

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur **Gerhard Hopf**

Redaktion **Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer**

Evidenzblatt **Helge Hoch, Erich Kodek, Eckart Ratz, Ronald Rohrer**

MRK-Entscheidungen **Wolf Okresek, Susanne Pfanner**

April 2010

07

289 – 334

Aktuelles

Neues Verbraucherkreditrecht ab 11. 6. 2010 ➔ 289

Beiträge

Die DSGVO-Novelle 2010

Daniel Ennöckl ➔ 293

Europäisches Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse – Rom II-VO *Claudia Rudolf* ➔ 300

Die Anordnung gelinderer Mittel durch die Staatsanwaltschaft

Stefan Strahwald ➔ 308

Evidenzblatt

Leasing-Pkw und Gewährleistung

Felicitas Parapatits ➔ 320

**Voraussetzung für Einstellung der Exekution auf Erwirkung
einer vertretbaren Handlung** *Martin Hackl* ➔ 316

GrundsatzE zur Rechtsnatur protokollierter RMErklärungen ➔ 324

Forum

Kindesmissbrauch und § 1489 ABGB

Martin Spitzer/Felix Kernbichler ➔ 330

Kindesmissbrauch und § 1489 ABGB

Brüche zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verjährung^{*)}

ÖJZ 2010/39

Ausgangslage

Die strafrechtliche Verjährungsfrist für „Kindesmissbrauch“ kann (je nach Schwere des Delikts, § 57 Abs 3 StGB) bis zu 20 Jahre betragen. Zivilrechtliche Schadenersatzansprüche aus qualifiziert strafbaren Handlungen verjähren nach § 1489 ABGB binnen 30 Jahren. Während die zivilrechtliche Verjährung aber ab der schädigenden Handlung¹⁾ und grundsätzlich ohne Rücksichtnahme auf die Minderjährigkeit des Opfers läuft,²⁾ beginnt die strafrechtliche Verjährung gem § 58 Abs 3 Z 3 StGB erst mit Vollendung des 28. Lebensjahres des minderjährigen Opfers. Dies kann dazu führen, dass das Opfer nach 30 Jahren keine Schadenersatzansprüche mehr hat, obwohl der Täter noch strafrechtlich belangt werden kann.

Diese Diskrepanz verwundert und wird vermutlich auf wenig Akzeptanz der Rechtsunterworfenen stoßen. Die folgenden Überlegungen beschäftigen sich mit der Frage, ob dieses prima facie unbefriedigende Ergebnis durch den Rechtsanwender oder nur durch den Gesetzgeber „korrigiert“ werden kann (und soll).

Sachliche Rechtfertigung?

Die strafrechtliche Verjährung trägt dem abnehmenden Strafbedürfnis mit zunehmendem Abstand zur Tat Rechnung.³⁾ Das Strafrecht kann und soll die Bewährung des Täters berücksichtigen und längeres Wohlverhalten honorieren.⁴⁾ Dieser Aspekt spielt im Zivilrecht keine Rolle, da es um den Ausgleich inter partes geht.

Die zivilrechtliche Verjährung wird hingegen häufig als Ausfluss des Prinzips der Selbstverantwortung gesehen. Der Berechtigte soll sich um seine Angelegenheiten kümmern,⁵⁾ die kurze

schadenersatzrechtliche Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger illustriert das besonders gut. Bei einer kenntnisunabhängigen 30-jährigen Frist, wie der hier relevanten, rückt die Eigenverantwortung des Geschädigten demgegenüber ganz in den Hintergrund, der Unrechtsgehalt der Tat wiegt so schwer, dass der Gesetzgeber den Täter pönalisiert.⁶⁾ Eine (noch) längere, am Strafrecht orientierte Verjährung hätte daher diesbezüglich keine besonderen Bedenken gegen sich.

Für die Verjährung werden auch die Erwartungen des Schuldners angeführt, der von Ansprüchen überrascht wird, mit denen er nicht mehr gerechnet hat.⁷⁾ Dies ist hier ebenfalls nicht besonders problematisch,⁸⁾ muss doch eine schwere Straftat vorliegen, deretwegen dem Schuldner noch eine Gefängnisstrafe droht. Ein schutzwürdiges Interesse des Schädigers, „nur mehr“ ins Ge-

^{*)} Herr o. Univ.-Prof. Dr. *Helmut Fuchs* und Herr Ass.-Prof. Dr. *Robert Kert* haben unsere Fragen zum Strafrecht geduldig beantwortet, wofür wir uns herzlich bedanken.

1) Str, vgl die Standpunkte von *Rebhahn*, in FS Welsch (2004) 867, und *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 9/21 ff.

2) § 1494 ABGB hilft nur im eingeschränkten Bereich unvertreter Minderjähriger und bei Interessenskollisionen (SZ 72/119). Solche gibt es etwa bei Missbräuchen innerhalb der Familie. Unzutreffend ist die Ansicht von *Eder-Rieder*, JAP 2003/2004, 141, dass die 30-jährige Frist erst mit Kenntnis des Vertreters beginnt.

3) *E. Fuchs* in WK² Vor §§ 57 – 60 StGB Rz 3.

4) Vgl *Seiler*, Strafrecht AT II⁴ (2008) Rz 574.

5) *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 168.

6) *M. Bydliński*, RZ 1982, 223; 3 Ob 120/06 b Zak 2006, 418.

7) Vgl *F. Bydliński*, System 168; *Kozioł*, Grundfragen Rz 9/6 f; 3 Ob 120/06 b Zak 2006, 418.

8) Zur sonstigen Problematik *B. A. Koch* in Liber Amicorum Widmer (2003) 175; vgl auch *F. Bydliński*, System 168 f FN 171.

fängnis zu kommen, aber nicht auch noch mit Schadenersatzansprüchen „überrascht“ zu werden, gibt es wohl nicht.

Zentrales Argument für die Verjährung sind weiters die Prozessökonomie und die Funktionalität des Rechtsverkehrs insgesamt.⁹⁾ Es komme sonst zu Pattsituationen,¹⁰⁾ die nur über Beweislastregeln gelöst werden können und damit zur Abweisung der Klage des beweispflichtigen Klägers und der Frustration des Verfahrensaufwands. Auch diesem Argument kommt in Anbetracht der im Raum stehenden Straftat, die ein Officialdelikt darstellt und jedenfalls Behördentätigkeit auslösen wird (Anzeigepflicht gem § 78 StPO), erheblich geringere Bedeutung zu als sonst. Außerdem wird der Prozessökonomie in Anbetracht der langen Verjährungsfrist auch jetzt schon nur sehr eingeschränkt Rechnung getragen.

Spiro weist noch darauf hin, dass der Täter „im Strafprozess viel weniger des Schutzes der Verjährung bedarf, weil der Richter ihn beim geringsten Zweifel freisprechen muss [...], er dagegen im Zivilprozess sich vor unbegründeten Ansprüchen oft nur mit der Verjährung schützen kann“.¹¹⁾ Nur auf den ersten Blick scheint diese Befürchtung gänzlich durch den eben gegebenen Hinweis auf die Beweislast entkräftet werden zu können, die zu Lasten des Geschädigten ausschlägt. *Koziol* hat nämlich hervorgehoben, dass Beweisschwierigkeiten „in nicht unerheblicher Form auch auf den angeblichen Schuldner durch[schlagen]“,¹²⁾ weil sich auch die Erhebung seiner Einreden mit der Zeit immer „unsicherer, schwieriger und zugleich aufwendiger“ gestaltet.¹³⁾

Sind diese Bedenken in unserem Fall stichhaltig? Mit der langen Verjährungsfrist ist die Position des Schuldners im Vergleich zur Regelverjährung bereits stark verschlechtert. Dies allein kann aber kein Freibrief dafür sein, ihm noch weiter Schutz zu entziehen. Allerdings stellt sich die grundsätzliche Frage, wie weit der Einwand von *Spiro*, der letztlich wohl auf das Beweismaß hinausläuft, trägt. Wo im Strafprozess im Zweifel für den Angeklagten zu entscheiden ist,¹⁴⁾ ist im Zivilverfahren an sich eine „von allen Zweifeln freie Überzeugung“ nicht nötig,¹⁵⁾ es genügt hohe Wahrscheinlichkeit.¹⁶⁾

Nach einhelliger Auffassung ist eine tatsächliche strafgerichtliche Verurteilung für § 1489 nicht notwendig,¹⁷⁾ nach § 191 ZPO kann das Zivilgericht ein Verfahren wegen des Verdachts einer Straftat entweder unterbrechen oder die Sachlage selbst als Vorfrage prüfen. Dies scheint für *Spiro* zu sprechen.

Fraglich ist allerdings, ob der Zivilrichter im vorliegenden Fall bei der Feststellung der Straftat wirklich nach anderen Regeln als der Strafrichter vorgehen darf, ob er also leichtfertiger eine Straftat annehmen darf.¹⁸⁾ Dies wird in der Lit soweit ersichtlich nicht thematisiert. Das ABGB knüpft zwar nicht an ein Strafurteil an, wohl aber an eine Straftat. Es spricht daher viel dafür, das Vorliegen einer Straftat auch nach den dafür geltenden Regeln zu prüfen, sodass insb in dubio pro reo zu entscheiden ist.¹⁹⁾ Dass es an einen Freispruch grundsätzlich keine Bindung des Zivilrichters gibt,²⁰⁾ der Zivilrichter sich über den Sachverhalt also eine eigene Meinung bilden kann, steht dazu nicht im Widerspruch, weil es dort nicht um die Ausstrahlung gerade einer Straftat geht. Es ist eine Frage, ob der Zivilrichter § 1325 ABGB verwirklicht sieht, obwohl der Strafrichter nicht nach § 83 StGB verurteilt hat, aber eine gänzlich andere, ob der Zivilrichter nur verurteilen darf, wenn – wie nach § 1489 ABGB – gerade eine Straftat vorliegt. Damit greift die lange Verjährung nur, wenn – auch bei Prüfung durch den Zivilrichter – das Vorliegen einer Straftat mit der Sicherheit des Strafverfahrens bewiesen wird.²¹⁾ Zivilrechtlich steht dann die Schädigung fest, es bleibt die Klärung von Detailfragen (zB zur Schadenshöhe), deren Beantwortung zwar schwierig ge-

nug sein kann, ein Abschneiden der Schadenersatzforderungen des Geschädigten aber nicht rechtfertigen würde.

Wertungswiderspruch

Lassen sich somit keine Gründe finden, die zivilrechtliche Verjährung vor der strafrechtlichen enden zu lassen, fehlt es an wertungsmäßiger Folgerichtigkeit und innerer Konsequenz, liegt ein Wertungswiderspruch vor. Dies illustriert die Ansicht des Schweizer Bundesgerichts, es wäre „stoßend, wenn der Täter für die schädigende Handlung noch bestraft werden könnte, aber der Gutmachung des Schadens durch Verjährung überhoben wäre“.²²⁾ Art 60 Abs 2 des Schweizerischen OR trägt dem Rechnung: „Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch“.

Korrektur?

Während *Engisch* meint, dass manche Wertungswidersprüche eben hingenommen werden müssten,²³⁾ ist mit *Canaris* davon auszugehen dass der Jurist „sein gesamtes methodologisches Arsenal einzusetzen (hat), um der Gefahr von Wertungs- und Prinzipienwidersprüchen entgegenzuwirken“.²⁴⁾

Eine Korrektur des oben skizzierten Wertungswiderspruches fällt allerdings trotzdem schwer, schon die Planwidrigkeit ist nicht eindeutig erwiesen.

Auch wenn *Ehrenzweig* und *Mayrhofer* meinen, dass mit der langen zivilrechtlichen Verjährungsfrist bei qualifiziert strafbaren Handlungen „vermieden werden (soll), daß die zivilrechtliche Verjährung vor der strafrechtlichen abläuft“,²⁵⁾ lassen sich daraus nicht ohne Weiteres interpretatorische Konsequenzen ziehen: Einerseits wurde der hinausgezögerte Verjährungsbeginn zwar erst 2009 durch das 2. Gewaltschutzgesetz positiviert,²⁶⁾ bei dem der Gesetzgeber die Auswirkungen im Zivilrecht wohl übersehen hat, andererseits hat es solche Konstellationen schon immer gegeben. Auch zur Zeit der Schaffung des ABGB gab es nämlich nach dem Strafgesetz 1803 Fälle, in denen die strafrechtliche Verjährung länger dauerte als die zivilrechtliche. Beide Fälle gibt es auch heute noch. Mord verjährt nicht (§ 57 Abs 1 StGB),²⁷⁾ und nach § 58 Abs 2 StGB tritt, wenn der Täter während der Verjährungsfrist neuerlich eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, die auf

9) *F. Bydlinski*, System 168.

10) Vgl *B. A. Koch*, aaO 175.

11) *Spiro*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen I (1975) 202.

12) *Koziol*, Grundfragen Rz 9/4.

13) *F. Bydlinski*, System 168.

14) *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT⁷ (2008) Rz 14 f; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ (2009) Rz 68 ff, 72.

15) BGHZ 53, 245, 255.

16) *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Vor § 266 ZPO Rz 10 ff.

17) Vgl *Dehn* in KBB² § 1489 Rz 8, *M. Bydlinski* in *Rummel*³ § 1489 Rz 5; *Mader/Janisch* in *Schwimmann*³ § 1489 Rz 24 und jüngst *Koziol*, Grundfragen Rz 9/11.

18) Dass dem Zivilrichter manche Möglichkeiten der Beweiserhebung nicht offenstehen (*Schragel* in *Fasching/Konecny*² § 191 ZPO Rz 3) ist ein anderes Problem.

19) Unklar SZ 37/124 („freie Beweiswürdigung“); Sympathie für den hier vertretenen Standpunkt könnte man bei 6 Ob 286/07 p vermuten („strafrechtliche Vorfrage“), die E referiert allerdings auch die hier kritisch gesehene mangelnde Bindung an einen Freispruch.

20) *Schragel* in *Fasching/Konecny*² § 191 ZPO Rz 4.

21) Hier wäre daher entgegen der allgemeinen Regel konsequent eine Bindung an eine freisprechende Entscheidung zu bejahen.

22) BGE 49 II 357, 359; *Däppen* in *Basler Kommentar*³ Art OR 60 Rz 11.

23) *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung (1935) 63 f, 84 ff.

24) *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983) 116.

25) *Ehrenzweig*, System II¹² (1928) 76; *Mayrhofer*, Schuldrecht (1986) 346; krit *M. Bydlinski*, RZ 1982, 223.

26) Die Regel ist rückwirkend anzuwenden, zu Verjährungsverlängerungen krit *Höpfel* in WK² § 1 StGB Rz 64.

27) § 210 iVm § 119 Strafgesetz 1803.

der gleichen schädlichen Neigung beruht, die Verjährung erst ein, wenn auch für diese Tat die Verjährungsfrist abgelaufen ist.²⁸⁾ Trotz allem findet sich bei Zeiller der Satz: „Nach 30 Jahren ist jede Entschädigungsklage erloschen“.²⁹⁾

Ob der Gesetzgeber des ABGB das Spannungsverhältnis zum Strafrecht erkannt hat, ist nicht klar. § 1489 gehört iW zum Urbestand, die Klausel über Straftaten hat sich nach der Superrevision eingeschlichen, sodass Motive dazu nicht überliefert sind. Sieht man als Normzweck von § 1489 Satz 2, 2. Fall, die Pönalisierung des Täters und teilt die Ansicht von *Ehrenzweig* und *Mayrhofer*, liegt ein teleologischer Widerspruch vor. Die Planwidrigkeit könnte natürlich auch im Widerspruch zu einem allgemeinen Prinzip liegen, ein solches Prinzip muss sich aber auch in der Rechtsordnung niedergeschlagen haben.³⁰⁾ Ausdrücklich ist das hinsichtlich des Verhältnisses von Zivilrecht und Strafrecht nicht der Fall, induktiv mag man es vielleicht erschließen können. Auch wenn man allerdings die Planwidrigkeit bejaht und darin nicht nur einen rechtspolitischen Fehler sieht,³¹⁾ bedürfte es gewisser methodischer Großzügigkeit, um den Widerspruch zu sanieren: § 1489 nur teleologisch zu reduzieren hilft nichts, weil eigentlich eine andere Regel an dessen Stelle treten müsste. Auch eine Analogie oder Überlagerung von § 1489 ABGB durch § 58 StGB fällt nicht leicht, weil § 1489 ABGB ja nicht immer zum selben Ergebnis führt. Problematisch sind nur die Fälle, in denen die strafrechtliche Verjährung noch läuft, obwohl die zivilrechtliche schon vorbei ist. Der Regelfall sieht nach § 1489 aber genau umgekehrt aus, es dürfte also nur in manchen Fällen die strafrechtliche Frist an die Stelle der zivilrechtlichen treten.

Gesetzesvorschlag

Eine lupenreine Beseitigung des Wertungswiderspruchs könnte wohl nur der Gesetzgeber vornehmen. Für den Fall bestehenden politischen Willens könnte einerseits Art 60 Abs 2 OR übernommen werden, andererseits könnte § 1489 Satz 2 durch folgende Formulierung ersetzt werden:

„Ist dem Beschädigten der Schade oder die Person des Beschädigers nicht bekannt geworden, **erlischt das Klagerecht nach 30 Jahren**. Ist der Schade aus einer oder mehreren gerichtlich strafbaren Handlungen, die nur vorsätzlich begangen werden können und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, entstanden, **erlischt das Klagerecht mit der Strafbarkeit, frühestens aber nach 30 Jahren**.“

An die Stelle der 30-Jahresfrist könnte je nach rechtspolitischem Wunsch auch eine kürzere Frist gesetzt werden,³²⁾ auch ein abgestuftes Modell wäre möglich.³³⁾ Dies würde im zweiten Fall zu einem weitergehenden Gleichlauf von Straf- und Zivilrecht führen, der allerdings teleologisch nicht notwendig ist.³⁴⁾ Auch die Anknüpfung an eine bestimmte Strafdrohung könnte geändert werden, sodass nur noch schwerere Delikte als die jetzt erfassten zur 30-jährigen Frist führen.

Schlussbemerkung

Diese „Skizze aus aktuellem Anlass“ weist auf ein bisher unbekanntes Problem des Verjährungsrechts hin und liefert einige Denkansätze wie dem Wertungswiderspruch, dass strafrechtliche Sanktion noch verhängt, zivilrechtlicher Schadenersatz aber nicht mehr gefordert werden kann, beigegeben werden könnte. Eine abschließende Untersuchung ist auf dem knappen Raum nicht möglich. Die derzeit diskutierten Missbrauchsfälle stellen indes noch weitere verjährungsrechtliche Fragen, die hier ausgeklammert bleiben müssen, zB ob die lange Verjährungsfrist auch gegenüber den hinter den Tätern stehenden Institutionen gilt (im Wege der Organ-, Repräsentanten- oder Gehilfenhaftung),³⁵⁾ wie sich das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz auswirkt, das Kirchen nur im seelsorgerischen Bereich ausklammert, und ob Schadenersatzansprüche wegen Organisationsverschuldens denkbar sind, für die eine gesonderte Verjährung zu prüfen wäre.

Martin Spitzer/Felix Kernbichler
Institut für Zivilrecht, Wien

28) § 208 lit d StG 1803.

29) Zeiller, Commentar IV (1813) 250.

30) *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1982) 93 ff, 96.

31) *Canaris*, Systemdenken² 119.

32) Vgl zu Reformüberlegungen *B. A. Koch*, aaO 201; *Koziol*, Grundfragen Rz 9/28 ff, sowie den (dort auf S 344 abgedruckten) vorgeschlagenen § 1489 im Diskussionsentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht. Zum Gegenentwurf *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechtes III (2008) 22 ff.

33) Vgl den Diskussionsentwurf FN 32.

34) BGE 49 II 357, 359.

35) Grundlegend *M. Bydlinski*, RZ 1982, 218 (dafür; ebenso *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁹ [1997] Rz 15/20) und *Rabl*, ÖJZ 2002, 547 (dagegen ebenso *Mader/Janisch* in *Schwimann*³ § 1489 Rz 24; *Dehn* in *KBB*² § 1489 Rz 8). Der OGH hat jüngst – im Fall eines Missbrauchs durch eine Klosterschwester – die Anwendung der langen Frist auf juristische Personen verneint, 3 Ob 120/06 b Zak 2006, 418.