

DR. WOLFGANG-RÜDIGER MELL

5020 Salzburg, 13. Juli 1988

Weiserstr. 22

Institut für Römisches Recht,
Juristische Dogmengeschichte und
Allgemeine Privatrechtsdogmatik

2/SN-140/ME

An das
Bundesministerium für JustizPostfach 63
1016 Wien

Betrifft GESETZENTWURF	
Zl.	53.62.9.88
Datum:	14. JULI 1988
Verteilt	14.5.1988 Posner

Zu dem vom Bundesministerium für Justiz, GZ. 6.003/13-I 1/88, zur Begutachtung ausgesandten Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung des Erbrechtes des unehelichen Kindes und des Ehegatten erlaube ich mir die folgenden Bemerkungen.

Allgemein erstaunt das Fehlen einer grundsätzlichen Reflexion über die Motive, die einen Gesetzgeber zur Einführung und Aufrechterhaltung eines gesetzlichen und eines Pflichtteilsrechts veranlassen können. Eine Reform, die daran vorbeigeht, steht auf schwankendem Boden, ist möglicherweise auf Luft gebaut, und auch die spezielle Frage einer Benachteiligung des unehelichen Kindes kann nur im Lichte dieser Motive beantwortet werden. Als solche kommen theoretisch in Betracht: die Weitergabe eines ererbten, familienhaft gebundenen Vermögens in der Generationenfolge, Versorgung, Anerkennung zu Lebzeiten erbrachter Dienste und sonstiger Leistungen, der mutmaßliche Wille des Erblassers, seine besondere Zuneigung zu bestimmten Personen. Dies alles unter der Voraussetzung der Typizität. Die letztgenannten Motive werden im Entwurf an einigen Stellen erwähnt (enger Kontakt, familiäre Bindungen bzw. deren Lockerung, schließlich die Annahme eines erblasserischen Willens wegen ehelicher Verbundenheit), sie vermögen aber lediglich das gesetzliche Erbrecht zu begründen, nicht das Pflichtteilsrecht. Denn eine Enterbung beweist ja, daß die genannten Voraussetzungen im Einzelfall nicht gegeben waren.

Die vom Entwurf aufgestellte Behauptung, uneheliche Kinder, die immer häufiger nichtehelichen Lebensgemeinschaften entstammen und im Haushalt des Vaters aufwachsen, hätten häufig zu ihrem Vater einen engeren Kontakt als dessen eheliche Kinder, ist beachtlich; Schlußfolgerungen auf den Regelfall sind ohne einen statistischen Beleg jedoch voreilig. Die Begründung des Entwurfes würde am ehesten eine Regelung tragen, die das Erfordernis der Ehelichkeit durch das einer langjährigen Haushaltszugehörigkeit ersetzt, ähnlich wie die Sozialversicherungsgesetzgebung der ersten Zwischenkriegszeit die Angehörigeneigenschaft der Frau

nicht vom Eheband, sondern von der Haushaltsführung abhängig gemacht hat. Folgt man dem Entwurf, ist es schließlich inkonsequent, daß der nichteheliche Lebensgefährte, insbes. die Mutter der unehelichen Kinder, von der Reform ausgeschlossen bleibt. Entspricht es wirklich den Intentionen des Ministeriums, daß die unehelichen Kinder ihrer Mutter nach dem Tod des Vaters die Möbel aus der Wohnung tragen? Hier zeichnet sich die nächste Reform bereits ab, über deren Berechtigung jedoch unter Einem diskutiert werden sollte.

Was die erstgenannten Gründe betrifft, so wird der Versorgungszweck ohnehin durch Unterhaltsansprüche gegen Erben und Nachlaß (§§ 94 und 142 ABGB) erreicht. Erbrachte Leistungen werden eher beim Ehegatten als bei den Kindern von Bedeutung sein. Und dort gibt es ohnehin die Aufteilung des z.B. durch sorgsame Haushaltsführung Ersparten; ob es zweckmäßig ist, diese auf den Scheidungsfall zu beschränken, könnte unter dem Aspekt der Kindesinteressen diskutiert werden. So haben nämlich derzeit nicht berufstätige Mütter, die vor ihrem Ehegatten versterben, ihren Kindern oft nichts zu vererben. Bleibt zur Rechtfertigung eines Pflichtteilsrechts der Kinder die Idee, Familienvermögen der Familie zu bewahren. Ob diese Idee von praktischer Bedeutung ist und bei unehelichen Kindern ohne weiteres (z.B. die Aufnahme in das väterliche Haus) greift, bedarf wohl keiner Erörterung.

Erforderlich ist wahrscheinlich nicht die Einführung neuer gesetzlicher Erbrechte und ganz sicher nicht neuer Zwänge durch das (gesetzliche) Pflichtteilsrecht, sondern eine Liberalisierung und Relativierung des bestehenden Pflichtteilsrechts. Es sollte dem Erblasser ermöglicht werden, seine unehelichen Kinder den ehelichen mehr oder minder gleichzustellen, ohne dabei durch das Pflichtteilsrecht der ehelichen Kinder und der Witwe behindert zu sein. Ebenso sollte es dem Erblasser möglich sein, seinen Lebensgefährten wie einen Ehegatten letztwillig zu bedenken, ohne dabei durch das Pflichtteilsrecht der Kinder behindert zu werden: sein Verhältnis zum nichtehelichen Lebensgefährten also wenigstens letztwillig rechtlich in Ordnung zu bringen.

Zu § 162: Der Entwurf selbst bezeichnet das Erbrecht als eines der letzten Rechtsgebiete, auf denen ein Kind wegen seiner unehelichen Geburt gegenüber ehelichen Kindern benachteiligt ist. Diese letzte Benachteiligung will er beseitigen, die Beseitigung anderer letzter Benachteiligungen soll gewiß bald folgen. Dann stellt sich aber die Frage, welcher Raum für eine Legitimation überhaupt noch bleibt.

Unabhängig davon stellt sich seit der Neuordnung des Adoptionsrechtes die Frage,

welche Bedeutung eine Legitimation durch gesetzlich nicht determinierten Gnadenakt neben der Adoption noch hat. Der Gnadenakt war früher deshalb erforderlich, weil eigene uneheliche Kinder nicht adoptiert werden konnten und außerdem allenfalls vorhandene eheliche Kinder einer Adoption entgegenstanden. Nunmehr schafft die Adoption einen sach- und verfahrensrechtlich besser ausgestalteten, überlegenen Ersatz.

Aus beiden Gründen wäre § 162 ABGB ersatzlos zu streichen.

In jedem Fall ist zu vermeiden, daß durch die Herstellung des Ehelichenrechts zwischen Vater und Kind die Rechtsstellung der Mutter verschlechtert wird. Nach derzeitigem Recht kann sie dann bekanntlich nicht einmal mehr Vormund sein, da das Kind ja unter elterlicher Gewalt seines Vaters steht; hingegen bleibt das Kind in bezug auf sie unehelich. Die Diskriminierung der Mutter eines unehelichen Kindes (im Falle ihrer Betroffenheit gem. § 145 übrigens auch des Vaters, nicht so sehr des Kindes selbst) wird wohl ohnehin Gegenstand einer anderen Reform sein.

Zu § 730: Das im gegenwärtigen Text noch enthaltene Wort "zuvörderst" bezieht sich nicht auf die unehelichen Kinder, sondern auf den Ehegatten. Es entspricht tatsächlich nicht mehr der Rechtsentwicklung unseres Jahrhunderts, in dem die Quote des überlebenden Ehegatten zwei Mal (1914 und 1978) erhöht wurde. Seine Streichung durch den Entwurf ist jedoch die verkehrte Konsequenz; es wäre vielmehr durch die Worte "neben dem Ehegatten" zu ersetzen.

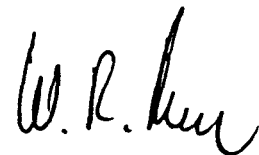
Zu § 736: Diese Bestimmung wäre ebenso wie § 738 dem verbesserten Ehegatten-erbrecht anzupassen. Dasselbe gilt übrigens auch schon für § 732. Daß der Urtext darüber hinweggegangen ist, mag noch darin begründet gewesen sein, daß die Idee der Witwe als agnatische Schwester ihrer Kinder damals noch gegenwärtig war, der überlebende Ehegatte ausdrücklich (höchstens) einen Kindesteil und auch daran möglicherweise nur die Nutzung (kein Eigentum) erhielt. Heute ist das Ehegatten-erbrecht gegenüber dem Verwandtenerbrecht - insbesondere den Intentionen des Entwurfes entsprechend - keine lex specialis mehr, der Widerspruch zu den genannten Bestimmungen wird dadurch deutlicher und ist interpretativ schwieriger zu lösen. Es sollte daher eine Glättung im Gesetz erfolgen.

Zu § 757: Darin, daß beim Fehlen von Nachkommenschaft eine Beschränkung des gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Ehegatten (auf 2/3) durch Geschwister in der Regel nicht dem erblasserischen Willen entspricht, ist dem Entwurf sicher beizupflichten; ob auch das gesetzliche Erbrecht der Großeltern weichen soll, erscheint schon zweifelhaft; dafür, daß sich gleichzeitig iVm § 765 in diesen Fällen auch das Pflichtteilsrecht des Ehegatten von einem Drittel auf die Hälfte des Nachlasses erhöhen soll, fehlt überhaupt eine Begründung. Der Hinweis der

Erläuterungen, es stünde dem Erblasser, wenn seine Bindung zu den Verwandten stärker ist als im Regelfall, frei, zu ihren Gunsten letztwillig zu verfügen, ist zumindest irreführend. Die Erläuterungen verschweigen nämlich, daß durch den erhöhten Pflichtteil des Ehegatten eine letztwillige Verfügung zu Gunsten der Großeltern und Geschwister sehr wohl beschränkt wird. Auch hier wäre einer Relativierung des Pflichtteilsrechts, die dem Erblasser in einem gewissen Maß die Wahl zwischen ihm nahestehenden Personen läßt, das Wort zu reden.

Zu § 758: Ob es nach Vergrößerung der Erbportion von einem Viertel auf ein Drittel richtig ist, dem Ehegatten in jedem Fall, auch neben Kindern, vorweg den gesamten Hausrat zwingend zuzubilligen, ist problematisch. Wenn sonst nichts vorhanden ist, werden auf diese Weise die Kinder ganz leer ausgehen. Andernfalls muß ohnehin eine Auseinandersetzung stattfinden, in deren Rahmen der überlebende Ehegatte, wenn er dies wünscht, den übrigen, auch den zu seinem Bedarf nicht benötigten Hausrat erhalten kann. Jedenfalls wäre diese Ausweitung des "Voraus" gegenüber Kindern auf den in der Ehe erworbenen Hausrat einzuschränken, so daß z.B. wertvolle Gemälde erblasserischer Ahnen nur dann hineinfallen, wenn sie zum eigenen Bedarf des überlebenden Ehegatten nötig sind oder in der Ehe erworben wurden (was beides selten der Fall sein wird).

Zu § 769: Seit Einführung dieser Rechtsinstitute (1978) kranken das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten und die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse zwischen geschiedenen Ehegatten daran, daß ihre Anwendungsbereiche nach einem formalen Kriterium abgegrenzt werden: ob die Ehe durch Tod oder rechtskräftiges Scheidungsurteil geendet hat. Der Pflichtteilsanspruch des nach aufrechter Ehe überlebenden Ehegatten kann nur bei Vorliegen eines äußerst gravierenden "Enterbungsgrundes" entzogen werden; er wird aber hinfällig, wenn die Ehe geschieden wird, und die Scheidung kann auch ohne Verschulden des Beklagten, sogar bei klägerischem Verschulden erfolgen. Auch diese Ungereimtheit sollte überdacht werden. Als Lösung wäre in Betracht zu ziehen, die Enterbungsgründe um die Scheidungstatbestände zu vermehren, dann aber bei Enterbung Scheidungsfolgenrecht eintreten zu lassen.



(Wolfgang-Rüdiger Mell)