagte die Erblasserin bis zu deren Tod weder im Seniorenwohnheim noch im Krankenhaus besuchte, sondern fast täglich Frau J***** auf Besuch schickte.

Damit wäre der Klägerin aber der Beweis einer vorsätzlichen (Welser, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 141; ders in Rummel, ABGB³ [2000] § 540 Rz 10; Eccher aaO § 540 Rz 17; Winkler, Handbuch Erbrecht [2006] Rz 18; Apathy aaO § 540 Rz 3; Likar-Peer aaO 288) gröblichen Verletzung der ehelichen Beistandspflicht, die dann (allenfalls) zur Erbunwürdigkeit führen würde, nicht gelungen. Dies würde auch für das Absetzen lebensverlängernder Maßnahmen bei der Erblasserin für die Dauer von ein paar Tagen gelten. Dazu stellten die Vorinstanzen nämlich fest, es könnten dem Beklagten dabei weder negative noch niedere Motive oder gar ein finanzielles Interesse unterstellt werden; Mitleid als Motiv erscheine wahrscheinlicher, er habe das Leiden seiner Frau nicht mehr unnötig verlängern wollen. Ging es dem Beklagten aber um die Verkürzung dieses Leidens, würde die Annahme eines auf gröbliche Verletzung der ehelichen Beistandspflicht gerichteten Vorsatzes ausscheiden.Damit wäre der Klägerin aber der Beweis einer vorsätzlichen (Welser, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 141; ders in Rummel, ABGB³ [2000] Paragraph 540, Rz 10; Eccher aaO Paragraph 540, Rz 17; Winkler, Handbuch Erbrecht [2006] Rz 18; Apathy aaO Paragraph 540, Rz 3; LikarPeer aaO 288) gröblichen Verletzung der ehelichen Beistandspflicht, die dann (allenfalls) zur Erbunwürdigkeit führen würde, nicht gelungen. Dies würde auch für das Absetzen lebensverlängernder Maßnahmen bei der Erblasserin für die Dauer von ein paar Tagen gelten. Dazu stellten die Vorinstanzen nämlich fest, es könnten dem Beklagten dabei weder negative noch niedere Motive oder gar ein finanzielles Interesse unterstellt werden; Mitleid als Motiv erscheine wahrscheinlicher, er habe das Leiden seiner Frau nicht mehr unnötig verlängern wollen. Ging es dem Beklagten aber um die Verkürzung dieses Leidens, würde die Annahme eines auf gröbliche Verletzung der ehelichen Beistandspflicht gerichteten Vorsatzes ausscheiden.

Zum Vorwurf der (versuchten) strafbaren Handlung:

3. Schließlich wirft die Klägerin dem Beklagten noch vor, den Erbunwürdigkeitstatbestand des § 540 1. Fall ABGB („Wer gegen den Erblasser eine gerichtlich strafbare Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, begangen hat") erfüllt zu haben. Das Absetzen der Nahrung (künstliche Ernährung), welches zum Tod führen würde, sei „bei rechtlich korrekter Beurteilung" als (versuchtes) Tötungsdelikt zu werten; auch versuchte passive Sterbehilfe sei nicht als strafloses Verhalten zu qualifizieren.3. Schließlich wirft die Klägerin dem Beklagten noch vor, den Erbunwürdigkeitstatbestand des Paragraph 540, 1. Fall ABGB („Wer gegen den Erblasser eine gerichtlich strafbare Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, begangen hat") erfüllt zu haben. Das Absetzen der Nahrung (künstliche Ernährung), welches zum Tod führen würde, sei „bei rechtlich korrekter Beurteilung" als (versuchtes) Tötungsdelikt zu werten; auch versuchte passive Sterbehilfe sei nicht als strafloses Verhalten zu qualifizieren.

3.1. Der Erbunwürdigkeitstatbestand des § 540 1. Fall ABGB erfasst zwar lediglich gerichtlich strafbare (vorsätzliche) Handlungen, die sich gegen den Erblasser selbst (stRsp, s etwa 7 Ob 43/07k = iFamZ 2007/134 [Tschugguel] mwN) gerichtet haben. Es fällt jedoch auch der Versuch einer Straftat darunter, weil dieser gemäß § 15 StGB strafrechtlich dem vollendeten Delikt gleichgestellt ist (3 Ob 271/53 = JBl 1954, 174; 7 Ob 43/07k = NZ 2008/20 [G. Kogler]; Eccher in Schwimann, ABGB³ [2006] § 540 Rz 6; Winkler, Handbuch Erbrecht [2006] Rz 18; Apathy in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² [2007] § 540 Rz 2; Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht [2007] 285).3.1. Der Erbunwürdigkeitstatbestand des Paragraph 540, 1. Fall ABGB erfasst zwar lediglich gerichtlich strafbare (vorsätzliche) Handlungen, die sich gegen den Erblasser selbst (stRsp, s etwa 7 Ob 43/07k = iFamZ 2007/134 [Tschugguel] mwN) gerichtet haben. Es fällt jedoch auch der Versuch einer Straftat darunter, weil dieser gemäß Paragraph 15, StGB strafrechtlich dem vollendeten Delikt gleichgestellt ist (3 Ob 271/53 = JBl 1954, 174; 7 Ob 43/07k = NZ 2008/20 [G. Kogler]; Eccher in Schwimann, ABGB³ [2006] Paragraph 540, Rz 6; Winkler, Handbuch Erbrecht [2006] Rz 18; Apathy in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² [2007] Paragraph 540, Rz 2; LikarPeer in Ferrari/LikarPeer, Erbrecht [2007] 285).

Ob es aufgrund der Straftat zu einer Verurteilung gekommen ist, ist nach herrschender Auffassung (5 Ob 45/58; Winkler aaO; Apathy aaO; Likar-Peer aaO) irrelevant; dies gilt sogar für den Fall eines freisprechenden Strafurteils (5 Ob 45/58; Weiß in Klang² III [1952] 97). In diesen Fällen hat das Zivilgericht über die Qualifikation der Straftat (als strafrechtliche Vorfrage) zu entscheiden (3 Ob 104/64 = SZ 37/124; Welser in Rummel, ABGB³ [2000] § 540 Rz 6).Ob es aufgrund der Straftat zu einer Verurteilung gekommen ist, ist nach herrschender Auffassung (5 Ob 45/58; Winkler aaO; Apathy aaO; LikarPeer aaO) irrelevant; dies gilt sogar für den Fall eines freisprechenden Strafurteils (5 Ob 45/58; Weiß in Klang² römisch III [1952] 97). In diesen Fällen hat das Zivilgericht über die Qualifikation der Straftat (als strafrechtliche Vorfrage) zu entscheiden (3 Ob 104/64 = SZ 37/124; Welser in Rummel, ABGB³ [2000] Paragraph 540, Rz 6).

Versuchte Bestimmung zum Mord:

3.2. Nach § 75 StGB hat, wer einen anderen tötet, Mord zu verantworten, wobei jedoch gemäß § 12 StGB nicht nur der unmittelbare Täter die strafbare Handlung begeht, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt. Gemäß § 15 Abs 1 StGB sind nicht nur die vollendete Tat, sondern auch der Versuch und jede Beteiligung an einem Versuch strafbar, wobei nach Abs 2 die Tat versucht ist, sobald der Täter seinen Entschluss, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen (§ 12 StGB), durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt.3.2. Nach Paragraph 75, StGB hat, wer einen anderen tötet, Mord zu verantworten, wobei jedoch gemäß Paragraph 12, StGB nicht nur der unmittelbare Täter die strafbare Handlung begeht, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt. Gemäß Paragraph 15, Absatz eins, StGB sind nicht nur die vollendete Tat, sondern auch der Versuch und jede Beteiligung an einem Versuch strafbar, wobei nach Absatz 2, die Tat versucht ist, sobald der Täter seinen Entschluss, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen (Paragraph 12, StGB), durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt.

Nach den von den Vorinstanzen in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen äußerte der Beklagte am 6. 9. 2001 gegenüber der Pflegeleitung des Seniorenwohnheims, in dem die Erblasserin damals lebte, schriftlich seinen Wunsch, er „möchte die eventuell lebensverlängernden Maßnahmen [bei der Erblasserin] nicht mehr angewendet wissen"; der langjährige Hausarzt des Beklagten und der Erblasserin ordnete daraufhin - vom Beklagten „darum gebeten" - am 11. 9. 2001 an, der Erblasserin keine Medikamente und Infusionen (Wasser und Nahrung) mehr zu verabreichen; nachdem die zuständige Staatsanwältin am 16. 9. 2001 die Wiederaufnahme der Versorgung der Erblasserin mit Nahrung und Medikamenten angeordnet hatte, fragte der Beklagte bei der Polizei „aufgebracht [an], warum man seiner Ehegattin wieder Nahrung gebe, wo er doch sogar schriftlich ersucht gehabt habe, keine lebensverlängernden Maßnahmen mehr zu setzen"; der Beklagte wollte damals nach eingehender Beratung mit dem Hausarzt tatsächlich das Leiden seiner Frau „nicht mehr unnötig verlängern, allenfalls sogar abkürzen".

Gesundheitliche Folgeschäden aufgrund dieses dreitägigen Aussetzens von Nahrung und Medikamenten blieben zwar - wie das Erstgericht weiters feststellte - bei der Klägerin unmittelbar aus. Tatsächlich hätte jedoch der vom Beklagten nicht nur dem Hausarzt, sondern auch der Pflegeleitung des Seniorenwohnheims gegenüber geäußerte Wunsch, lebensverlängernde Maßnahmen bei der Erblasserin nicht mehr anzuwenden, - wodurch er ihr Leben „nicht mehr unnötig verlängern, allenfalls sogar abkürzen" wollte - wohl in weiterer Folge zum Tod der Erblasserin geführt, hätte

nicht die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme der Versorgung der Erblasserin angeordnet. Damit wäre aber an sich der Tatbestand der versuchten Bestimmung zum Mord nach § 12 2. Fall, § 15 in Verbindung mit §§ 2, 75 StGB erfüllt gewesen, was wiederum zu der von der Klägerin behaupteten Erbunwürdigkeit des Beklagten gemäß § 540 1. Fall ABGB führen würde (vgl auch Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht [2007] 286, die als Beispiel ausdrücklich Mord erwähnt).Gesundheitliche Folgeschäden aufgrund dieses dreitägigen Aussetzens von Nahrung und Medikamenten blieben zwar - wie das Erstgericht weiters feststellte - bei der Klägerin unmittelbar aus. Tatsächlich hätte jedoch der vom Beklagten nicht nur dem Hausarzt, sondern auch der Pflegeleitung des Seniorenwohnheims gegenüber geäußerte Wunsch, lebensverlängernde Maßnahmen bei der Erblasserin nicht mehr anzuwenden, - wodurch er ihr Leben „nicht mehr unnötig verlängern, allenfalls sogar abkürzen" wollte - wohl in weiterer Folge zum Tod der Erblasserin geführt, hätte nicht die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme der Versorgung der Erblasserin angeordnet. Damit wäre aber an sich der Tatbestand der versuchten Bestimmung zum Mord nach Paragraph 12, 2. Fall, Paragraph 15, in Verbindung mit Paragraphen 2,, 75 StGB erfüllt gewesen, was wiederum zu der von der Klägerin behaupteten Erbunwürdigkeit des Beklagten gemäß Paragraph 540, 1. Fall ABGB führen würde vergleiche auch LikarPeer in Ferrari/LikarPeer, Erbrecht [2007] 286, die als Beispiel ausdrücklich Mord erwähnt).

Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die Auffassung vertritt, es wäre gar nicht in der Macht des Beklagten selbst gestanden, die Unterlassung allfälliger lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen zu bewirken oder durchzusetzen, der bloße Ausdruck seines Wunsches mit dem Motiv, die Qualen und Leiden seiner Ehegattin nicht unnötig zu verlängern, sei nicht strafbar, kann dem nicht gefolgt werden:

Der Beklagte hat durch den in seinem Schreiben vom 6. 9. 2001 zum Ausdruck gebrachten Wunsch im ehemaligen Hausarzt den Entschluss hervorgerufen, die künstliche Ernährung der Erblasserin einzustellen und dadurch seine Hilfeleistungs- und Behandlungspflicht als Arzt im Sinne des § 2 StGB zu verletzen. Eine absolute Untauglichkeit des Versuchs des Beklagten im Sinne des § 15 Abs 3 StGB ist dabei nicht erkennbar, weil dieser Versuch ja sogar zum gewünschten Erfolg, nämlich zum Absetzen der Ernährung und damit zum Versuch des Mordes nach § 15 in Verbindung mit §§ 2, 75 StGB geführt hat.Der Beklagte hat durch den in seinem

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at