

**Festschrift  
für Reinhard Moos  
zum 65. Geburtstag**

**herausgegeben  
von**

**Christian Huber  
Udo Jesionek  
und  
Roland Miklau**



**Verlag Österreich**

**Wien 1997**

Alle Rechte vorbehalten

ISBN 3-7046-1070-4

© Österreichische Staatsdruckerei AG 1997  
Rennweg 12a, A-1037 Wien  
Tel. (++431) 79 789-333, Fax (++431) 79 789-502  
e-mail: buch@verlag.oesd.co.at

Satz: Ch. Weismayer, Wien/Salzburg

## Zum Umfang der „Schadenersatzpflicht“ bei tätiger Reue (§ 167 StGB)

### Eine Begegnung des Strafrechts mit dem Zivilrecht

#### I. Vorbemerkung

Es war die gemeinsame Wertschätzung beider Autoren für *Reinhard Moos*, die sie zu dieser fachübergreifenden Zusammenarbeit animierte. Sie haben daher dem Jubilar als dem Mentor dieses Gemeinschaftswerks, zu dem sich beide uneingeschränkt bekennen, aufrichtig zu danken.

*Christian Huber*, dem Strafrecht mittlerweile untreu geworden und als Professor für Zivilrecht in Deutschland tätig, knüpft damit an seine Lehrjahre bei *Reinhard Moos* an, als er vor rund 20 Jahren als einer der beiden ersten wissenschaftlichen Mitarbeiter des Jubilars an der Universität Linz tätig war und auf dessen Anregung ein Seminarreferat über die Regelung des § 42 StGB gehalten hat.

Es war stets ein zentrales Anliegen von *Reinhard Moos*, über die traditionellen Strafzwecke der General- und Spezialprävention hinaus auch die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Strafrechts stets kritisch im Auge zu behalten und für neue Formen strafrechtlicher Konfliktbewältigung offen zu bleiben.

Die Autoren haben den gegenständlichen Beitrag im „fachübergreifenden Diskurs“, den sie beide als überaus fruchtbar empfunden haben, erarbeitet und die Ergebnisse skizzenhaft festgehalten. Es ist ihnen wohl bewußt, daß noch viele dabei „angedachte“ Problembereiche einer vertiefenden Erörterung bedürfen, die freilich in Anbetracht der knappen Zeitvorgaben der Zukunft vorbehalten bleiben mußte.

*Christian Hubers* Anliegen war es, auszuloten, welchen Beitrag das Zivilrecht, insbesondere das Schadensrecht, für die Präzisierung der Schadensgutmachungsverpflichtung bei tätiger Reue leisten kann.

*Wolfgang Brandstetter* wollte mit diesem Beitrag an bereits länger zurückliegende Arbeiten anknüpfen<sup>1</sup> und insbesondere anhand der jüngeren höchstgerichtlichen Judikatur der Frage nachgehen, inwieweit sich das Rechtsinstitut der tätigen Reue in den letzten Jahren weiterentwickelt hat und in welcher Form es noch entwicklungsfähig wäre.

<sup>1</sup> *Brandstetter*, Die tätige Reue in der Judikatur des OGH, JBl 1987, 545 ff; *ders.*, Zur tätigen Reue bei fahrlässigem Verhandeln nach § 165 StGB, ÖJZ 1987, 161 ff; *ders.*, Tätige Reue ohne Reue, RdW 1987, 366 ff.

## II. Der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue (§ 167 StGB)

Die „tätige Reue“ stellt ein genuin österreichisches Rechtsinstitut dar, dessen Vorläufer bis zum Josephinischen Strafgesetzbuch 1787 zurückreichen.<sup>2</sup>

„Mit dem Institut der tätigen Reue“ – so treffend *Kienapfel* – „besitzt die Praxis in kriminalpolitischer, dogmatischer und prozessualer Hinsicht ein Juwel, das seinesgleichen im europäischen Rechtsvergleich so rasch nicht findet.“<sup>3</sup>

Die Möglichkeit, durch freiwillige Schadensgutmachung vor Anzeigeerstattung straffrei zu werden, hat sich offensichtlich bewährt. Dem Täter, der sich quasi selbst resozialisiert hat,<sup>4</sup> wird eine „goldene Brücke“<sup>5</sup> in die Strafflosigkeit gebaut, und das Opfer hat damit die Chance, rasch und unbürokratisch Schadensgutmachung zu erlangen. Immerhin fällt – aus zivilrechtlicher Sicht – ein zusätzlicher Gläubiger beim Wettlauf um die Realisierung des knappen Schuldnervermögens weg, wenn der Täter sich durch tätige Reue eine Geldstrafe erspart. Für den Fall, daß er dadurch einer Freiheitsstrafe entging, bleibt seine Arbeitskraft, der Hauptverwerbsfaktor der meisten Menschen, weiter für die Gläubiger verwertbar. Die Möglichkeit tätiger Reue liegt somit auch im Interesse des Geschädigten, der solcherart größere Chancen hat, den ihm zustehenden Ersatz zu bekommen.

Auf diese Weise kann der Täter – ganz im Sinne der „Integrationsprävention“<sup>6</sup> – wieder in die strafrechtlich abgesicherte Werteordnung integriert werden, sodaß jegliche Strafzwecke entfallen.<sup>7</sup>

§ 167 StGB sieht verschiedene Formen dieser Schadensgutmachung vor: die Wiedergutmachung durch den Täter selbst (Abs 2 Z 1), die Schadensgutmachungsvereinbarung zwischen Opfer und Täter (Abs 2 Z 2), den Erlag bei der Behörde im Zuge einer Selbstanzeige (Abs 3) und schließlich die Schadensgutmachung durch Dritte auf Betreiben des Täters (Abs 4). In all diesen Varianten muß der reuewellige Täter für die Gutmachung „des ganzen aus seiner Tat entstandenen Schadens“ sorgen. Es fragt sich nun, was darunter exakt zu verstehen ist.

Die überaus weite gesetzliche Formulierung, die nach ihrem Wortlaut theoretisch jeden durch die Straftat als „conditio sine qua non“ verursachten Vermögensnachteil – also auch Folgeschäden – erfaßt, gab naturgemäß Anlaß zu vielfältigen Überlegungen darüber, wie der Umfang der Schadenersatzpflicht im Rahmen tätiger Reue im Einzelfall zu bemessen sei.<sup>8</sup>

Das Problem der exakten Bestimmbarkeit der Schadenersatzpflicht wird zusätzlich durch das Erfordernis der Rechtzeitigkeit, also der völligen Schadensgutmachung durch den Täter – oder allenfalls einen Dritten (§ 167 Abs 4) – „bevor die Behörde von seinem

2 *Liebscher* in Wiener Kommentar zum StGB, Rn 1 zu § 167; siehe zur historischen Entwicklung auch *Müller-Dietz*, Kriminalpolitische und dogmatische Probleme des Strafaufhebungsgrundes der tätigen Reue, ÖJZ 1977, 343 f, sowie jüngst *Löschnig-Gspandl*, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht (1996), 104 f.

3 *Kienapfel*, Anm. zu OGH 23.9.1986, RZ 1987/37, 149.

4 Instruktiv dazu *Schroll*, Zu den reuefähigen Delikten des Vermögensstrafrechts, ÖJZ 1985, 358 mwN.

5 Näher dazu *Liebscher* in Wiener Kommentar zum StGB, Rn 3 zu § 167 mwN.

6 Näher dazu *E. Steininger*, Wiedergutmachung als dritte Spur neben Strafen und Maßnahmen, JBl 1990, 146 mwN sowie grundsätzlich *Moos*, Positive Generalprävention und Vergeltung, FS-Pullin (1989), 283 ff.

7 Instruktiv dazu auch *Müller-Dietz*, ÖJZ 1977, 351.

8 Siehe dazu *Brandstetter*, JBl 1987, 545 ff mwN sowie jüngst *A. Christian*, Die tätige Reue nach § 167 StGB (derzeit noch unveröffentlichte Dissertation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, 1996), 54 ff.

Verschulden erfahren hat“ (§ 167 Abs 2), verschärft. In vielen Fällen bleibt wenig Zeit, um die in concreto oft schwer zu bestimmende Schadenssumme<sup>9</sup> exakt zu berechnen, wobei auch die genauen Determinanten einer solchen Berechnung vom Gesetzeswortlaut offengelassen wurden.

## III. Der Schadensbegriff aus zivilrechtlicher Sicht

Die Frage, was zivilrechtlich im Einzelfall als ersatzfähiger Schaden anzusehen und in welchem Umfang Ersatz zu leisten ist, ist überaus vielschichtig und facettenreich.<sup>10</sup> Um den möglichen Inhalt des Begriffs „ganzer aus der Tat entstandener Schaden“ näher auszuloten, soll vorerst dargestellt werden, welche Schadensposten aus der Vollendung eines reuefähigen Delikts resultieren können:

### A. Zivilrechtliche Schadenskategorien

Die Palette der möglichen Schadensposten soll anhand eines ganz alltäglichen Delikts illustriert werden, nämlich des Diebstahls eines Autos. Der Geschädigte hat zunächst einmal einen Anspruch auf Herausgabe gemäß § 366 ABGB oder einen Schadenersatzanspruch nach § 1295 ABGB oder einen Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB, je nachdem, ob die gestohlene Sache noch vorhanden ist bzw wie der Täter in der Folge mit ihr verfahren ist.

Bei der schadenersatzrechtlichen Anspruchsgrundlage ist zwischen dem Schaden am beeinträchtigten Rechtsgut selbst und Folge- bzw. Begleitschäden zu unterscheiden. Die Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn spielt im vorliegenden Zusammenhang wohl keine Rolle, da der Straftäter in aller Regel vorsätzlich gehandelt haben wird, sodaß vom Geschädigten gemäß § 1324 ABGB zivilrechtlich auch der entgangene Gewinn verlangt werden kann. Die Wiedergutmachung des Schadens am beeinträchtigten Rechtsgut liegt in der Rückgabe der Sache selbst, in Ermangelung dieser in der Rückgabe einer ähnlichen Sache oder – bei Beschädigung – in der Reparatur, sofern dies aber nicht möglich oder unzulässig ist, im Ersatz des Wertes der Sache (§ 1323 ABGB).

Folgeschäden sind in verschiedenster Form denkbar: Sofern der Geschädigte auch während des Entzugs des Fahrzeugs oder während dessen Reparatur auf ein solches angewiesen war, wird er ein Ersatzfahrzeug angemietet und dafür Aufwendungen getätigt haben. Wenn dies nicht sogleich möglich war, ist ihm unter Umständen ein Verdienstentgang entstanden, weil er seine Arbeitskraft nicht für produktive Zwecke einsetzen konnte. Zu denken ist etwa an einen Handelsvertreter, der für die Erzielung seiner Einkünfte darauf angewiesen ist, mobil zu sein und Kunden zu besuchen. Ein Folgeschaden kann sich aber auch daraus ergeben, daß der Geschädigte das Fahrzeug zu einem günstigen Preis verkaufen hätte können, mangels Verfügbarkeit des Fahrzeugs der potentielle Vertragspartner jedoch abgesprungen oder nach Vertragsschluß unter Setzung einer angemessenen Frist (§ 918 ABGB) vom Vertrag zurückgetreten ist.

9 Vgl. dazu OGH 16.12.1983, JBl 1984, 564 = EvBl 1984/128.

10 Dazu umfassend *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung<sup>2</sup> (1995).

Sofern es sich um eine Geldschuld handelt, bei einer Unterschlagung, Veruntreuung oder Untreue etwa, ist ein Folgeschaden insoweit denkbar, als der Geschädigte seinen bisherigen Kontokorrentkredit stärker in Anspruch nehmen oder auf die zinsbringende Veranlagung des Geldes verzichten mußte.

All diese Fälle haben gemeinsam, daß mit der Rückgabe der unrechtmäßig entzogenen Sache nicht der gesamte eingetretene Schaden abgedeckt ist. Damit erschöpfen sich die schadensrechtlichen Fragen aber keinesfalls: Das Ausmaß des vom Schädiger zu leistenden Ersatzes ist zudem einerseits von der Ausübung von Wahlrechten durch den Geschädigten und andererseits von dessen Reaktion auf das schädigende Ereignis abhängig.

Sofern die Naturalrestitution möglich ist, kann der Geschädigte Naturalrestitution oder Wertersatz begehren. Wenn die Sache selbst nicht mehr vorhanden ist, kann er sich für die Schaffung einer Ersatzlage entscheiden, also die annäherungsweise Herstellung eines Zustands, wie er ohne schädigendes Ereignis gegeben gewesen wäre, verlangen.<sup>11</sup> Nach neuerer Ansicht kann sich der Geschädigte selbst um die Naturalrestitution kümmern und die dabei getätigten Aufwendungen dem Schädiger in Rechnung stellen.<sup>12</sup>

Sofern er sich nicht für dieses Restitutions- oder Integritätsinteresse entscheidet, kann er das Wert- oder Kompensationsinteresse verlangen. Es geht ihm dann nicht um die Herstellung des realen Zustands, wie er ohne schädigendes Ereignis bestünde, sondern um die Auffüllung seiner Vermögenslücke. Bei – zumindest grob fahrlässigem Verhalten des Schädigers<sup>13</sup> – steht ihm ein Wahlrecht zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung zu. Der Unterschied liegt darin, daß bei objektiv-abstrakter Berechnung von den individuellen Verhältnissen des jeweiligen Geschädigten möglichst abstrahiert und bloß auf den Vergleich der Vermögenslage eine logische Sekunde vor und nach dem schädigenden Ereignis abgestellt wird, während beim subjektiv-konkreten Ansatz alle Besonderheiten in der Sphäre des Geschädigten miteinbezogen werden und dabei möglichst weit in die Zukunft geblickt wird.

Schließlich geht es auch um die Frage des Ersatzes ideeller Schäden. § 1331 ABGB ordnet bei strafgesetzwidrigen Handlungen auch den Ersatz des Affektionsinteresses an, also etwa des Liebhaberwertes, den beispielsweise ein Kaffeehändler für den Eigentümer hat, weil es noch von seiner Urgroßmutter stammt.<sup>14</sup> Darüber hinaus gibt es so manche Schadensposten, die an der Kippe zwischen Vermögensschaden und ideellem Schaden liegen, so etwa die Frage der Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverfolgungsschritte<sup>15</sup> oder die Selbstbehebung eines Reparaturschadens durch einen Freizeitbastler<sup>16</sup>.

11 Ch. Huber, Schadensberechnung 172 ff.

12 So vor allem Apathy, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979); ihm folgend Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>2</sup> (1980) 176 ff.

13 Die allermeisten Straftatbestände setzen Vorsatz im Sinne des § 5 StGB voraus. Es dürfte dabei auch kaum jemals eine Rolle spielen, daß im Strafrecht die Schuldtheorie, im Zivilrecht hingegen die Vorsatztheorie gilt, wonach ein Verhalten nur dann als vorsätzlich qualifiziert wird, wenn auch die Rechtswidrigkeit vom Vorsatz umfaßt ist.

14 Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB<sup>2</sup> Rn 2 zu § 1331; Koziol, Haftpflichtrecht I 40 FN 154.

15 Umfassend dazu M. Bydlinski, Der Kostenersatz im Zivilprozeß (1992) sowie demnächst Ch. Huber, Das Honorar des Versicherungsberaters als erstattungsfähige Aufwendung nach Schadenersatzrecht, ZVR 1997.

16 Für die Qualifizierung als ideeller Schaden Apathy, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 101; aA Ch. Huber, Schadensberechnung 195 f.

Schließlich ist für manche Spezialfragen noch ein (Um-)Weg über das Bereicherungsrecht oder die Geschäftsführung ohne Auftrag beschritten worden, um sachgerechte Ergebnisse zu begründen, die man über das Schadensrecht nicht herleiten zu können glaubte, so etwa bei den Verzugszinsen<sup>17</sup> oder den Betriebsreservekosten.<sup>18</sup>

## B. Paradigmawechsel im zivilrechtlichen Schadensrecht

Bevor darauf einzugehen ist, wie die Strafgerichte mit diesem Spektrum an Möglichkeiten im Rahmen des Ausmaßes des vom Schädiger geschuldeten Ersatzes umgehen, ist noch darauf hinzuweisen, daß in den letzten 20 Jahren eine Umgewichtung im österreichischen Schadenersatzrecht stattgefunden hat. Unter dem Einfluß von Wilburg<sup>19</sup> und F. Bydlinski<sup>20</sup> hat jahrzehntelang die objektiv-abstrakte Schadensberechnung dominiert, die vor allem von Koziol<sup>21</sup> und Welser<sup>22</sup> als Zauberformel für die Lösung auch schwieriger Schadensberechnungsprobleme herangezogen worden ist.

Seit der 1979 erschienenen bahnbrechenden Monographie von Apathy<sup>23</sup> gewinnt hingegen die subjektiv-konkrete Methode zunehmend an Boden,<sup>24</sup> da als Naturalrestitution nicht mehr allein der Fall begriffen wird, daß sich der Schädiger um die Herstellung eines Zustands bemüht, wie er ohne schädigendes Ereignis gegeben gewesen wäre. Vielmehr soll das Ausmaß des Ersatzes auch dann nicht zurückbleiben, wenn sich der Geschädigte selbst um die Restitution kümmert. Diesem Ansatz folgen Reischauer,<sup>25</sup> Koziol<sup>26</sup> und auch Ch. Huber.<sup>27</sup>

Man kann daher konstatieren, daß die objektiv-abstrakte Schadensberechnung heute im österreichischen Schadenersatzrecht eine zunehmend geringere Rolle spielt. Bedeutsam ist sie noch bei der überholenden Kausalität oder dann, wenn der Geschädigte an einer Herstellung des realen Zustands nicht interessiert ist und der Täter bloß leicht fahrlässig gehandelt hat und der objektiv-abstrakt berechnete Schaden über den nach subjektiv-konkreter Berechnung ermittelten hinausgeht.

In Anbetracht dieser Entwicklung ist bemerkenswert, daß sich der OGH in seinen strafrechtlichen Entscheidungen zur „tätigen Reue“ ausdrücklich auf den zivilrechtlichen Begriff der „objektiv-abstrakten Schadensberechnung“ beruft, wenn es um die Feststellung des Umfangs der Schadensgutmachungsverpflichtung geht, ohne freilich den zivilrechtlich zu leistenden Schadenersatz mit der für die tätige Reue erforderlichen Schadensgutmachung schlechthin gleichzusetzen.

17 Gitschthaler, Verzugschaden und Verzugsbereicherung, ÖJZ 1984, 233 ff.

18 Jeglichen Ersatz ablehnend Harrer in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Rn 33 ff zu § 1323; für eine Qualifizierung als Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag Koziol, Haftpflichtrecht I 63; Apathy, EKHG (1992) § 16 Rn 27; für eine Einordnung in das Bereicherungsrecht Reischauer in Rummel, ABGB Rn 11a zu § 1323; für eine schadenersatzrechtliche Qualifikation, der jüngst auch der OGH (OGH 27.6.1996, ecotex 1997, 81) gefolgt ist, Ch. Huber, Schadensberechnung 412 f; ders., Betriebsreservekosten – Einordnung in das Schadenersatzrecht, ecotex 1997, 77 ff.

19 Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung JherJB 82 (1932) 51 ff.

20 Probleme der Schadensverursachung (1964).

21 Haftpflichtrecht I 26 f.

22 Zur Ersetzbarkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl, ÖJZ 1977, 645 ff.

23 Aufwendungen zur Schadensbeseitigung.

24 Für deren Vorrang Reischauer in Rummel, ABGB Rn 4 zu § 1323.

25 In Rummel, ABGB Rn 11 zu § 1323.

26 Haftpflichtrecht I 176 ff.

27 Schadensberechnung 165 ff.

#### IV. Die strafrechtliche Judikatur zum Umfang der Schadenersatzpflicht

Schon seit jeher – und dies gilt auch für die Rechtslage vor Inkrafttreten des StGB – verstand die Judikatur unter Schadensgutmachung im Sinne tätiger Reue primär die „Zurückversetzung in den vorigen Stand iS des § 1323 ABGB“. <sup>28</sup> Für den Fall der Unmöglichkeit oder Untunlichkeit der Naturalrestitution sollte sich der Umfang der Schadenersatzpflicht nach dem „positiven Schaden aufgrund objektiv-abstrakter Schadensberechnung“ richten. <sup>29</sup> Bei näherer inhaltlicher Analyse zeigt sich jedoch, daß die dabei verfolgte Linie nicht immer konsequent und schlüssig war.

Dies gilt beispielsweise für die immer wieder verwendeten Termini „direkter und indirekter Schaden“, die nicht dem Fundus des Zivilrechts entspringen. <sup>30</sup> Von den Strafgerichten wird der Begriff des „indirekten Schadens“ vielmehr als Synonym dafür verwendet, daß ein bestimmter Schadensposten zwar zivilrechtlich zu ersetzen sein mag, die Leistung eines diesbezüglichen Vermögensäquivalents aber keine Voraussetzung dafür ist, daß der Täter in den Genuß der Straffreiheit aufgrund tätiger Reue gelangen kann.

Besonders deutlich wird dies bei der seit jeher umstrittenen Zinsenproblematik. In der Entscheidung SSt 59/86 aus dem Jahre 1988 hat der OGH folgendermaßen argumentiert: „Die im § 167 StGB normierte Schadenersatzverpflichtung deckt sich nicht mit dem zivilrechtlich zu fordernden Schadenersatz: Während letzterer bei vorsätzlicher Schadensgutmachung „volle Genugtuung“ verlangt (§ 1324 ABGB), genügt für erstere – der kriminalpolitischen Zielsetzung der tätigen Reue entsprechend – in der Regel der Ersatz des positiven Schadens auf Grund objektiv-abstrakter Schadensberechnung; der Ersatz eines indirekten Schadens ist nicht erforderlich. Die zusätzliche Belastung mit Zinsen, die der Geschädigte deshalb auf sich genommen hat, weil er ersatzweise einen Kredit aufgenommen hat, ist ein indirekter (Folge-)Schaden, dessen Gutmachung § 167 StGB nicht voraussetzt. Im Regelfall ist der Entgang von Zinsen, der darauf zurückzuführen ist, daß das Tatopfer um die Möglichkeit gebracht wurde, das vom Täter veruntreute Geld zinsenbringend anzulegen, kein durch die Veruntreuung bewirkter (zusätzlicher direkter) Schaden, weil die solcherart entgangene Nutzung des Kapitals – von besonderen Ausnahmefällen abgesehen – nicht als ein Begleitumstand der Tat zu beurteilen ist, den der Täter bei einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung berücksichtigen müßte.“

Das Abstellen auf die „objektiv-abstrakte Schadensberechnung“ bedeutet zivilrechtlich – wie bereits erwähnt – nur, daß es für die Bestimmung des Schadensumfangs auf den Vergleich der Vermögenslage eine logische Sekunde vor und nach Abschluß des schädigenden Ereignisses ankommt. Später nachfolgende Entwicklungen bleiben dabei – im Gegensatz zur subjektiv-konkreten Schadensberechnung – unberücksichtigt.

Der Entscheidung SSt 59/86 lag der Fall eines Försters zugrunde, der im Auftrag einer Gemeinde den gemeindeeigenen Wald zu pflegen und Holz auf Rechnung der Gemeinde zu verkaufen hatte. Der Förster hatte nun Verkaufserlöse veruntreut, sie jedoch – mit einigen Monaten Verzögerung, aber doch rechtzeitig im Sinne des § 167 StGB – ohne Zinsenzuschläge zurückerstattet. Die Gemeinde mußte während dieses

28 So beispielsweise schon OGH 21.11.1949, SSt 20/139.

29 OGH 24.11.1988, SSt 59/86 = JBl 1989, 397 = EvBl 1989/71 = JUS 1989/59.

30 Zur begrenzten Nützlichkeit einer solchen Begriffsbildung siehe auch Weyers, Über die „Unmittelbarkeit“ als Rechtsbegriff, JZ 1991, 999 ff.

Zeitraums mit Krediten arbeiten, was dem Täter jedoch nicht bekannt war. Er leistete keinen Ersatz für diesen Zinsaufwand. Gleichwohl wurde ihm tätige Reue zugebilligt.

In einer älteren Entscheidung hat der OGH jedoch bei einem Sparvereinsobmann, der ihm anvertraute Spargelder veruntreut hatte, sehr wohl auch den Ersatz der entgangenen Zinsen als Voraussetzung tätiger Reue verlangt. <sup>31</sup>

Auch in einer erst 1995 ergangenen Entscheidung verlangte der OGH als Voraussetzung für die tätige Reue den Ersatz jener Zinsen, die dem Täter für das von ihm auf Sparbüchern angelegte rechtswidrig angeeignete Kapital gutgeschrieben wurden.

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Bankangestellter hatte aufgrund einer Fehlbuchung auf seinem eigenen Konto plötzlich ein scheinbares Guthaben von rund öS 400.000,-. Er ließ dieses Guthaben durch andere Bankbedienstete auf zwei Sparbücher bei derselben Bank umbuchen. Insgesamt wurden ihm in der Folge auf beiden Sparbüchern rund öS 25.000,- an Zinsen gutgeschrieben. Darüber hinaus erwuchsen der Bank für diese buchmäßigen Spareinlagen Mindestreservekosten von rund öS 2.000,-, und für vom Täter bar behobene Beträge entgingen ihr Zinsen von rund öS 1.200,-. Da der Täter nur den Kapitalbetrag, der seinem Konto irrtümlich zugeflossen war, ersetzt hatte, verneinte der OGH – in Übereinstimmung mit dem Erstgericht – die vollständige Schadensgutmachung im Sinne des § 167 StGB und meinte, daß es sich dabei „größtenteils“ – offenbar mit Ausnahme der durch die Barabhebungen entgangenen Zinsen – um einen „positiven Schaden“ handelte, den der Täter eben nicht zur Gänze gutgemacht habe.

Der Sache nach wird freilich in dieser Entscheidung auf die beim Straftäter feststellbare Bereicherung abgestellt, da anzunehmen ist, daß eine Bank bei einer Veranlagung eine höhere Rendite erwirtschaftet als die übliche Sparbuchverzinsung. <sup>32</sup>

Die nähere Begründung dieses Judikats verdient besondere Beachtung: „Die Schadenersatzverpflichtung des reuewilligen Täters“, so der OGH, „erstreckt sich nach dem Wortlaut des § 167 StGB auf den ‚ganzen aus der Tat‘ im Sinne deliktstypischer Verknüpfung damit entstandenen Schaden. Sie deckt sich insoweit nicht unbedingt mit dem weitergehenden zivilrechtlichen Schadensbegriff, der bei vorsätzlich verursachtem Schaden zur Leistung voller Genugtuung verpflichtet (§ 1324 ABGB). Die täterbezogene Komponente dieses Strafaufhebungsgrundes führt vielmehr zu einer Beschränkung der Ersatzpflicht auf das dem Täter objektiv überschaubare Ausmaß des aus der Tat entstandenen Gesamtschadens; unter Heranziehung zivilrechtlicher Begriffe somit auf den Ersatz des positiven Schadens auf Grund objektiv-abstrakter Schadensberechnung.“

Daraus leitete der OGH ab, daß der Täter im Anlaßfall „nicht nur zur Erstattung des Kapitals, sondern jedenfalls auch zum Ersatz der ihm aus der Tat zwangsläufig erwachsenen und auch exakt berechenbaren Zinsen verpflichtet“ gewesen sei, „die das geschädigte Kreditinstitut für ein ihm defraudiertes Vermögen positiv zu entrichten hatte. Wenn die Rechtsprechung den Täter sogar ausnahmsweise zum Ersatz entgangener Zinsen verpflichtet (EvBl 1961/236), umfaßt die Ersatzpflicht umso mehr auch die durchaus deliktstypisch mit der Tat verbundenen, positiv bezahlten Zinsen in von vornherein feststehender Höhe“. <sup>33</sup>

31 OGH 14.3.1961, SSt 32/23 = EvBl 1961/236 = RZ 1961, 118. Gegenteilig allerdings – trotz nahezu identem Sachverhalt – noch KH 627.

32 § 11 des deutschen Verbraucherkreditgesetzes schreibt demgemäß bei Säumnis des Verbrauchers mit der Rückzahlung seines Darlehens Verzugszinsen in der Höhe von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz vor.

33 OGH 23.3.1995, ÖJZ-LSK 1995/237. Im gleichen Sinn OGH 12.6.1984, 12 Os 156/83 (unveröffentlicht).

Zivilrechtlich gesehen handelt es sich beim vom OGH hier geforderten „Schadenersatz“ um einen Bereicherungsanspruch. Um einen objektiv-abstrakt berechneten Schaden handelt es sich schon deshalb nicht, weil es bei diesem Bewertungsansatz – wie erwähnt – ausschließlich auf den Vermögensnachteil innerhalb der „logischen Sekunde“ vor und nach dem Schadensereignis ankommt,<sup>34</sup> das Wesen der Zinsen hingegen darin liegt, daß sie im weiteren Zeitverlauf immer stärker anwachsen.

Abgesehen von dem vom OGH offenbar selbst als „Ausnahmefall“ qualifizierten Sparvereinsobmann, der auch die entgangenen Zinsen ersetzen mußte, bleibt jedenfalls festzuhalten, daß die Entscheidung aus dem Jahr 1988, die dem Förster keine Ersatzpflicht für die von der Gemeinde tatsächlich zu leistenden Zinsen auferlegte,<sup>35</sup> und die Entscheidung desselben Senats aus dem Jahr 1995 im Ergebnis divergieren, obwohl sich der OGH in beiden Fällen zur Bestimmung des Umfangs der Wiedergutmachungsverpflichtung expressis verbis auf den Begriff des „positiven Schadens aufgrund objektiv-abstrakter Schadensberechnung“ berief. Dies läßt sich mit dem zivilrechtlichen Begriff der objektiv-abstrakten Schadensberechnung nicht in Einklang bringen.

Es liegt daher nahe, daß der OGH in Wahrheit auf ein anderes Kriterium als den „positiven Schaden aufgrund objektiv-abstrakter Schadensberechnung“ abstellte, um die unterschiedliche Behandlung der Zinsenproblematik in den dargestellten Fällen zu rechtfertigen.

## V. Die Erkennbarkeit des Schadensumfangs durch den Täter als tatsächliches Entscheidungskriterium

Die Judikate des OGH zur Zinsenproblematik bei tätiger Reue sind nur dann verständlich, wenn man sich vom Rückgriff auf zivilrechtliche Schadensdefinitionen löst und die Erkennbarkeit des Schadensumfangs durch den reuewilligen Täter als entscheidend erachtet. Der Förster wußte nicht, daß seinem Auftraggeber, der Gemeinde, durch seine Tat Kreditkosten erwachsen waren, während der Bankangestellte die Zinsen ja auf seinem Sparbuch gutgeschrieben erhielt, sodaß sie ihm auch betragsmäßig exakt bekannt waren. Offensichtlich war dies die „differentia specifica“, die den OGH zur Ungleichbehandlung der beiden Fälle bewog, so wie er auch dem Sparvereinsobmann, dem naturgemäß ebenfalls die Höhe der den anderen Sparvereinsmitgliedern durch seine Malversationen entgangenen Zinsen exakt bekannt war, den Ersatz dieser Zinsen als Voraussetzung tätiger Reue abverlangte.<sup>36</sup>

Damit ist klar, daß die Judikatur den „Schaden“ im Sinne des § 167 StGB inhaltlich offenbar nicht wirklich als zivilrechtlich zu beurteilende Vorfrage betrachtet.

Dem Bestreben, sich von absoluten, zivilrechtlich vorgegebenen Schadensbegriffen zu lösen und mit dem Kriterium der Erkennbarkeit des Schadens auch die tätigerspezifische Komponente der tätigen Reue zu berücksichtigen, ist durchaus beizupflichten. Konsequenterweise müßte man sich freilich bei der Bestimmung der Schadenersatzpflicht im Rahmen der tätigen Reue auch in der Begründung der Judikate von zivilrecht-

34 *Kozio/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I<sup>10</sup> (1995) 470.

35 Auch in anderen Entscheidungen, in denen es um eine Veruntreuung oder Unterschlagung von Geld ging, wurde die Zinsenproblematik bei der tätigen Reue nicht einmal erörtert. Vgl. OGH 7.8.1969, EvBl 1970/74; OGH 28.8.1975, SSt 46/43; OGH 25.10.1979, EvBl 1980/70 = SSt 50/65; OGH 21.11.1984, EvBl 1985/84 = RZ 1985/56; OGH 12.4.1994, EvBl 1994/157.

36 OGH 14.3.1961, EvBl 1961/236. Gegenteilig noch KH 627.

lichen Schadenstermini lösen und deren Umfang ausschließlich strafrechtsspezifisch nach dem Kriterium der Erkennbarkeit des Schadens durch den Täter bestimmen. Man würde damit nur die terminologische Konsequenz aus der inhaltlich ohnehin in diesem Sinne praktizierten jüngeren Judikatur des OGH ziehen.

Wenn man die Erkennbarkeit als zentrales Kriterium für den Umfang der Schadenersatzpflicht anerkennt und diesen solcherart nicht mehr nach zivilrechtlichen, sondern vielmehr nach spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkten bestimmt, so stellen sich für die konkrete Anwendung zwei Fragen: einerseits jene nach dem Zeitpunkt, auf den dabei abzustellen ist, sowie andererseits jene, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen der Täter – trotz objektiver Erkennbarkeit – den tatsächlichen Schadensumfang subjektiv verkannt hat.

## VI. Die Begrenzung der Schadenersatzverpflichtung auf den „deliktsspezifischen Schaden“

Wendet man das vom OGH in ständiger Judikatur anerkannte Erfordernis des „deliktsspezifischen Zusammenhangs“<sup>37</sup> bezüglich des Umfangs der Schadenersatzverpflichtung bei tätiger Reue wirklich konsequent an, so müßte man auf den Zeitpunkt unmittelbar nach Deliktvollendung abstellen. Zu ersetzen wäre demnach der zu diesem Zeitpunkt vorhandene Schaden, soweit er für den Täter erkennbar ist. Alle in der Folge entstehenden weiteren Vermögensnachteile für das Opfer sind von vielen zufälligen Umständen abhängig und auch insofern nicht mehr als deliktsspezifisch zu bezeichnen, als sie ja auch im Rahmen einer allfälligen Wertqualifikation nicht zu berücksichtigen sind.<sup>38</sup> Da Wert- oder Schadensqualifikationen nach hL und Rsp „nicht als Erfolgsqualifikation, sondern als Deliktsqualifikation zu werten sind, weshalb sie vom Vorsatz umfaßt sein müssen“,<sup>39</sup> können sie keine erst nach Deliktvollendung entstehenden Folgeschäden umfassen.

Der „deliktsspezifische Schaden“ müßte somit zum Zeitpunkt der Deliktvollendung gegeben sein, und alle weiteren „Folgeschäden“ liegen genaugenommen außerhalb des deliktsspezifischen Zusammenhangs. Folgerichtig wären sie daher auch ganz generell von der Schadenersatzpflicht im Rahmen tätiger Reue nicht mehr umfaßt, sodaß sich die Zinsenproblematik gar nicht stellen dürfte. Zinsen wären somit als „indirekte Folgeschäden“ aus der Schadensgutmachungsverpflichtung bei tätiger Reue ausgeklammert. Eine solche Lösung würde im übrigen auch mit dem zivilrechtlichen Konzept der objektiv-abstrakten Schadensberechnung harmonisieren.

Daß der OGH den Zinsenersatz im Rahmen tätiger Reue fallweise dennoch verlangt, ist strenggenommen unter dem Aspekt des erforderlichen „deliktsspezifischen Zusammenhangs“ inkonsequent und nur damit erklärbar, daß er dabei offensichtlich auf die Erkennbarkeit des Schadensumfangs für den Täter zum Zeitpunkt der Schadensgutmachung abstellt. Richtigerweise wäre aber auf den Zeitpunkt der Deliktvollendung abzustellen, womit sich auch das vom Jubilar zurecht kritisierte „Zufallsmoment“ im Rahmen tätiger Reue<sup>40</sup> weitgehend vermeiden ließe.

37 *Leukauff/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>3</sup>, Rn 30 zu § 167 mwN.

38 In diesem Sinne treffend *Bertel/Schwaighofer*, BT I<sup>4</sup> (1995), Rn 5 zu § 167.

39 *Leukauff/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>3</sup>, Rn 30 zu § 7 mwN.

40 *Moos*, ÖJT 1985, Bd III/2, 70.

Definiert man den im Rahmen tätiger Reue gutzumachenden Schaden als jenen deliktsspezifischen Vermögensnachteil, der unmittelbar nach Deliktvollendung gegeben und für den Täter erkennbar ist, so kann sich dies für den Täter grundsätzlich ambivalent auswirken. Es sind auch Fälle denkbar, in denen der Wert einer durch ein reuefähiges Delikt entzogenen Sache nach Deliktvollendung plötzlich sinkt, wie beispielsweise bei Wertpapieren oder besonders schnelllebigem Konsumgütern. Auch in solchen Fällen wäre freilich – wie bei der objektiv-abstrakten Schadensberechnung im zivilrechtlichen Sinn – auf den Zeitpunkt unmittelbar nach Deliktvollendung abzustellen und der reuewillige Täter zum Ersatz des zu diesem Zeitpunkt für das Opfer gegebenen Vermögensnachteils verpflichtet.

## VII. Das Auseinanderfallen von zivilrechtlichem Schadenersatz und voller Schadensgutmachung im Sinne des § 167 StGB

Eine durchaus nicht seltene Fallkonstellation ist dadurch charakterisiert, daß der Inhalt des Schadenersatzanspruchs einerseits und dasjenige, was als volle Wiedergutmachung die Voraussetzung der tätigen Reue darstellt, andererseits auf verschiedene Leistungsinhalte gerichtet sind.

In dem der Entscheidung SSt 48/62 zugrundeliegenden Sachverhalt<sup>41</sup> hatten Jugendliche Kreuze von Grablaternen gestohlen, worauf einer der Geschädigten ein neues Kreuz für seine Grablaterne anfertigen ließ. Die Jugendlichen gaben in der Folge – in zivilrechtlicher Betrachtung durch einen Treuhänder – die Kreuze an die Geschädigten zurück, unter anderem auch an den, der inzwischen ein neues Kreuz hatte anfertigen lassen. Da der Geschädigte dieses annahm und auf weiteren Schadenersatz verzichtete, bejahte der OGH das Vorliegen tätiger Reue und kam zum Ergebnis der Straffreiheit. Da durch die Rückgabe der Kreuze noch nicht der gesamte Schaden abgedeckt war und die Straftäter die Übernahme der Montagekosten auch nicht angeboten hatten, steht diese Entscheidung im Widerspruch zur sonstigen Judikatur, wonach ein vorweg erklärter Verzicht des Geschädigten auf die vollständige Schadensgutmachung für die tätige Reue nicht ausreichend sei.<sup>42</sup>

Das Spannungsverhältnis zwischen Naturalrestitution und Wertersatz sowie das Auseinanderfallen von zivilrechtlich schuldbefreiender Leistung und der Gutmachung des „ganzen aus der Tat entstandenen Schadens“ als Voraussetzung der tätigen Reue wird besonders deutlich, wenn man den Fall nur um eine kleine Nuance variiert. Nehmen wir an, der Geschädigte verweigert die Entgegennahme des Grabkreuzes, weil er sich schon ein neues besorgt hat. Ist er dazu zivilrechtlich befugt? Gerät er dadurch in Annahmeverzug nach § 1419 ABGB? Welche Auswirkungen zeitigt dies für die tätige Reue nach § 167 StGB?

Zivilrechtlich wird der Geschädigte nach Beschaffung einer Ersatzsache die Naturalrestitution durch den Schädiger als unzulässig ablehnen können. Er kann darauf bestehen, daß der Geschädigte ihm seine Aufwendungen ersetzt, wobei er ihm einerseits die gestohlene Sache überlassen und sich andererseits einen Abzug „neu für alt“ gefallen lassen muß.<sup>43</sup> Das wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn es sich um einen

41 OGH 6.9.1977.

42 *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>3</sup>, Rn 29 zu § 167.

43 Dafür, daß auch in solchen Fällen eine Betätigung des Integritätsinteresses vorliegt, *Ch. Huber*, Schadensberechnung 177 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB Rn 14 zu § 1323; OGH 1.9.1983 SZ

Gegenstand handelt, den man typischerweise nur einmal anschafft, wie dies eben bei Grablaternenkreuzen der Fall ist.

Für die tätige Reue ist freilich auf den Zustand unmittelbar nach dem schädigenden Ereignis abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Geschädigte gerade noch keine Ersatzsache angeschafft, sodaß eine Naturalrestitution an den Geschädigten durch Hinterlegung nach § 1425 ABGB oder Erlag bei der Behörde dazu führt, daß ihm tätige Reue zugute kommt, sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind.

Das Spannungsverhältnis zwischen Zivil- und Strafrecht ist dergestalt aufzulösen, daß der Geschädigte Zahlung eines Geldbetrags begehren kann, freilich bloß Zug um Zug gegen Erklärung des Einverständnisses mit der Ausfolgung der hinterlegten Sache und Eigentumsübertragung an den Täter.

## VIII. Zum Ersatz des „Nutzungsausfallsschadens“

Durch die Novelle 1987 (BGBl 1987/605) wurde der Kreis jener Delikte, bei denen tätige Reue möglich ist, erweitert. Der Tatbestand des unbefugten Gebrauchs von Kraftfahrzeugen (§ 136 StGB), den man zivilrechtlich als einen gesetzlich vertypten Fall eines Nutzungsausfallsschadens bezeichnen kann, wurde dabei jedoch nicht einbezogen.

Dennoch finden sich in der Strafrechtswissenschaft nach wie vor Stimmen<sup>44</sup>, die für eine – grundsätzlich zulässige<sup>45</sup> – analoge Anwendung der tätigen Reue auf das Delikt des § 136 StGB eintreten. Der OGH hatte – soweit ersichtlich – bislang noch nie Gelegenheit, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen.

Da die Frage dem Grunde nach nicht geklärt ist, sind auch kaum Stellungnahmen dazu vorhanden, welcher Ersatzbetrag geleistet werden müßte, um in den Genuß der tätigen Reue zu kommen.

Oft kann im Schadenersatzrecht der Streit über den Grund einer Rechtsposition erheblich entschärft werden, wenn man Einigkeit hinsichtlich der angemessenen Höhe des Ersatzes erzielen kann. Hinsichtlich des Nutzungsausfallsschadens beim unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen sind aber auch diesbezüglich die Meinungen geteilt.

*Liebscher*<sup>46</sup> hält eine Schadenswiedergutmachung in natura für unmöglich. *Bertel/Schwaighofer*<sup>47</sup> stellen auf Schäden am Fahrzeug, der Ladung und den Verbrauch von Betriebsmitteln ab. Wenn der Straftäter nach dem Gebrauchsdiebstahl das Fahrzeug wieder auftankt und vielleicht sogar noch Öl und Wasser nachfüllt, würde dies nach dem Ansatz von *Bertel/Schwaighofer* für die tätige Reue ausreichen und der Straftatbestand daher typischerweise leerlaufen.

Zwar wird es zutreffen, daß es häufig an einem weitergehenden Schaden beim Opfer der Straftat fehlen wird. Bei einem Fahrzeug, mit dem bereits mehr als 100.000 Kilometer gefahren worden sind, wird es sich auf dessen Wert kaum nennenswert oder überhaupt nicht auswirken, wenn noch weitere 600 Kilometer dazukommen. Dennoch wäre es verfehlt, sich mit dem Ersatz der „variablen Kosten“ durch den reuewilligen

56/126; gegenteilig *Koziol*, Haftpflichtrecht I 186 f; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB Rn 16 zu § 1323; OGH 19.11.1986, JBl 1987, 325; OGH 3.4.1990, 721.

44 *Kienapfel*, Besonderer Teil II, Rn 17 zu § 167; *Schroll*, ÖJZ 1985, 361; *Bertel/Schwaighofer*, BT I, Rn 2 zu § 167; aA *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>3</sup>, Rn 8 zu § 167; *Liebscher* in *Wiener Kommentar*, Rn 13 zu § 167.

45 Näher dazu *Tschulik*, Wiener Kommentar, Ergänzungen zu § 167, Rn 16a.

46 *Liebscher* in *Wiener Kommentar*, Rn 13 zu § 167.

47 *Bertel/Schwaighofer*, BT I, Rn 7 zu § 167.

Täter zu begnügen. Vielmehr müßte in einem solchen Fall eine andere Betrachtungsweise Anwendung finden. Abzustellen wäre auf den Vorteil, den der Straftäter gezogen hat. Es würde zwar zu weit gehen, ihm die Kosten eines Taxis zu verrechnen; immerhin ist er ja selbst gefahren und hat sich nicht chauffieren lassen. Auch der Ansatz von Mietwagenkosten wäre überschießend, ist doch der am Gebrauch Verkürzte gerade kein Mietwagenunternehmer. Angemessen wäre es aber, vom reuewilligen Täter den Ersatz des amtlichen Kilometergelds zu verlangen. Dieses kann im Regelfall vom Täter auch sehr leicht errechnet werden.

Damit würde zusätzlich dem Umstand Rechnung getragen, daß es für den Gebrauch keine Rolle spielt, ob man mit einem neuen oder einem alten Auto unterwegs ist, solange es funktioniert. Es erscheint auch als sachgerecht, den Straftäter an den Fixkosten zu beteiligen. Schließlich ist diese Größe für ihn auch kalkulierbar, so daß sich aus der Perspektive der Abschätzbarkeit und Berechenbarkeit des Betrags, der im Wege der tätigen Reue zu leisten ist, um straffrei zu gehen, keine Bedenken ergeben.

Einwenden könnte man freilich, daß es sich insoweit um einen Bereicherungsanspruch und nicht um einen Schadenersatzanspruch handelt. Aber darauf kommt es nicht an. Wie dargelegt, ist der strafrechtliche Schadensbegriff der tätigen Reue mit dem zivilrechtlichen Schadensbegriff eben gerade nicht deckungsgleich. Wie bereits erwähnt wählt man im Zivilrecht mitunter einen Umweg, weil sich so manches Ergebnis mithilfe des Bereicherungsrechts besser begründen läßt. Für die Schadensgutmachung im Rahmen der tätigen Reue kommt es daher auf die zivilrechtliche Etikettierung – Schadenersatzanspruch oder Bereicherungsanspruch – überhaupt nicht an.

## IX. Zur Divergenz von objektiver und subjektiver Erkennbarkeit des Schadensumfangs

Dem OGH ist grundsätzlich darin zu folgen, daß sich der Umfang des vom reuewilligen Täter zu leistenden Ersatzes nicht nach zivilrechtlich fest vorgegebenen Schadenskategorien, sondern nach der objektiven Erkennbarkeit durch den Täter richtet.

Fraglich ist, was in jenen Fällen zu geschehen hat, in denen der Täter trotz objektiver Erkennbarkeit des Schadensumfangs diesen subjektiv verkennt und deshalb irrtümlich zuwenig Schadenersatz leistet. Der OGH hat – soweit ersichtlich – bislang einen Irrtum des Täters über die Höhe seiner Schadenersatzpflicht stets als irrelevant qualifiziert.<sup>48</sup>

So wurde tätige Reue mangels vollständiger Schadensgutmachung auch in einem Fall verneint, in dem gestohlene Kleidungsstücke an sich vollständig und rechtzeitig zurückgegeben worden waren, jedoch Beschädigungen aufwiesen, die der Täter – dies ist dem Sachverhalt nicht genau zu entnehmen – vielleicht gar nicht bemerkt hatte.<sup>49</sup> Es handelte sich dabei um einen Brandfleck sowie waschbedingte Verfärbungen, die nach den Urteilsfeststellungen zum Zeitpunkt des Diebstahls noch nicht vorhanden waren.

Rein teleologisch betrachtet sprechen sowohl die opferbezogene als auch die täterbezogene Komponente des persönlichen Strafaufhebungsgrundes der „tätigen Reue“ wohl eher dafür, dem Täter für den Fall, daß er die Beschädigungen tatsächlich nicht erkannt haben sollte, die Strafaufhebung zuzubilligen. Auch dann, wenn der Täter

48 Leukauff/Steininger, Kommentar zum StGB<sup>3</sup>, Rn 32 zu § 167 mwN.

49 OGH 23.9.1986, RZ 1987/37 mit Anm. Kienapfel.

im guten Glauben, er würde den gesamten Schaden gutmachen, zuwenig Schadenersatz leistet, ist jener „Interessensausgleich zwischen dem Strafanspruch des Staates und dem Ersatzanspruch des Geschädigten“ zu bejahen, der zurecht als Wesenskern des Rechtstituts der tätigen Reue betrachtet wird.<sup>50</sup>

Besonders deutlich wird dies in jenen Fällen, in denen tatsächliche und erforderliche Schadensgutmachung nur ganz geringfügig divergieren. Würde man hier Abstriche zugunsten des irrenden reuewilligen Täters machen, so würde dies auch nicht „darauf hinauslaufen, die Anwendbarkeit des § 167 StGB in einer entscheidenden Beziehung dem manchmal mehr, manchmal weniger berechtigten Lamento des Schädigers auszuliefern“.<sup>51</sup> Das Gericht hat ohnehin selbstverständlich unabhängig vom „Lamento“ des Geschädigten die Frage der Schadensgutmachung objektiv zu klären und ist weder in der für den Täter günstigen, noch in der für den Täter ungünstigen Richtung davor gefeit, vom Geschädigten falsch, unvollständig oder tendenziös informiert zu werden. Grobe Diskrepanzen zwischen dem objektiv erkennbaren und dem subjektiv erkannten Schadensumfang werden im übrigen schon deshalb keine Rolle spielen, weil diesfalls die Glaubwürdigkeit der Fehlvorstellung des Täters nicht gegeben sein wird.

Es sprechen also gute Gründe dafür, dem Täter auch dann tätige Reue zuzugestehen, wenn er irrtümlich zuwenig Schadenersatz geleistet hat und solcherart nicht auf die objektive Erkennbarkeit, sondern auf das subjektive Erkennen des Schadensumfangs abzustellen.

Freilich darf nicht verkannt werden, daß dies vom Wortlaut des § 167 StGB, der vom reuewilligen Täter nun einmal die Gutmachung des „ganzen aus seiner Tat entstandenen Schadens“ verlangt, nicht mehr gedeckt wäre, sodaß methodisch gesehen wohl eine teleologisch durchaus sinnvolle ergänzende Rechtsfortbildung<sup>52</sup> vorläge.

In Anbetracht des Umstandes, daß die exakten Kriterien für den Umfang der Schadenersatzpflicht bei tätiger Reue vom Gesetz jedoch weitgehend offengelassen werden,<sup>53</sup> und man sich schon deshalb relativ weit vom Wortlaut der gesetzlichen Regelung entfernen muß, um der Teleologie der tätigen Reue gerecht zu werden, scheint eine solche Auslegung, die freilich auf eine stärkere Betonung der „Täterkomponente“ hinausläuft, zumindest als gut vertretbar. Es lassen sich dafür ebensogute Gründe ins Treffen führen wie für den weitgehend anerkannten Analogieschluß, die tätige Reue auch in den Fällen anzuerkennen, in denen mit der Vollendung eines reuefähigen Delikts überhaupt kein Schaden entstand, wie beispielsweise bei bestimmten Formen des Wuchers sowie des Eingriffs in fremdes Jagdrecht.<sup>54</sup> Auch die teleologisch ebenfalls durchaus sinnvolle Ausdehnung der tätigen Reue auf das im § 167 StGB gar nicht genannte Delikt des „unbefugten Gebrauchs von Kraftfahrzeugen“ (§ 136 StGB)<sup>55</sup> ist letztlich wohl nur mit „ergänzender Rechtsfortbildung“ zu legitimieren.

In diesem Zusammenhang ist schließlich auch darauf hinzuweisen, daß das vom OGH jüngst neuerlich verwendete Argument, dem Charakter der tätigen Reue als

50 Schroll, ÖJZ 1985, 358.

51 So die Bedenken Kienapfels in seiner im Ergebnis zustimmenden Entscheidungsanmerkung zu OGH 23.9.1986, RZ 1987/37.

52 Grundlegend dazu F. Bydinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991), 472 ff.

53 AA offenbar Kienapfel, Anm. zu OGH 23.9.1986, RZ 1987/37, 149.

54 Näher dazu Brandstetter, ÖJZ 1987, 165, sowie jüngst Christian, Die tätige Reue nach § 167 StGB, 66 f.

55 In diesem Sinne jüngst auch Löschnig-Gspandl, Wiedergutmachung, 107.

Ausnahmeregelung könne nur durch „strenge, restriktive Interpretation“ entsprochen werden,<sup>56</sup> methodisch verfehlt ist.<sup>57</sup>

## X. Der zivilrechtlich zustehende Schadenersatz als absolute Obergrenze der Schadensgutmachungspflicht bei tätiger Reue

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, daß man bei der Bestimmung des Umfangs der im Rahmen tätiger Reue erforderlichen Wiedergutmachung sinnvollerweise nicht auf einen vorgegebenen zivilrechtlichen Schadensbegriff abstellen darf, sondern diese Frage vielmehr nach spezifisch strafrechtlichen, an der Teleologie der tätigen Reue orientierten Kriterien zu entscheiden hat.

Dennoch ist der Konnex mit dem Zivilrecht in einem Punkt unverzichtbar: der zivilrechtlich zu fordernde maximale Ersatzbetrag, mag er nun auf schadenersatzrechtlicher oder bereicherungsrechtlicher Grundlage beruhen, muß die absolute Obergrenze dessen sein, was der reuewellige Täter an Ersatz zu leisten hat. Andernfalls käme es ja dazu, daß sich der Täter durch eine rechtlich nicht gedeckte Mehrleistung an das Opfer vom staatlichen Strafanspruch im Ergebnis sozusagen „loskaufen“ müßte.<sup>58</sup>

Dies mag auf den ersten Blick als geradezu selbstverständlich erscheinen, bedarf jedoch in Anbetracht der Judikatur, die auch nicht einklagbare Verbindlichkeiten als Vermögensschaden im Sinne der dafür einschlägigen Vermögensdelikte gelten läßt, besonderer Betonung.

In der Praxis sind solche Konstellationen im Zusammenhang mit verbotenen Ablösen vorgekommen:

Ein Mieter hatte dem Vormieter eine verbotene Ablöse versprochen, um an eine bestimmte Wohnung zu gelangen, die ihm auch übergeben wurde. Nach Schlüsselübergabe weigerte sich dieser, die Ablöse zu bezahlen. In der Folge wurde der Mieter wegen Betrugs verurteilt.<sup>59</sup>

Es mag zwar nicht die feine englische Art sein, sich auf diese Weise den Besitz einer Wohnung zu verschaffen. Die Rechtsordnung sieht nun aber einmal die Einhaltung der Mietzinsobergrenzen sowie den Mieterschutz als ein so hochwertiges Rechtsgut an, daß es nicht nur derartige Vereinbarungen für unwirksam erklärt, sondern auch nach Leistungserbringung eine Rückabwicklung zuläßt. Ist eine verbotene Ablöse bezahlt worden, so kann sie vom Leistenden nach § 27 Abs 3 MRG zurückverlangt werden.

Wenn auch der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue dem Interesse des Geschädigten dient, so darf dies jedenfalls nicht dazu führen, daß mit dem Druckmittel des Strafrechts ein zivilrechtlicher Anspruch durchsetzbar wird, der es sonst nicht wäre. Der Leitsatz der aufgrund des dargestellten Sachverhalts ergangenen Entscheidung des OGH lautet wie folgt: „Wer mit Bereicherungsvorsatz und unter Vortäuschung seines Willens, die eingegangene Verbindlichkeit zu erfüllen, einen Mieter durch Versprechen einer Ablöse zur Übergabe der Wohnung unter Verzicht auf das Mietrecht veranlaßt, verantwortet auch dann Betrug, wenn die Vereinbarung einer Ablöse für die Aufgabe des

Mietgegenstandes ungültig und verboten war, die vom Täter versprochene Leistung unklagbar war und die Ablöse nach der Zahlung hätte zurückgefordert werden können, ja sogar bei Strafbarkeit solcher Vereinbarungen.“<sup>60</sup>

Man mag an dieser Auslegung des OGH mit guten Gründen Zweifel haben. Jedenfalls aber wurde dadurch klargestellt, daß auch nicht einklagbare Leistungen als Vermögensschaden im Sinne der einschlägigen Delikte qualifiziert werden müssen.

Die auch für die tätige Reue interessante Frage ist nun die, wie hoch der Vermögensschaden in einem solchen Fall tatsächlich zu veranschlagen ist. Anders gefragt: Hätte der Täter im vorliegenden Fall, um tätige Reue üben zu können, tatsächlich die gesamte von ihm versprochene Ablösesumme, deren Zahlung an sich verboten war, dem Vormieter ersetzen müssen?

Das Erstgericht hatte diese Frage bejaht und dem wegen Betruges verurteilten Täter die gesamte von ihm versprochene Ablösesumme als Vermögensschaden angelastet. Der OGH hat dem – mit Recht – widersprochen und dazu folgendes ausgeführt:

„Daß die Vereinbarung einer Ablöse für die Aufgabe des Mietgegenstandes ungültig und verboten war (ist), daß die vom Täter versprochene Leistung unklagbar war (ist) und daß die zugesagte Ablöse nach der Zahlung hätte zurückgefordert werden können (§ 17 MG, jetzt § 27 MRG), ja sogar die Strafbarkeit solcher Vereinbarungen (§ 43 MG, jetzt § 27 MRG), all dies schließt den Tatbestand des Betruges keineswegs aus, macht also die vom Täter betrügerisch herbeigeführte Vermögensverschiebung nicht straflos. Allerdings ist der durch die Aufgabe des Mietrechtes entstandene Vermögensschaden nicht ohne weiteres – wie dies im Ersturteil geschehen ist – mit der dafür versprochenen, jedoch nicht erbrachten Gegenleistung gleichzusetzen.“<sup>61</sup>

Die Entscheidung des OGH, daß der in diesem Fall dem Täter tatsächlich anzulastende Vermögensschaden jedenfalls geringer sein muß als die von diesem versprochene Ablösesumme, ist überzeugend.

Der tatsächlich im Wege einer Privatbeteiligung oder in einem separaten Zivilprozeß maximal durchsetzbare Ersatzanspruch muß somit – als zivilrechtliche Vorgabe – die absolute Obergrenze der Schadensgutmachungsverpflichtung bei tätiger Reue darstellen.

## XI. Zusammenfassung

Der Umfang der Ersatzpflicht bei tätiger Reue richtet sich in der jüngeren Judikatur des OGH zwar vorgeblich nach zivilrechtlichen Determinanten, insbesondere dem „positiven Schaden aufgrund objektiv-abstrakter Schadensberechnung“, inhaltlich jedoch nach dem Kriterium der objektiven Erkennbarkeit des Schadensumfangs durch den Täter. Dieses Kriterium findet in keinem der zivilrechtlichen Schadensbegriffe Deckung und stellt daher ein strafrechtliches Spezifikum dar.

Der reuewellige Täter muß nur den deliktsspezifischen Schaden ersetzen, was dahingehend zu verstehen ist, daß es auf den unmittelbar nach Deliktsvollendung vorliegenden Schaden ankommt. Alle danach eintretenden Folgeschäden wären als nicht deliktsspezifisch generell aus der Ersatzpflicht im Rahmen tätiger Reue auszunehmen.

Der Umfang der Wiedergutmachungsverpflichtung bei tätiger Reue beschränkt sich somit auf den unmittelbar nach Deliktsvollendung vorliegenden Schaden, soweit er dem

56 OGH 11.1.1996, EvBl 1996/68 in Fortschreibung der Judikate OGH 14.3.1961, EvBl 1961/236, sowie OGH 9.5.1995, JBl 1996, 669.

57 Siehe dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>3</sup> (1995), 175 f sowie *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 81; siehe dazu auch *Brandstetter*, JBl 1987, 555.

58 *Brandstetter*, JBl 1987, 548.

59 OGH 7.4.1983, EvBl 1984/52 = ÖJZ-LSK 1983/109.

60 OGH 7.4.1983, EvBl 1984/52.

61 OGH 7.4.1983, EvBl 1984/52.

Täter erkennbar ist. Wenn sich dieser Schaden nachträglich vergrößert oder verkleinert, so ist dies für den Umfang der Schadensgutmachungspflicht im Rahmen tätiger Reue irrelevant. Insbesondere sind Kredit- oder entgangene Guthabenszinsen dem Opfer zwar zivilrechtlich, nicht aber als Voraussetzung tätiger Reue zu ersetzen. In besonders gelagerten Ausnahmefällen – so beim „Nutzungsausfall“ – ist die Bereicherung des Täters anstelle des Schadens des Opfers die maßgebliche Bezugsgröße, weil insoweit dem zivilrechtlichen Anspruch des Deliktsopfers ein eigener Straftatbestand korrespondiert.

Der zivilrechtlich maximal durchsetzbare Ersatzanspruch stellt jedenfalls die absolute Obergrenze für die Schadensgutmachungsverpflichtung des reuewilligen Täters dar.