

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Karl-Franzens-Universität Graz

A-8010 Graz, Universitätsplatz 3

o.Univ.-Prof.Dr. Viktor STEININGER

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die  
Änderung des Erbrechts des unehelichen Kindes  
und des Ehegatten  
BMJ GZ 6003/13-I 1/88

Inhaltsübersicht

S. Döller

Betrifft	GESETZENTWURF
Zl.	53 GE/9 88
Datum:	19.SEP.1988
Verteilt	20.9.88 fe

Seite 1

## I ) Ausgangspunkt der Stellungnahme

- A) Bejahung der Grundwertungen und der Dringlichkeit des Entwurfes 1
  - B) Betonung der vom Entwurf vernachlässigten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte des Unehelichen-Erbrechts 1
    - 1) Der Entwurf berücksichtigt bloß den internationalen Standard und ein internationales Übereinkommen auf einfachgesetzlicher Stufe 1
    - 2) Der Entwurf berücksichtigt aber die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Europäischen Menschenrechtskonvention überhaupt nicht 2
  - C) Die Bedeutung der Vernachlässigung der Frage nach der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur erbrechtlichen Gleichstellung unehelicher Kinder mit ehelichen Kindern 3
- 
- II) Zur vorgeschlagenen erbrechtlichen Gleichstellung unehelicher Kinder in § 730 ABGB nF 4
    - A) Der Grundsatz des Entwurfes "Die Vaterschaft muß zu Lebzeiten des Kindes und des Vaters festgestellt werden sein" und dessen Ausnahmen im Vergleich zum geltenden Recht 4

- II -

1) Feststellung noch zu Lebzeiten von Kind und Vater	4
2) Ausnahme zugunsten noch nicht volljähriger Kinder	4
3) Die Rechtfertigung des neuen Gesetzesvorschlages in den Erläuterungen	5
 B) Zur verfassungsrechtlichen Problematik dieses Grund- satzes	 5
1) Gleichheitswidrige Konsequenzen dieses Vorschlages	5
2) Die Rechtslage in der Bundesrepublik	6
3) Die MRK und ihre Konsequenzen	8
4) Eigener Lösungsvorschlag	10
 C) Zur einfachgesetzlichen Problematik der Lösungen des Entwurfes	 10
1) Diskrepanzen zwischen Erläuterungen und vorgeschla- genem Gesetzestext	10
2) Auffallende Abweichungen vom geltenden Recht blei- ben unbegründet	11
3) Das Ziel der "vollkommenen Gleichstellung" mit ehelichen Kindern wird grob verfehlt	11a
4) Notwendigkeit der Änderung des vorgeschlagenen § 730 ungeachtet der vorhin zu II/B skizzierten verfassungsrechtlichen Bedenken	12
 III) Zur Problematik der Legitimierung unehelicher Kinder durch Erklärung des Bundespräsidenten	 14
A) Notwendigkeit von Anpassungen an die erbrechtlichen Änderungen	14
1) Die Vorschläge des Entwurfes	14
2) Die Gründe hiefür	14
3) Das Fehlen kritischer Erwägungen zur Legitimierung durch den Bundespräsidenten im Entwurf	14
4) Unerlässlichkeit derartiger kritischer Erwägungen (III/B bis D)	15

B) Zur verfahrensrechtlichen Problematik der Legitimierung durch den Bundespräsidenten	15
1) § 263 AußStrG und Art 94 B-VG	15
2) Ministerialerlasse zur Ausfüllung gesetzlicher Lücken	16
3) Divergenzen zwischen ABGB und B-VG	17
C) Zur materiellrechtlichen Problematik der Legitimierung durch den Bundespräsidenten	17
1) Legitimierung und frühere "väterliche Gewalt"	17
2) Legitimierung und §§ 144, 177 ABGB	17
3) Legitimierung und künftiges Familienrecht	19
4) Legitimierung und öffentlich-rechtliche Wirkungen	19
5) Verhältnis der Legitimation zur Namensgebung	20
a) Unterlaufung des Kindeswohles durch die Legitimation	21
b) Problematik der Legitimation nach dem Tode des Vaters	21
c) Legitimation Volljähriger und Adoption	22
D) Zum Verhältnis der Legitimierung durch nachfolgende Ehe zu der durch den Bundespräsidenten	23
1) Gemeinsamkeiten	23
2) Unterschiede	23
E) Exkurs: Diskriminierung ehelicher Kinder durch die Möglichkeit der Namensgebung für uneheliche Kinder	24
1) Blockierungswirkung der Legitimation bezüglich späterer Namensgebungen	24
2) Mögliche Schlechterstellung ehelicher Kinder	25
F) Konsequenz bezüglich der Legitimation durch den Bundespräsidenten: Ersatzlose Streichung	26

IV) Zur vorgeschlagenen Änderung des Ehegattenerbrechts	26
A) Die Vorschläge des Entwurfes	26
1) Ehegatte verdrängt Großeltern und Nachkommen der vorverstorbenen Eltern	26
2) Überlebender Elternteil erbt neben Ehegatte den Anteil der eintrittsberechtigten Nachkommen des vorverstorbenen Elternteils	27
3) Ehegatte erhält stets den "großen Voraus"	27
B) Die zum Teil unschlüssigen Begründungen dieser Vorschläge	28
1) Gestiegene Lebenserwartung führt zu häufigerem Vortod der Eltern; Bindungen zu Seitenverwandten nehmen ab	28
2) Geringfügigkeit des Elternerbteiles neben Ehegatten soll zum Entfall des Eintrittsrechts der Nachkommen führen	29
3) Fehlende Berücksichtigung minderjähriger Kinder	30
C) Erforderliche Fragestellungen für zeitgemäße Reform des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten	30
1) Voraussetzungen einer sinnvollen Funktion des gesetzlichen Erbrechts	31
2) Daraus folgende Bedeutung empirischer Untersuchungen zur Vorbereitung von Gesetzgebungsmaßnahmen	32
3) Vorhandene Vorarbeiten auf diesem Gebiet	33
D) Konsequenz: Durchführung einer groß angelegten empirischen Untersuchung als Voraussetzung einer sinnvollen Reformierung des Erbrechts der Ehegatten; daher Notwendigkeit, Reform des Ehegattenerbrechts vorerst zurückzustellen	34

- V -

V) Weitere unaufschiebbare Änderungserfordernisse im bäuerlichen Erbrecht	34
VI) Zusammenfassung der Stellungnahme	34
A) Zur erbrechtlichen Gleichstellung unehelicher Kinder	34
1) Berücksichtigung der aus der MRK ableitbaren verfassungsrechtlichen Verpflichtungen (I/B/2 und 3, II/B).	35
2) Allgemeine Gleichstellung unehelicher mit ehelichen Kindern im gesetzlichen Erbrecht, sofern die Vaterschaft festgestellt wurde (II/B/4 und II/C/4).	35
3) Ersatzlose Streichung der Legitimierung durch den Bundespräsidenten (III/B bis D und F).	35
4) Reform der Namensgebungs-Regelungen zwecks Vermeidung verfassungswidriger Diskriminierung ehelicher Kinder (III/E).	35
5) Gleichstellung unehelicher Kinder auch im Anerben- bzw Höferecht (V).	35
B) Zur Reform des Ehegatten-Erbrechts: Zurückstellung bis zum Vorliegen einer empirischen Untersuchung	36

I/A) Die vorliegende Stellungnahme geht von der vorbehaltlosen Bejahung der Grundwertung des Entwurfes aus, uneheliche Kinder im gesetzlichen Erbrecht den ehelichen Kindern gleichzustellen. Die Folgerungen aus dieser Grundwertung für die Neuregelung des gesetzlichen Erbrechts des unehelichen Kindes und für die Konsequenzen bezüglich der Ehelicherklärung durch den Bundespräsidenten werden in den Abschnitten I/B sowie II und III erörtert.

Die Wertung des Entwurfes, die der vorgeschlagenen Neuregelung des Ehegattenerbrechts zugrundeliegt, daß nämlich die gesellschaftliche Entwicklung zu einer weiteren Konzentration der Familienbindungen auf die Kernfamilie einerseits und zur Lösung großfamiliärer Bindungen andererseits führt, wird hier ebenfalls - wenn auch nur dem Grundsatz nach - bejaht. Zu den Konsequenzen, die aus dieser Wertung folgen sollten, wird in Abschnitt IV Stellung genommen.

Jedenfalls aber geht die Stellungnahme von der naheliegenden Überzeugung aus, daß gesetzliche Reformen auf den vom Entwurf behandelten Rechtsgebieten dringend erforderlich sind.

I/B) Die Grundwertung des Entwurfes, uneheliche Kinder im gesetzlichen Erbrecht den ehelichen gleichzustellen, wird hier deshalb vorbehaltlos bejaht, weil sie sich aus dem heutigen Verständnis verfassungsrechtlich vorgegebener Normierungen ableiten läßt und die gegebene Verfassungsrechtslage in der vorliegenden Stellungnahme nicht durch rechtspolitische Erwägungen in Frage gestellt werden soll. Umso mehr fällt bei diesem Ausgangspunkt auf, daß die Erl des Entwurfes die verfassungsrechtliche Situation mit keinem Wort erwähnen.

- 1) Die Erl betonen die Absicht, eine "erbrechtliche Gleichbehandlung des unehelichen Kindes mit ehelichen Kindern" herbeizuführen (S 1 der Erl des Entwurfes). Deshalb wird ein bloß schuldrechtlicher Erbrechtsausgleichsanspruch nach dem Vorbild des bundesdeutschen Rechts abgelehnt, denn damit

- 2 -

"würde keine vollständige Gleichstellung des unehelichen Kindes erreicht werden" (S 2 der Erl). Der Entwurf will also die unehelichen Kinder den ehelichen Kindern im Bereich des gesetzlichen Erbrechts sogar "vollkommen gleichstellen".

Zur Begründung dieser Absicht wird nur angeführt: Das Erbrecht sei eines der letzten Rechtsgebiete, auf dem ein Kind wegen seiner unehelichen Geburt gegenüber ehelichen Kindern benachteiligt sei; dies werde zunehmend als unbefriedigend empfunden und entspreche auch nicht dem internationalen Standard; so habe Österreich seinen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen vom 15. Oktober 1975 BGBI Nr 313/1980 über die Rechtsstellung des unehelichen Kindes in diesem Punkt kürzlich für weitere fünf Jahre erneuern müssen (S 1 der Erl).

Das stellt im wesentlichen die ganze Begründung für die vorgeschlagene erbrechtliche Gleichstellung des unehelichen Kindes dar. Das vorhin zitierte Europäische Übereinkommen steht nur auf einfachgesetzlicher Stufe. Es genießt also nicht Verfassungsrang, sodaß auch der erwähnte österreichische Vorbehalt keinen Verfassungsrang beansprucht.

Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, die sich insbesondere im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zur MRK aufdrängen, werden hingegen von den Erl überhaupt nicht erwähnt. Das erstaunt umso mehr, als doch zu erwarten ist, daß die vorgeschlagene erbrechtliche Gleichstellung des unehelichen Kindes in der parlamentarischen Beratung und in der öffentlichen Diskussion keineswegs ohne weiteres auf allgemeine Zustimmung stoßen wird. Verfassungsrechtliche Argumente im Zusammenhang mit diesbezüglich eingegangenen internationalen Verpflichtungen könnten daher für das Anliegen des Entwurfs gewichtige Abstützungen bieten.

- 2) Dennoch schweigt der Entwurf zu diesen Fragen völlig, obwohl die diesbezügliche Rechtsprechung schon längst bekannt ist.

Leading case bildet die sogenannte Marckx-Entscheidung. Es handelt sich um einen belgischen Fall, den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg schon am 13.6.1979 entschieden hat (EuGRZ 1979, 454 ff). Der Gerichtshof kam damals zum Ergebnis, daß Art 8 MRK zwischen ehelicher und nichtehelicher Familie keinen Unterschied mache; das Erbrecht zwischen nahen Verwandten, insbesondere zwischen Kindern und ihren Eltern sowie zwischen Enkeln und ihren Großeltern sei Teil des durch Art 8 MRK geschützten Familienlebens; eine unterschiedliche Behandlung ehelicher und unehelicher Kinder im Erbrecht könne daher Art 8 iVm Art 14 MRK verletzen.

Diese Rechtsprechung wurde im wesentlichen beibehalten. Zuletzt entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem das Kärntner Erbhöferecht betreffenden Fall mit Urteil vom 28.10.1987, daß die Bedeutung, welche die Mitgliedsstaaten des Europarates der Gleichbehandlung ehelicher und unehelicher Kinder beimessen würden, sehr gewichtige Gründe verlange, um eine Unterscheidung aufgrund ehelicher und unehelicher Geburt gemäß Art 14 MRK rechtfertigen zu können; solche Gründe lägen bezüglich § 7 des Kärntner Erbhöfegesetzes, wonach eheliche Kinder den unehelichen als Hofübernehmer vorgingen, jedoch nicht vor; in dieser Bestimmung sei daher eine konventionswidrige erbrechtliche Diskriminierung unehelicher Kinder zu erblicken (Fall Inze gegen Österreich, MRK-Entscheidung Nr 4, ÖJZ 1988, 177).

- I/C) Diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu der in Österreich Verfassungsrang genießen den Europäischen Menschenrechtskonvention müßte daher den Gesetzgeber zu besonders sorgfältigen Erwägungen im Hinblick auf die Vereinbarkeit von einfachgesetzlichen erbrechtlichen Ungleichbehandlungen zwischen ehelichen und unehelichen Kindern mit dem Verfassungsrecht veranlassen. Das ist jedoch beim vorliegenden Gesetzentwurf erstaunlicherweise vollständig unterlassen worden. Die Konsequenzen dieser Unterlassung werden im folgenden Abschnitt II genauer zur Sprache gebracht.

II/A) Der neu vorgeschlagene § 730 ABGB enthält den Grundsatz der erbrechtlichen Gleichstellung der unehelichen mit den ehelichen Kindern. Die Formulierungen suchen hiebei Anlehnungen an das bisher geltende Recht. Die vorgeschlagenen Änderungen bezüglich der §§ 732, 736, 751, 752 bis 756 ABGB enthalten nur selbstverständliche Konsequenzen aus der prinzipiell vollständigen Gleichstellung der unehelichen mit den ehelichen Kindern; sie interessieren daher im folgenden nicht näher.

- 1) § 730 Abs 1 nF enthält die Anpassung an § 730 Satz 1 aF und lautet: "Gesetzliche Erben sind diejenigen, die mit dem Erblasser durch die nächste Linie verwandt sind". Die im geltenden Recht enthaltene Voraussetzung der Vermittlung der Verwandtschaft durch "eheliche Abstammung" wurde somit gestrichen.

§ 730 Abs 3 nF entspricht § 730 Satz 2 aF.

§ 730 Abs 2 nF enthält in Satz 1 in Ergänzung zu Abs 1 nF den neuen Grundsatz bezüglich der unehelichen Verwandtschaft: "Wird die Verwandtschaft durch eine uneheliche Vaterschaft vermittelt, so muß diese zu Lebzeiten des Kindes und des Vaters festgestellt worden sein".

Dieser neu formulierte Grundsatz entspricht einerseits dem bisherigen § 754 Abs 2 Satz 3 erster Satzteil für den Fall des Todes des Vaters und andererseits dem bisherigen § 756 Abs 2 erster Satz und 2. Satz, erster Satzteil für den Fall des Todes des Kindes.

- 2) Diesem in § 730 Abs 2 Satz 1 formulierten Grundsatz wird jedoch in Satz 2 eine Ausnahme zugunsten des noch nicht volljährigen Kindes angefügt: "War das uneheliche Kind zur Zeit des Todes seines Vaters noch nicht geboren oder noch minderjährig, so genügt es, daß die Klage auf Feststellung der Vaterschaft innerhalb eines Jahres nach dem Tode erhoben oder die Vaterschaft innerhalb dieser Frist von den Erben des Vaters anerkannt worden ist".

Diese Ausnahme entspricht einerseits dem bisherigen § 754 Abs 2 Satz 3 letzter Satzteil für den Fall des Todes des Vaters und enthält andererseits Anklänge an § 756 Abs 2 Satz 2 letzter Satzteil für den Fall des Todes des Kindes, über deren Bedeutung aber noch genauer zu sprechen sein wird (unten II/C/2 und 3).

3) Zur Rechtfertigung des neuen § 730 führen die Erl in S 4 des Entwurfes nur aus: "Ein rechtliches Band zwischen Vater und unehelichem Kind entsteht im Interesse der Rechtssicherheit nur durch die Feststellung der Vaterschaft ... Um zu vermeiden, daß sich nach dem Tod des Vaters uneheliche Kinder, von deren Existenz der Vater vielleicht keine Kenntnis hatte, überraschend mit Erbansprüchen melden, soll die Abstammung vor dem Tod des Erblassers festgestellt sein, zumal sie in der Regel schon zu Lebzeiten festgestellt werden kann. Ist aber das Kind ... minderjährig ... so ist eine Ausnahme gerechtfertigt. Hatte das Kind (sein gesetzlicher Vertreter) noch nicht die Möglichkeit, die Abstammung zu klären, so soll es deshalb keinen Vermögensnachteil erleiden".

II/B) Diese Begründungen der Erl reichen jedenfalls nicht aus, sobald man verfassungsrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt.

1) Zur Verdeutlichung der möglicherweise grob gleichheitswidrigen Konsequenzen des vorgeschlagenen § 730 diene folgendes Beispiel: Eine Ehe wird geschieden; die Frau schließt 200 Tage nach der Scheidung eine neue Ehe; 300 Tage nach der Scheidung bringt sie ein Kind zur Welt, das in der zweiten Ehe aufwächst; lange vor Erreichung der Volljährigkeit dieses Kindes stirbt der erste Ehemann der Mutter; kurz nach Erreichung der Volljährigkeit erhält der zweite Ehemann der Kindesmutter Kenntnis von Umständen, die gegen seine Vaterschaft sprechen. Gemäß § 138 (2) ABGB gilt das Kind als eheliches Kind des zweiten Ehemannes. Dieser kann nun gemäß § 156 ABGB die Ehelichkeit durch Klage gegen das Kind be-

streiten. Sobald diesem Klagebegehren rechtskräftig stattgegeben wurde, gilt das Kind gemäß § 138 (?) ABGB als eheliches Kind des (inzwischen verstorbenen) ersten Ehemannes und kann daher nunmehr diesen bereits verstorbenen Vater beerben. Noch drastischer wäre der Fall, wenn das Kind etwa am 305. Tag nach der Scheidung seiner Mutter geboren worden wäre. Dann würde es nach erfolgreicher Bestreitung der Ehelichkeit durch den zweiten Ehemann vorerst gemäß § 155 ABGB als unehelich gelten. Wenn ihm jedoch sodann im Prozeß gegen die Rechtsnachfolger des verstorbenen ersten Ehemannes der Beweis gelänge, daß es von diesem Mann noch während seiner Ehe mit der Kindesmutter gezeugt worden sei, könnte es den Verstorbenen als eheliches Kind beerben, denn dann hätte es die Vermutung der Unehelichkeit gemäß § 155 letzter Satz ABGB widerlegt. Wenn ihm jedoch nur der Beweis gelänge, daß es vom ersten Ehemann seiner Mutter nach Rechtskraft der Ehescheidung gezeugt worden sei, käme es zwar zur Feststellung der Vaterschaft, das Kind bliebe aber unehelich und könnte gemäß § 730 nF seinen Vater nicht beerben. Die Gleichheitswidrigkeit dieser Situation ist offenkundig.

Aber auch wenn man das Ergebnis der ersten Variante des Beispieles mit der Situation eines volljährig gewordenen unehelichen Kindes vergleicht, das ebenfalls nie Kontakt mit seinem Vater hatte, sondern erst nach dessen Tod von der Abstammung Kenntnis erlangt, dürfte die Gleichheitswidrigkeit unbestreitbar sein.

- 2) In diesem Zusammenhang lohnt ein Vergleich mit der BRD. § 1934c BGB enthielt folgende Regelung: "War beim Tod des Vaters eines nicht ehelichen Kindes die Vaterschaft weder anerkannt noch rechtskräftig festgestellt, so steht dem Kind ein gesetzliches Erbrecht oder ein Erbersatzanspruch nur zu, wenn das gerichtliche Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft bereits zur Zeit des Erbfalles anhängig war.

Ist der Vater gestorben, bevor das Kind geboren oder sechs Monate alt war, so genügt es, wenn der Antrag auf Feststellung der Vaterschaft binnen sechs Monaten gestellt wird; die Frist beginnt mit dem Erbfall, jedoch nicht vor der Geburt des Kindes". Die Ähnlichkeit dieser Bestimmung mit dem nunmehr vorgeschlagenen § 730 ABGB ist überaus deutlich.

Umso interessanter ist daher, daß § 1934c BGB vom Bundesverfassungsgericht mit Beschuß vom 18.11.1986 wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben wurde (NJW 1987, 1007f). Da die MRK in der BRD nicht im Verfassungsrang steht, hat das Gericht nur mit dem Bonner GG argumentiert: Art 6 Abs 5 (Den unehelichen Kindern sind ... die gleichen Bedingungen ... zu schaffen wie den ehelichen Kindern) sei eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes; der Gesetzgeber des Nichtehelichengesetzes hätte davon auszugehen gehabt, daß dem unehelichen Kind eine angemessene Beteiligung am väterlichen Nachlaß zuzuerkennen sei; Abweichungen vom Erbrecht ehelicher Kinder seien daher nur gestattet, wenn eine förmliche Gleichstellung der unehelichen Kinder in andere, ebenso geschützte Rechtspositionen eingreifen würde oder wenn der Regelungshintergrund eines bestimmten Normenkomplexes von der besonderen sozialen Situation unehelicher Kinder her gesehen entscheidend anders sei; da dies im gegebenen Fall aber nicht zutreffe, habe der Gesetzgeber durch § 1934c BGB gegen das sich aus Art 6 Abs 5 GG ergebende Gleichbehandlungsgebot verstößen. Um dies genauer darzutun, argumentiert das deutsche Bundesverfassungsgericht vor allem mit einem Beispiel, das dem vorhin zu II/B/1 gebrachten im wesentlichen gleicht. Sodann wird dargelegt, warum die zur Rechtfertigung des § 1934c BGB vorgebrachten Argumente nicht stichhaltig seien. Für das österreichische Recht interessieren hiebei vor allem die folgenden drei Argumente:

a) Der Erblasser habe vielleicht nicht damit gerechnet, als Vater in Anspruch genommen zu werden: das Erbrecht mache die gesetzliche Beteiligung am Nachlaß jedoch im allgemeinen

nicht davon abhängig, daß der Erblasser mit den zugrundeliegenden Tatbestandsmerkmalen gerechnet und Gelegenheit gehabt habe, durch Verfügung von Todes wegen darauf zu reagieren.

- b) Die Erben des Vaters seien nach dessen Tod in Beweisschwierigkeiten: solche Beweisschwierigkeiten würden eher überschätzt, vor allem aber könne die Verwandtschaft des Kindes mit dem Vater grundsätzlich auch nach dessen Tod gemäß § 55b FGG mit Wirkung für und gegen alle festgestellt werden; von dieser Statuswirkung für eine Gruppe der nichtehelichen Kinder einen Teil der erbrechtlichen Beziehungen auszunehmen, schaffe gleichsam nicht eheliche Kinder "erster" und "zweiter" Klasse.
  - c) Die aufgehobene Bestimmung solle verhindern, daß durch eine nachträgliche Vaterschaftsfeststellung die Nachlaßregelung mit unzumutbaren Ungewißheiten belastet werde: demgegenüber sei vor allem nicht ersichtlich, inwiefern berechtigte Erberwartungen dem nichtehelichen Kind kraft Gesetzes schon deshalb entzogen werden dürften, weil die übrigen Erbprätendenten sich für Alleinerben hielten.
- 3) Für das österreichische Recht ist demgegenüber zu beachten, daß sich die Verpflichtung, uneheliche Kinder im gesetzlichen Erbrecht gleich wie eheliche Kinder zu behandeln, aus der in Österreich (im Gegensatz zur BRD) Verfassungsrang genießenden MRK ergibt. Genauer gesagt, ergibt sich diese Verpflichtung nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der MRK, sondern erst aus der innerstaatlichen Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der diese Gleichbehandlungsverpflichtung aus der MRK ableitet. Von Verfassungs wegen könnten daher in Österreich nur überaus gewichtige Gründe eine Verschiedenbehandlung von unehelichen und ehelichen Kindern im gesetzlichen Erbrecht rechtfertigen. (vgl hiezu die bereits zitierte, Österreich betreffende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 28.10.1987, oben I/B/2). Aus der ebenfalls bereits zitierten

Marckx-Entscheidung (oben I/B/2) seien noch einige Formulierungen hervorgehoben, die für das besondere Gewicht der Gründe bedeutsam sein können, die ein Abweichen vom grundsätzlichen Erfordernis der Gleichbehandlung rechtfertigen könnten: ... Die Achtung des Familienlebens nach Art 8 MRK erfordert insbesondere auch, daß das innerstaatliche Recht einen gesetzlichen Schutz vorsieht, der die Zugehörigkeit des Kindes zu seiner Familie von seiner Geburt an ermöglicht (Abschnitt 31 der Entscheidung, aaO S. 455)... Zwar mag der "Familienfrieden" der "ehelichen Familie" zuweilen gestört sein, wenn ein "nichteheliches" Kind nach dem Gesetz in gleicher Weise wie ein aus der Ehe hervorgegangenes in die Familie ... einbezogen wird. Aber dies ist kein Grund, der es rechtfertigen könnte, den "nichtehelichen" Kindern Grundrechte vorzuenthalten (Abschnitt 48, aaO S. 458).

Sobald man für das österreichische Recht akzeptiert, daß das grundsätzliche Gebot, uneheliche Kinder im Erbrecht gleich wie eheliche Kinder zu behandeln, in der Verfassung verankert ist, werden für Österreich auch die Argumente des Deutschen Bundesverfassungsgerichts von Bedeutung. Es kann einerseits keinen entscheidenden Unterschied machen, daß das in Rede stehende Gleichbehandlungsgebot in Österreich aus der MRK, in der Bundesrepublik jedoch aus dem Bonner GG abgeleitet wird. Andererseits aber ist die einschlägige sonstige Rechtslage so ähnlich ausgestaltet, daß die zitierte Rechtsprechung des Deutschen Bundesverfassungsgerichts auch bei uns nahezu unmittelbares Interesse beanspruchen kann.

Mißt man nun die Gründe, die vom Entwurf zur Rechtfertigung des § 730 vorgebracht wurden, an den Erfordernissen der zitierten Rechtsprechung (oben I/B/2 und II/B/3 erster Absatz bezüglich des Europäischen Gerichtshofes, sowie oben II/B/2 bezüglich des Deutschen Bundesverfassungsgerichts), so ist das Ungenügen dieser Gründe wohl offenkundig. Die Erl des Entwurfes haben nämlich diesbezüglich im wesentli-

- 10 -

chen nur vorgebracht, durch § 730 solle vermieden werden, daß sich uneheliche Kinder, von deren Existenz der Vater vielleicht keine Kenntnis hatte, "überraschend mit Erbansprüchen melden" (oben II/A/3). Diese Begründung wurde vom Deutschen Bundesverfassungsgericht sogar ausdrücklich als nicht stichhaltig bezeichnet.

- 4) Da die vorgebrachten Gründe zur Rechtfertigung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten offenbar nicht ausreichen und wesentlich gewichtigere Gründe als jene, die in der zitierten Rechtsprechung ohnehin bereits berücksichtigt und als nicht ausreichend erachtet wurden, für den vorliegenden Problemkreis wohl kaum zu finden sein dürften, wird im folgenden davon ausgegangen, daß § 730 ABGB in der vorgeschlagenen Fassung den Anforderungen des Verfassungsrechts nicht genügen kann.

Es wird daher vorgeschlagen, § 730 Abs 2 so zu formulieren, daß die Feststellung der Vaterschaft jedenfalls genügt, und zwar auch dann, wenn sie erst nach dem Tode eines Beteiligten erfolgt.

- II/C) Selbst wenn man jedoch die hier vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken für ignorierbar erachten sollte, bliebe der Entwurf des neuen § 730 ABGB auch unter einfachgesetzlichen Gesichtspunkten äußerst unbefriedigend.

- 1) Die Erl rechtfertigen die Ausnahme, noch nach dem Tode des Vaters die Vaterschaft mit Wirkung für das Erbrecht des minderjährigen unehelichen Kindes feststellen zu können, damit, daß das Kind keinen Vermögensnachteil erleiden soll, wenn es (bzw sein gesetzlicher Vertreter) "noch nicht die Möglichkeit" hatte, die Abstammung zu klären. Der vorgeschlagene Gesetzestext bietet jedoch keine Handhabe dafür, die Vaterschaftsfeststellung mit erbrechtlicher Wirkung nach dem Tode des Vaters nur dann herbeiführen zu können, wenn zu Lebzeiten des Vaters das Kind aus irgendwelchen Gründen noch nicht in der Lage war, die Abstammung klären zu lassen.

Die Vaterschaftsfeststellung mit erbrechtlicher Wirkung könnte vom minderjährigen Kind vielmehr auch dann noch nach dem Tode des Vaters ohne weiteres herbeigeführt werden, wenn das Kind zu Lebzeiten des Vaters während vieler Jahre ohne weiteres in der Lage gewesen wäre, die Abstammung rechtsverbindlich zu klären.

Wenn es jedoch einem außerehelichen Vater gelungen ist, sich jahrelang (etwa durch Auslandsaufenthalte) einer Abstammungsklärung zu entziehen, und das Kind endlich knapp nach Erreichung der Volljährigkeit erstmals in die Lage versetzt wird, gegen diesen Mann vorzugehen, dies auch sofort mittels Vaterschaftsklage tut und dieser Mann kurz vor Rechtskraft des stattgebenden Urteils stirbt, dann mutet der Entwurf diesem Kind ohne weiteres einen Vermögensnachteil zu, obwohl dieses volljährige Kind offenbar genauso wie das vom Entwurf berücksichtigte minderjährige Kind "keinen Vermögensnachteil erleiden soll", insbesondere wenn das inzwischen schon volljährig gewordene Kind die Erbschaft dringend braucht, während das vom Entwurf geschützte minderjährige Kind ungeachtet seiner Vermögensverhältnisse geschützt würde.

Außerdem wäre entgegen den Erl in der zweiten Beispieldiagrammvariante des vorstehenden Absatzes keine Rede davon, daß man den Vater vor einer für ihn "überraschenden Erhebung von Erbansprüchen" schützen müßte!

- 2) Ferner fällt auf, daß entgegen dem geltenden § 756 Abs 2 ABGB die Anhängigkeit der Feststellungsklage im Todeszeitpunkt unbeachtlich sein soll, diese Abweichung vom geltenden Recht aber im Entwurf überhaupt nicht begründet wird. (Zur Problematik dieser Bestimmung des geltenden Rechts und der Notwendigkeit, sie auch zugunsten des volljährigen Kindes zu berücksichtigen, vgl V. Steininger, ÖJZ 1983, 642f).

- 11a -

Überdies könnte nach geltendem Recht eine Legitimierung durch den Bundespräsidenten noch nach dem Tode des Vaters erfolgen; diese Legitimierung hätte dann allerdings keine erbrechtliche Wirkung (so der ältere der beiden Ministerialerlässe, die unten III/B/2 zitiert werden und der Wortlaut des geltenden § 753 ABGB). Würde der vorliegende Entwurf zum Gesetz erhoben, dann bestünde weiterhin die Möglichkeit, eine Vaterschaftsfeststellung nach dem Tode des Vaters herbeizuführen. Diese Feststellung hätte dann aber, wenn nicht die Ausnahme des neuen § 730 Abs 2 Satz 2 eingreifen würde, keine erbrechtliche Folge. Das betreffende Kind könnte aber nach der (ohne erbrechtliche Wirkung bleibenden) Vaterschaftsfeststellung immer noch trotz des Todes seines Vaters entsprechend der hM zum geltenden Recht durch den Bundespräsidenten legitimiert werden. Diese Legitimierung hätte dann jedoch mangels diesbezüglicher Sonderbestimmung volle erbrechtliche Wirkung! Diese paradoxe Konsequenz wurde bei Abfassung des Entwurfses offensichtlich nicht bedacht und wäre von der Tendenz des Entwurfs her auch überhaupt nicht zu rechtfertigen. Es müßte daher im Legitimationsrecht ein Beisatz aufgenommen werden, daß Legitimierungen nach dem Tode des Vaters keine erbrechtliche Wirkung entfalten. Im übrigen wird die Problematik der Weitergeltung der Legitimierung durch den Bundespräsidenten insgesamt unten im Abschnitt III genauer erörtert.

- 3) Schließlich soll einerseits daran erinnert werden, daß der Entwurf die unehelichen Kinder erbrechtlich den ehelichen

"vollkommen gleichstellen" will (oben I/B/1 Abs 1) und andererseits soll an das bereits zur Verdeutlichung gleichheitswidriger Konsequenzen gebrachte Beispiel erinnert werden (oben II/B/1). Ein Kind wird am 305. Tag nach Rechtskraft der Scheidung der ersten Ehe, aber während der zweiten Ehe seiner Mutter geboren. Der erste Ehemann stirbt während der Minderjährigkeit des Kindes. Der zweite Ehemann bestreitet seine Ehelichkeit mit Erfolg erst nach Erreichung der Volljährigkeit des Kindes. Das Kind kann im Prozeß gemäß § 155 ABGB gegen die Rechtsnachfolger seines Vaters die Abstammung vom ersten Ehemann seiner Mutter und den Tag der Zeugung exakt beweisen. Wenn dieser Zeugungstag vor Rechtskraft des Scheidungsurteiles lag, gilt das Kind als eheliches und beerbt seinen Vater kraft Gesetzes. Wenn dieser Tag jedoch nach der Rechtskraft der Scheidung lag, gilt das Kind als uneheliches und könnte seinen Vater gemäß § 730 idFdEntw nicht beerben. Bedenkt man zusätzlich, daß der Umstand, ob die Zeugung vor oder nach Rechtskraft des Scheidungsurteiles erfolgte, von zufälligen Verzögerungen der Urteilszustellung abhängen kann (arg § 416 Abs 1 ZPO), dann wird besonders offenkundig, wie sehr der Entwurf sein Ziel verfehlt hat, uneheliche Kinder den ehelichen im Bereich des gesetzlichen Erbrechts "vollkommen gleichzustellen". Diese Offenkundigkeit muß sogar ohne jede Rücksicht auf verfassungsrechtliche Gesichtspunkte eingesehen werden.

- 4) Nimmt man somit die Gleichstellungstendenz des Entwurfes ernst, dann kommt man nicht umhin, jedenfalls für eine Änderung des vorgeschlagenen Textes des § 730 ABGB einzutreten und zwar ungeachtet der vorhin zu II/B erwähnten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte.

Auch unter bloß einfachgesetzlichen Gesichtspunkten wäre es daher am konsequentesten und einfachsten, dem vorhin zu II/B/4 formulierten Vorschlag zu folgen, das Erbrecht zwischen unehelichem Kind und seinem Vater nur von der Vaterschaftsfeststellung abhängig zu machen, jedoch unabhängig

davon, wann diese Feststellung erfolgte.

Wollte man jedoch am Grundsatz der zu Lebzeiten erfolgten Vaterschaftsfeststellung beharren, so müßte die Ausnahme zugunsten des noch nicht volljährigen Kindes durch die weitere Ausnahme der Verfahrensanhörigkeit im Todeszeitpunkt ergänzt werden. Man würde dadurch zwar immer noch das Ziel der "vollkommenen Gleichbehandlung" unehelicher Kinder mit den ehelichen beträchtlich verfehlten, aber wenigstens manche Härten vermeiden, zu denen der gegenwärtige Gesetzesvorschlag führen könnte (vgl zu dem eben Gesagten einerseits II/C/3 und andererseits II/C/1 Abs 2).

Die Umschreibung des anhängigen Feststellungsverfahrens müßte allerdings ungeheuer kompliziert ausfallen. Es wären nämlich ua auch folgende Situationen zu bedenken: Im Todeszeitpunkt war ein Vaterschaftsanerkenntnis zwar bereits abgegeben, aber noch nicht wirksam geworden (§ 163c Abs 2 ABGB); ein wirksames Vaterschaftsanerkenntnis wird infolge eines Widerspruchs der Mutter für rechtsunwirksam erklärt, kurz darauf stirbt der Vater oder das Kind und zwar noch bevor es zu einer Klagserhebung gemäß § 164c Abs 1 Z 1 (durch das Kind) oder Z 2 (durch den Vater) kommen konnte; nach erfolgreicher Ehelichkeitsbestreitung durch den zweiten Ehemann oder den Staatsanwalt will das Kind ehestens eine Klage gemäß § 155 ABGB erheben, der erste Ehemann stirbt aber vorher.

Auf weitere Einzelheiten braucht jedoch hier nicht eingegangen zu werden, weil das Absehen von verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten im Abschnitt II/C nur zur Abrundung der Kritik am Entwurf des § 730 erfolgte, dieses Absehen aber nach der hier vertretenen Auffassung tatsächlich gar nicht zulässig erscheint und daher das Schwergewicht des Ergebnisses dieser Stellungnahme dem Lösungsvorschlag zu kommt, der oben zu II/B/4 formuliert (und zu II/C/4 Abs 2 wiederholt) wurde.

III/A) Gemäß § 162 ABGB können "die Eltern" um eine Legitimierung durch den "Landesfürsten" ansuchen, wenn sie "das Kind gleich einem ehelichen ... des Rechts an dem frei vererblichen Vermögen teilhaft machen wollen". Die bereits von der Legitimierung durch den Bundespräsidenten sprechenden neueren Fassungen der §§ 753 und 755a ABGB enthalten sodann die erbrechtlichen Bestimmungen bezüglich der auf solche Weise legitimierten Kinder. Die nunmehr vorgesehene erbrechtliche Gleichstellung der unehelichen mit den ehelichen Kindern im gesetzlichen Erbrecht müßte nicht nur zum Entfall der beiden letztgenannten Bestimmungen, sondern sollte auch zu einer Änderung des Textes des alten § 162 ABGB führen.

- 1) Demgemäß schlägt der Entwurf einen neugefaßten § 162 vor: "Der Bundespräsident kann ein uneheliches Kind auf dessen Antrag oder den eines Elternteiles für ehelich erklären". Es wurde also nicht bloß die Nennung des Landesfürsten durch die des Bundespräsidenten ersetzt und die Bezugnahme auf das frei vererbliche Vermögen gestrichen, sondern auch die Regelung der Antragstellung präzisiert. Nunmehr wird das Kind ausdrücklich als antragsberechtigt angeführt. Außerdem wird nicht mehr bloß "den Eltern", sondern jedem Elternteil das Antragsrecht eingeräumt.
- 2) Die Erl (S. 3) verweisen zur Begründung der neuen Fassung des § 162 nur darauf, daß eine Aussage über das Erbrecht nicht mehr erforderlich ist, wenn jedes Kind das gleiche Erbrecht hat; daß nun dem Kind ausdrücklich selbst ein Antragsrecht eingeräumt wird; daß die Ehelicherklärung wie bisher die Feststellung der Abstammung voraussetzt.
- 3) Die grundsätzliche Berechtigung des Weiterbestehens der Möglichkeit einer Legitimierung unehelicher Kinder durch den Bundespräsidenten wird somit vom Entwurf überhaupt nicht in Frage gestellt.

4) Tatsächlich ist diese Fragestellung aber unerlässlich, wenn sich der Gesetzgeber der Novellierung von Bestimmungen über die Legitimierung unehelicher Kinder durch den Bundespräsidenten zuwenden muß (und wegen des geplanten Entfalles der §§ 753 und 755a muß diese Zuwendung erfolgen). Die Unerlässlichkeit dieser Fragestellung ergibt sich aus der veralteten Auffassung, die diesem "Gnadenakt" des Bundespräsidenten zugrundeliegt, und den Disharmonien, zu denen diese veraltete Einrichtung durch die inzwischen erfolgten Wertungs- und Gesetzesänderungen geführt hat. Das soll im folgenden (B bis D) skizziert werden, und daraus soll sodann die Konsquenz (E) gezogen werden.

III/B) Vorerst soll hiebei zur verfahrensrechtlichen Problematik kurz Stellung genommen werden.

1) In Ergänzung zu § 162 ABGB enthalten die §§ 263 bis 265 AußStrG verfahrensrechtliche Bestimmungen, während Art 65 Abs 2 lit d B-VG nur sehr allgemein anordnet, daß dem Bundespräsidenten zusteht: "die Erklärung unehelicher Kinder zu ehelichen auf Ansuchen der Eltern".

Gemäß § 263 AußStrG können die Eltern eines unehelichen Kindes um die Legitimierung desselben durch den Bundespräsidenten "nur mit Einwilligung des Kindes, oder wenn es minderjährig ist, mit Bewilligung des vormundschaftlichen Gerichts ansuchen, welches vor Erteilung der Bewilligung den Vormund zu vernehmen hat". Bei minderjährigen Kindern könnte also durch das Vormundschaftsgericht das an den Bundespräsidenten gerichtete Legitimierungsansuchen der Eltern "blockiert" werden, sodaß infolge der gerichtlichen Verweigerung der Bewilligung des Ansuchens der Bundespräsident gar nicht mehr in die Lage kommt, über den Antrag der Eltern auf Erlassung eines Verwaltungsaktes zu entscheiden (vgl hiezu etwa auch SZ 25/24). Gemäß Art 94 B-VG hat jedoch die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt zu sein. § 263 AußStrG verstößt somit anscheinend gegen Art 94 B-VG.

Selbst wenn dies bei Schaffung des B-VG bedacht und bewußt in Kauf genommen worden sein sollte, erscheint das unveränderte Weiterbestehen dieser Situation aus heutiger Sicht dennoch bedenklich. Dem gewichtigen Anliegen des § 263 AußStrG könnte jedoch durch eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Konstruktion entsprochen werden.

- 2) Art 65 Abs 2 lit d B-VG spricht in Übereinstimmung mit der immer noch geltenden alten Fassung des § 162 ABGB nur vom Antragsrecht "der Eltern" des unehelichen Kindes. Trotzdem wird auch eine Antragstellung nach dem Todes des Vaters zugelassen, ja sogar eine Legitimierung nur auf Antrag des Kindes, falls beide Eltern schon verstorben sind. Genauere Regelungen hierüber enthält zB ein nicht veröffentlichter Erlass des BMJ vom 31.5.1979, den man in der großen Staatsdruckereiausgabe des Verfahrens außer Streitsachen von KÖHLER aus 1981 zu § 264 AußStrG findet. In dieser Gesetzesausgabe ist jedoch nicht der in JABL 1921 unter Nr 6 veröffentlichte Erlass des BMJ erwähnt. Dieser letztgenannte Erlass ist hingegen in der großen Manz-Ausgabe des Verfahrens außer Streitsachen von EDLBACHER aus 1984 zu § 264 AußStrG abgedruckt. Dort findet sich wiederum kein Hinweis auf den Erlass vom 31.5.1979. Überdies stimmen diese beiden Erlässe inhaltlich nicht überein, insbesondere was die Formulierungen über Zustimmungs- und Anhörungs-"Rechte" von Angehörigen betrifft, die in den einschlägigen Gesetzesbestimmungen überhaupt nicht erwähnt werden. So kann es etwa nach dem neueren Erlass die Legitimierung eines Ehebruchskindes nur mit "Zustimmung" der Gattin des Vaters geben, während diese Gattin nach dem älteren Erlass stets nur "anzuhören" ist; dafür sollen nach dem Tode des Vaters dessen Eltern aufgrund des älteren Erlasses "gehört" werden, während diese Personen vom neueren Erlass überhaupt nicht berücksichtigt werden.

- 3) Dieser "Rechtszustand" ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten offensichtlich nicht bloß überaus unerfreulich, sondern schlichtweg unhaltbar. Er sollte daher im Zuge der erforderlich gewordenen Novellierung der einschlägigen Bestimmungen des ABGB ebenfalls reformiert werden. Hierbei wäre allerdings auch zu beachten, daß es wohl nicht ohne weiteres angehen kann, in einem einfachen Gesetz, nämlich in § 162 ABGB idFdEntw, zusätzlich auch dem Kind selbst ein Antragsrecht auf Legitimierung einzuräumen, ohne gleichzeitig die korrespondierende Verfassungsbestimmung des Art 65 B-VG, die nur ein Antragsrecht der Eltern kennt, mit dieser neuen Regelung des ABGB abzustimmen.
- III/C) Die Problematik der materiellrechtlichen Wirkungen der Legitimation durch den Bundespräsidenten ist aber ebenfalls erörterungsbedürftig.
- 1) Bis zur Realisierung der Gleichberechtigung der Geschlechter innerhalb der ehelichen Eltern bestand bekanntlich im ABGB die sogenannte "väterliche Gewalt". Das führte dazu, daß nach einer Ehescheidung kleinere Kinder regelmäßig der Mutter in Pflege und Erziehung überlassen wurden, der Vater aber alleiniger gesetzlicher Vertreter blieb.  
Mit dieser dominierenden Rolle des Mannes war es sinnvoll vereinbar, im Falle der Ehelicherklärung durch den Bundespräsidenten dem außerehelichen Vater die "väterliche Gewalt" zuzuerkennen (so die frühere hM, vgl etwa WENTZEL, PLESSL in KLANG I/2<sup>2</sup>, 139). Dadurch wurde die uneheliche Mutter, deren Kind regelmäßig unter der Vormundschaft einer anderen Person stand, prinzipiell nicht anders gestellt, als eine eheliche Mutter, die vom ehelichen Vater ihres Kindes getrennt lebte.
- 2) Für das geltende Recht wird von der hM die dem früheren Recht entsprechende Auffassung vertreten, daß nunmehr

bezüglich des Vaters die in den §§ 139 ff ABGB geregelten Rechtsfolgen eintreten (vgl PICHLER in RUMMEL I Rz 9 zu § 162). Das bedeutet vor allem, daß gemäß § 144 ABGB der unehelichen Mutter und dem unehelichen Vater nach der Legitimierung durch den Bundespräsidenten Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung hinsichtlich ihres gemeinsamen Kindes grundsätzlich gemeinsam zustehen. Der bereits erwähnte, nicht veröffentlichte Erlaß des BMJ vom 31.5.1979 (oben III/B/2) sieht jedoch eine Legitimation durch den Bundespräsidenten grundsätzlich nur dann vor, wenn der Vater mit der Mutter des unehelichen Kindes nicht in Lebensgemeinschaft lebt. Sobald als ehelich geltende Eltern aber dauernd getrennt leben, kommt § 177 ABGB zur Anwendung, der jedoch auf die Situation nach einer Legitimierung durch den Bundespräsidenten nicht zugeschnitten ist. Gemäß § 177 ABGB ist nach der Scheidung jedenfalls darüber zu entscheiden, welchem Elternteil allein die im § 144 ABGB genannten Positionen zukommen; bei einer nicht bloß vorübergehenden Trennung ist eine solche Entscheidung nur auf Antrag eines Elternteils vorgesehen (sofern nicht amtswegiges Einschreiten wegen Gefährdung des Kindeswohles gemäß § 176 ABGB erforderlich ist). § 177 ABGB geht bei dieser Regelung jedoch davon aus, daß während aufrechter Ehe grundsätzlich beiden Gatten die aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten gemeinsam zustanden. Der unehelichen Mutter stand jedoch gemäß § 166 ABGB in der Regel Pflege und Erziehung allein zu; überdies konnte sie aufgrund ihres Antrages gemäß § 198 (2) ABGB auch zum Vormund ihres Kindes bestellt worden sein.

In diesen Fällen würde die bisherige, dem Wohl des Kindes grundsätzlich entsprechende Situation von der Legitimierung durch den Bundespräsidenten geradezu unterlaufen, weshalb in der Regel ein Antrag der Mutter, ihr in sinngemäßer Anwendung des § 177 ABGB Pflege, Erziehung,

Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung wieder allein zuzuweisen, von vornherein Erfolg haben müßte. Die Legitimierung durch den Bundespräsidenten könnte daher unter diesen familienrechtlichen Gesichtspunkten keine sinnvolle Funktion erfüllen.

- 3) Die RV über zivilrechtliche Bestimmungen zur Förderung der Jugendwohlfahrt, die im Zusammenhang mit einem neuen JWG in Kraft treten soll (172 BlgNR 17. GP), sieht eine Neuregelung des § 177 ABGB vor. Auch nach dieser Regelung sollen jedoch **geschiedenen** oder unehelichen Eltern nur dann Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung gemeinsam zustehen, wenn diese Eltern mit dem Kind in dauernder häuslicher Gemeinschaft leben und das Wohl des Kindes einer solchen Regelung nicht entgegensteht.

Die nach hM eintretende Wirkung einer Legitimierung durch den Bundespräsidenten würde daher diese Gesetzes-tendenz unterlaufen, wenn - wie es nach dem erwähnten neuen BMJ-Erlaß die Regel sein soll (oben II) - der Vater mit der Mutter des unehelichen Kindes keine Lebensgemeinschaft führt. Das oben zu 2 im letzten Absatz Gesagte müßte daher sinngemäß auch nach künftigem Familienrecht gelten.

- 4) Nach hM führt die Legitimierung auch zu öffentlich-rechtlichen Wirkungen, von denen derzeit vor allem solche des Staatsbürgerschaftsrechts von Bedeutung sein dürften (WENTZEL, PLESSL aaO erwähnen Gerichtsstandfolge, Staatsbürgerschaft und "dgl"; GSCHNITZER - FAISTENBERGER, Familienrecht, 119, erwähnen Staatsbürgerschaft, Gerichtsstand, Wohnsitz und "dgl"). Die §§ 7, 7a und 8 des nunmehr geltenden Staatsbürgerschaftsgesetzes regeln den Erwerb der Staatsbürgerschaft durch Abstammung und Legitimation. Wenn man gemäß der Absicht des vorliegenden Gesetzentwurfes die unehelichen Kinder den ehelichen grundsätzlich

möglichst gleichstellen will, sollte man eine entsprechende Gleichstellung jedenfalls auch im Staatsbürgerschaftsrecht vorsehen. Falls dadurch in größerem Umfang als nach geltendem Recht Doppelstaatsbürgerschaften drohten, müßte darauf entsprechend bedacht genommen werden. Jedenfalls sollte es aber nicht zur Rechtfertigung einer Legitimation durch den Bundespräsidenten dienen, veraltete Normierungen des Staatsbürgerschaftsrechts zu "korrigieren".

- 5) Zu den materiellrechtlichen Legitimationswirkungen zählt jedoch auch die Namensfolge. Das uneheliche Kind erhält einerseits bei der Geburt gemäß § 165 ABGB den Geschlechtsnamen der Mutter. In der Folge kann das minderjährige Kind durch Namensgebung den Namen des Ehemannes der Mutter, der nicht sein Vater ist, erhalten oder auch den Namen seines Vaters, wenn dessen Vaterschaft festgestellt wurde; derartige Namensgebungen können sogar mehrmals erfolgen, zB erhält das Kind den Namen des Ehemannes der Mutter, nach Beendigung dieser Ehe erhält es den Namen des festgestellten Vaters und nach der zweiten Eheschließung der Mutter sodann den Namen des neuen Ehemannes (§§ 165a bis 165c ABGB). Bei mehrfacher Namensgebung muß vom Gericht geprüft werden, ob die spätere Namensgebung dem Wohl des Kindes entspricht (§ 165a Abs 3). Nach hM wird die Möglichkeit, dem Kind seinen Namen zu geben, als "höchstpersönliches Recht" des Vaters angesehen (vgl EDLBACHER, Namensrecht, 115; SCHWIND - EHRENZWEIG, Familienrecht, 183). Die Namensgebung bedarf der Zustimmung "des Kindes selbst, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat" (§ 165a Abs 2); diese Zustimmung "kann nicht ersetzt werden" (§ 165b Abs 2). Das Zustimmungsrecht des mündigen minderjährigen Kindes zur Namensgebung ist somit durch den Gesetzeswortlaut eindeutig als höchstpersönliches Recht gekennzeichnet. Das uneheliche Kind erhält andererseits durch die Legitimierung den Namen des Vaters (§ 162a Abs 1), wobei diese Namenswirkung ebenfalls nicht gegen den Willen des mündigen Kindes eintreten kann (§ 162a Abs 2).

a) Wenn das Kind durch Namensgebung den Namen des Ehemannes der Mutter führt und vom hiefür zuständigen Gericht nach amtswegiger und im Rechtsmittelweg kontrollierbarer Überprüfung des Kindeswohles die Namensgebung durch den festgestellten Vater rechtskräftig abgelehnt wurde, dann könnte nach geltender Gesetzeslage dennoch im Wege einer Legitimierung durch den Bundespräsidenten das Kind den Namen des festgestellten Vaters erhalten. Es ist also einerseits zu bedenken, daß die Legitimierung durch den Bundespräsidenten eine vom Vormundschaftsgericht getroffene Entscheidung unterlaufen könnte, was eine rechtlich absurde Möglichkeit darstellt. Andererseits ist zu bedenken, daß immer dann, wenn die Führung des Vaternamens dem Wohl des minderjährigen Kindes entspräche, dieses Ergebnis ohnehin durch eine Namensgebung herbeiführbar wäre. Eine Legitimierung durch den Bundespräsidenten erscheint somit unter namensrechtlichen Gesichtspunkten während der Minderjährigkeit des Kindes zu Lebzeiten des Vaters ohne weiteres entbehrlich.

b) Wie aber ist die Situation nach dem Tode des Vaters? Einerseits ist nach hM eine Legitimierung durch den Bundespräsidenten auch dann noch möglich, obwohl der geltende Gesetzeswortlaut, der immer nur vom Antrag der Eltern spricht, hiefür keine Stütze bietet. Andererseits ist nach hM das Namensgebungsrecht des außerehelichen Vaters ein "höchstpersönliches Recht".

Bedenkt man, daß die erbrechtliche Wirkung der Legitimation durch den Bundespräsidenten durch den vorliegenden Entwurf gegenstandslos werden soll (§ 730 ABGB), daß die von der hM bejahten familienrechtlichen Legitimationswirkungen bezüglich § 144 ABGB weder im gelgenden Recht noch voraussichtlich im künftigen Familienrecht eine sinnvolle Funktion erfüllen können (oben III/C/2 und 3, jeweils letzter Absatz), daß die öffentlich-rechtliche Situation bei der gebotenen Berücksichtigung der privat-

rechtlichen prinzipiellen Gleichstellung von unehelichen und ehelichen Kindern ohne die Wirkungen einer Legitimation durch den Bundespräsidenten auskommen könnte und sollte (oben III/C/4), daß somit als wesentliche Legitimationswirkung anscheinend nur die nunmehr zu III/C/5 in Rede stehende namensrechtliche Wirkung zu berücksichtigen bleibt, dann wird folgende Alternative nahegelegt:

Entweder ist das Recht des Vaters, seinem unehelichen Kind seinen Namen zu geben, wirklich ein höchstpersönliches Recht des Mannes: dann kann nach dem Tode des Mannes einerseits keine Namensgebung mehr zulässig sein; andererseits aber dürfte dann nach dem Tode des Mannes auch eine Legitimation durch den Bundespräsidenten nicht mehr zulässig sein, weil deren einzige nennenswerte Auswirkung aufgrund der im vorigen Absatz gegebenen Zusammenfassung des bisher Gesagten in der Namensfolge läge, insofern also liefe diese Legitimation im Ergebnis auf eine unzulässige Namensgebung nach dem Tode des Vaters hinaus.

Oder das Recht des Vaters, seinem unehelichen Kind seinen Namen zu geben, ist kein höchstpersönliches Recht des Mannes: dann kann nach dem Tode des Mannes einerseits eine Namensgebung immer noch zulässig sein; andererseits bräuchte man dann aber nach dem Tode des Mannes eine Legitimation durch den Bundespräsidenten nicht mehr, wenn deren einzige nennenswerte Wirkung auch nur in der Auswirkung auf den Namen des Kindes bestünde.

- c) Das bisher zu III/C Gesagte läuft auf die Entbehrlichkeit der Legitimation durch den Bundespräsidenten zumindest bei minderjährigen Kindern hinaus. Wie aber steht es mit der Legitimation Volljähriger?

Ihre Beibehaltung könnte, wenn man dem zu III/B und C Gesagten folgen wollte, in praktisch bedeutsamer Weise nur namensrechtliche Auswirkungen haben. Abgesehen davon, daß hiefür kein ausreichendes Bedürfnis zu bestehen scheint, geriete eine "behördliche Maßnahme" auf familienrechtlichem Gebiet, die im wesentlichen nur noch eine so enge

juristische Wirkung hätte, wohl in einen beträchtlichen Gegensatz zu § 184 (1) Z 4 ABGB, der den Widerruf einer Adoption anordnet, die nur oder vorwiegend zum Zwecke der Namensführung eingegangen wurde.

Die Legitimation durch den Bundespräsidenten dürfte daher auch für volljährige Kinder nicht mehr zu rechtfertigen sein.

III/D) Was ergibt sich aus dem bisher Gesagten zum Verhältnis zwischen Legitimation durch nachfolgende Ehe einerseits und durch Gnadenakt des Bundespräsidenten andererseits?

- 1) Offensichtlich dominieren in bezug auf die Legitimationswirkungen im geltenden Recht die Gemeinsamkeiten. Das zeigen heute beispielweise die neuen Formulierungen der §§ 162a bis 162d ABGB oder des § 7a StbG. Wenn das vorhin zu III/C Gesagte aber auf eine völlige Entbehrlichkeit der Legitimierung durch den Bundespräsidenten hinauszulaufen scheint, wie läßt sich dann bei soviel Gemeinsamkeit das Weiterbestehen der Legitimierung durch nachfolgende Ehe rechtfertigen?
- 2) Den kritischen Extremfall bietet die Situation, daß Eltern eines unehelichen Kindes einander heiraten, ohne zusammen zu leben. In diesem Fall trifft die oben zu III/C/2 und 3 skizzierte Problematik in scheinbar gleicher Weise auch für die Legitimation durch nachfolgende Ehe zu. Der entscheidende Unterschied dürfte jedoch in folgendem liegen:

Wenn die Eltern des unehelichen Kindes einander heiraten, stellt diese Ehe für beide Gatten und für die Rechtsordnung einen selbständigen Wert dar, unabhängig von der Auswirkung dieser Eheschließung auf die familirechtliche Situation des Kindes. Wenn daher nach der Eheschließung wegen des dauernden Getrenntlebens der Gatten das Gericht in sinngemäßer Anwendung des § 177 ABGB auf Antrag eines Elternteils oder von Amts wegen gemäß

§ 176 ABGB der Mutter allein wiederum Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung zuweist, dann nimmt das Gericht dadurch zwar der Eheschließung eine ihrer Auswirkungen auf die familienrechtliche Situation des Kindes, beläßt aber ungeachtet dessen den beiden Gatten im übrigen die volle Ehewirkung.

Wenn jedoch bei getrenntlebenden unehelichen Eltern das Kind durch den Bundespräsidenten legitimiert würde, müßte das Gericht im Sinne des oben zu III/C/2 Gesagten durch seine Entscheidung der Entscheidung des Bundespräsidenten die wesentlichste Auswirkung, die nach geltendem Recht besteht, nehmen (denn die Namenswirkung wäre nicht die wesentlichste Legitimationswirkung, weil die Namensfolge ohnehin grundsätzlich durch eine andere Maßnahme, nämlich die Namensgebung, in sehr ähnlicher Weise herbeiführbar wäre).

Der eventuelle juristische Zwang zu einander im wesentlichen widersprechenden Entscheidungen von Staatsorganen ist aber ein juristisches Unding. Vergleichbares kann bei der Legitimation durch nachfolgender Ehe nicht eintreten. Darin liegt wohl ein wesentlicher Unterschied, sodaß es trotz Ablehnung der Legitimation durch den Bundespräsidenten ohne weiteres gerechtfertigt wäre, die Legitimation durch nachfolgende Ehe weiterhin zu bejahen.

- III/E) Die Erörterung der Legitimation durch den Bundespräsidenten im Zusammenhang mit den Normierungen über die Namensgebung zugunsten unehelicher Kinder lenkt den Blick jedoch noch auf eine andere merkwürdige Gegebenheit des geltenden Rechts. Da diese Merkwürdigkeit mit den Zielen des vorliegenden Entwurfs nicht unmittelbar zu tun hat, wird sie hier nur in Form eines Exkurses erwähnt.
- 1) Wenn ein uneheliches Kind durch Namensgebung den Namen des Ehemannes der Mutter erhalten hat und nach Beendigung dieser Ehe durch Namensgebung den Namen seines

außerehelichen Vaters erhalten hat, kann dieses Kind nach der zweiten Eheschließung seiner Mutter den Namen des neuen Ehemannes seiner Mutter erhalten, wenn dies dem Wohl des minderjährigen Kindes entspricht (§§ 165a bis 165c ABGB, vgl. oben III/C/5). Wenn dieses Kind jedoch nach Beendigung der ersten Ehe seiner Mutter den Namen seines außerehelichen Vaters im Wege einer Legitimation durch den Bundespräsidenten erhalten hätte, könnte es nach der zweiten Eheschließung seiner Mutter nicht mehr den Namen des neuen Ehemannes erhalten, selbst wenn dies dem Wohle des minderjährigen Kindes eindeutig entspräche. Insofern geht die namensrechtliche Wirkung der Legitimation durch den Bundespräsidenten über die Wirkung einer Namensgebung hinaus; sie verhindert weitere Namensgebungen.

- 2) Wenn uneheliche und eheliche Kinder privatrechtlich grundsätzlich gleichgestellt werden sollen, die Normierungen über die Namensgebung bezüglich unehelicher Kinder aber unverändert weitergelten, dann folgt daraus:  
Ein uneheliches Kind, das durch Namensgebung den Namen seines festgestellten Vaters führt, kann - etwa bei späterer Eheschließung seiner Mutter oder nach dem Tode seines Vaters - durch Namensgebung den Namen des (neuen) Ehemannes der Mutter erhalten, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, daß dies dem Wohl des minderjährigen Kindes dienen kann.  
Ebenso muß es daher dem Wohle des ehelichen Kindes dienen können, den Namen eines neuen Ehemannes seiner Mutter durch Namensgebung zu erhalten, wenn die Ehe seiner Mutter - etwa durch Tod des Vaters oder durch Scheidung - beendet worden ist.  
Der Gesetzgeber muß daher auch eine solche Namensgebung für eheliche Kinder zulassen, solange er die vergleichbare Namensgebung für uneheliche Kinder zuläßt. Ansonsten würden eheliche Kinder in gleichheitswidriger Weise gegenüber unehelichen Kindern diskriminiert. Da derzeit eine der Namensgebungs-Regelung für uneheliche Kinder entsprechende

Bestimmung fehlt, ist das diesbezüglich geltende Recht somit dem Verdacht der Verfassungswidrigkeit zu Lasten ehelicher Kinder ausgesetzt.

III/F) Nach diesem Exkurs kehren wir zum Problem der Legitimation durch den Bundespräsidenten zurück. Die Konsequenz aus dem bisher zu III/B bis D Gesagten lautet: Die Legitimation unehelicher Kinder durch den Bundespräsidenten hat aus heutiger Sicht jede sinnvolle Funktion im wesentlichen verloren und sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

§ 162 ABGB sowie die §§ 263 bis 265 AußStrG könnten und sollten daher zur Gänze entfallen. Das aber müßte natürlich auch zu einer entsprechenden Änderung des Art 65 B-VG führen.

Inwieweit die Beseitigung der Legitimierung durch den Bundespräsidenten auch zur Streichung oder Änderung anderer gesetzlicher Bestimmungen führen sollte, die bisher auf diese Art der Legitimierung abgestellt waren, kann in der vorliegenden Stellungnahme unerörtert bleiben.

IV/A) Die Vorschläge des Entwurfs zur Änderung des Ehegatten-Erbrechts betreffen drei Bereiche.

- 1) Die vorgeschlagene neue Fassung des § 757 ABGB enthält in Abs 1 neben Parallelen zum bisherigen Abs 1 eine wesentliche Neuerung. Der bisherige Abs 2 kann wegen der geplanten Gleichstellung der unehelichen Kinder gänzlich entfallen. Der bisherige Abs 3 wird dadurch zum neuen Abs 2, ohne sprachlich verändert zu werden.

Die wesentliche Neuerung des Abs 1 besteht im folgenden: Bisher erhielt der Ehegatte des Verstorbenen neben Erben der ersten Linie ein Drittel, neben Erben der zweiten Linie oder neben Großeltern zwei Drittel des Nachlasses als gesetzlicher Erbe; überdies erhielt der Ehegatte auch den Anteil von Nachkommen vorverstorbener Großeltern. Der Entwurf läßt das Ehegatten-Erbrecht neben Erben der ersten

Linie unverändert; "neben Eltern oder einem Elternteil des Erblassers" soll der Ehegatte in Zukunft zwei Drittel des Nachlasses erben. "Sind weder Erben der ersten Linie noch Eltern vorhanden, so erhält der Ehegatte den ganzen Nachlaß".

Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Gatten soll also insofern gestärkt werden, als er einerseits bei Vorversterben beider Eltern des Erblassers die Nachkommen dieser Eltern zur Gänze verdrängt und andererseits neben der dritten Linie ebenfalls stets den ganzen Nachlaß bekommt, auch wenn Großeltern noch leben.

- 2) Für den Fall, daß der überlebende Ehegatte neben der zweiten Linie gesetzlicher Erbe wird und nur noch ein Elternteil lebt, sieht der Entwurf eine Ergänzung des § 735 ABGB durch folgenden neuen Absatz vor: "Ist neben dem Ehegatten des Erblassers ein Elternteil gesetzlicher Erbe, so fällt ihm auch der Anteil zu, der dem anderen Elternteil gebührt hätte".

Der überlebende Elternteil soll mithin die eintrittsberechtigten Nachkommen des vorverstorbenen Elternteils ausschließen. Am Ehegatten-Erbrecht soll sich jedoch gegenüber der bisherigen Situation in diesem Fall nichts ändern. Wenn aber kein Ehegatte des Verstorbenen vorhanden ist und die Verwandten der zweiten Linie erb berechtigt sind, soll sich am Eintrittsrecht von Nachkommen eines vorverstorbenen Elternteils gegenüber dem geltenden Recht ebenfalls nichts ändern.

- 3) Eine weitere Stärkung der Position des Ehegatten wird vom Entwurf in § 758 ABGB vorgesehen: "Sofern der Ehegatte nicht rechtmäßig enterbt worden ist, gebühren ihm als gesetzliches Vorausvermächtnis die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen (Hausrat)".

Die Änderung besteht darin, daß die bisherige Fortsetzung dieses Textes: "neben Kindern des Erblassers

jedoch nur das für den eigenen, seinen bisherigen Lebensverhältnissen angemessenen Bedarf Nötige" ersatzlos entfallen soll.

Der Ehegatte soll also auch neben Kindern des Erblassers den sogenannten "großen Voraus" erhalten.

IV/B) Die Begründungen für diese vorgeschlagenen Änderungen können jedoch in wesentlichen Punkten infolge ihrer Unschlüssigkeit nicht überzeugen.

1) Die Begründungen für die Änderung des § 757 Abs 1 (oben IV/A/1) enthalten die Erl zum Entwurf in S 2 f und 6. Die Erl behaupten, daß wegen der "gestiegenen Lebenserwartung" Eltern ihre Kinder immer seltener überlebten, weshalb neben dem Ehegatten immer häufiger Geschwister, Neffen und Nichten erben würden; das würde oft als nicht mehr gerecht empfunden, weil die gesellschaftliche Entwicklung zu einer weiteren Konzentration der familiären Bindungen auf die Kernfamilie und zur Lösung großfamiliärer Bindungen führe; die Beziehung des Erblassers sei daher in der Regel zu den Seitenverwandten wesentlich lockerer geworden als zu seinem Ehegatten, der oft in langjähriger Ehe mit ihm verbunden gewesen sei.

Schon oben in I/A Abs 2 wurde betont, daß die Behauptung, die gesellschaftliche Entwicklung führe zu einer weiteren Konzentration der familiären Bindungen auf die Kernfamilie und zur Lösung großfamiliärer Bindungen, in der vorliegenden Stellungnahme grundsätzlich bejaht wird. Ebenso ist es sicher grundsätzlich richtig, daß die Lebenserwartung gestiegen ist. Allerdings ist wohl nicht nur die Lebenserwartung der Erblasser gestiegen, sondern auch jene ihrer Eltern! Der Prozentsatz der Eltern, die ihre Kinder überleben, könnte daher trotz allgemein gestiegener Lebenserwartung ohne weiteres gleich geblieben sein. Die Behauptung der Erl, daß Eltern ihre Kinder wegen der all-

gemein gestiegenen Lebenserwartung immer seltener überleben und deshalb immer häufiger Seitenverwandte neben dem Ehegatten erben würden, erscheint daher unschlüssig. Nur wenn gezeigt werden könnte, daß die Steigerung der Lebenserwartung so rasch vor sich ginge, daß die Lebenserwartung der jeweils nächsten Generation bereits deutlich höher als die der unmittelbar vorausgegangenen Generation anzusetzen sei, könnten die diesbezüglichen Behauptungen der Erl schlüssig werden. In den Erl fehlen jedoch gänzlich irgendwelche Hinweise auf die diesbezüglich erforderlichen statistischen Unterlagen.

Die Entwicklung zur Konzentration auf die Kernfamilie wird sicherlich im allgemeinen zu einer Schwächung großfamiliärer Bindungen führen, die sich vor allem gegenüber entfernteren Seitenverwandten auswirken könnten. Häufige Erfahrungen scheinen jedoch auch dafür zu sprechen, daß die Beziehungen zwischen erwachsenen Geschwistern enger sein können als die zwischen erwachsenen Kindern und deren Eltern oder zumindest einem Elternteil. Darauf nehmen die Erl überhaupt nicht bedacht.

- 2) Die Begründung für den neuen Abs 2 des § 735 ABGB (oben IV/A/2) enthalten die Erl zum Entwurf in S 5. Neben dem Ehegatten des Verstorbenen betrage der Erbteil eines Elternteils bloß ein Sechstel. Dieser Anteil sei so gering, daß er nicht den Nachkommen des vorverstorbenen Elternteils, sondern dem noch lebenden Elternteil zufallen solle.

Die Geringfügigkeit eines Sechstels ist jedoch etwas sehr Relatives. Bei einem Nachlaß von sechs Millionen ist der Anteil von einer Million nicht gerade als geringfügig zu bezeichnen. Mit der behaupteten Geringfügigkeit läßt sich also die Abweichung von der allgemeinen Regel des § 735 Abs 1 ABGB zugunsten der Nachkommen des vorverstorbenen Elternteils nicht schlüssig rechtfertigen.

3) Die Begründung für den neuen § 758 ABGB (oben IV/A/3) enthalten die Erl zum Entwurf in den S 6 f. Die Erl behaupten, meistens seien die Kinder des Erblassers bei seinem Tod bereits erwachsen und selbständig; sie benötigten den Hausrat nicht; wohl aber benötige der überlebende Ehegatte den gesamten Hausrat, um nach Möglichkeit sein gewohntes Leben weiterführen zu können; außerdem beseitige die vorgeschlagene Regelung einen möglichen Streitpunkt, weil nicht mehr unterschieden werden müsse, welche Gegenstände der Ehegatte zum angemessenen Bedarf nötig habe und welche darüberhinaus zum Hausrat gehörten.

Diese Begründung stellt nur darauf ab, daß die Kinder des Verstorbenen bereits erwachsen und selbständig sind und anscheinend "deshalb" den Hausrat nicht mehr benötigten. Die Erl legen daher den Umkehrschluß nahe, daß minderjährige Kinder durchaus einen Bedarf auf angemessene Weiterbenützung eines Teils des bisherigen ehemaligen Hausrats haben könnten. Bedenkt man, daß Minderjährige unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen (§ 21 ABGB), dann dürfte der Entwurf aufgrund seiner Begründung eigentlich den letzten Satzteil des § 758 nur für den Fall der Volljährigkeit der Kinder des Erblassers ersatzlos streichen.

Gesetzestehnisch besser wäre es dann jedoch, nach dem Klammerausdruck "Hausrat" einen Strichpunkt zu setzen und sodann mit den Worten "neben minderjährigen Kindern des Erblassers" fortzusetzen, im übrigen aber den Wortlaut des geltenden § 758 unverändert zu lassen.

IV/C) Diese Unschlüssigkeiten der bisherigen Begründungen zum vorliegenden Gesetzentwurf lenken den Blick auf Fragestellungen, die erforderlich scheinen, bevor man eine zeitgemäße Reform des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten vornehmen will.

1) Ausgangspunkt sollte sein, daß ein zeitgemäßes gesetzliches Erbrecht der Ehegatten - wie überhaupt das gesamte gesetzliche Erbrecht - für die meisten (oder zumindest möglichst viele) Erbfälle angemessene Lösungen zur Verfügung stellt, weshalb letztwillige Verfügungen nur erforderlich werden, soweit abweichende Lösungen von den Erblassern bevorzugt werden, sei es wegen objektiver Abweichungen von den vom gesetzlichen Erbrecht vorausgesetzten typischen Situationen, sei es wegen bloß spezieller subjektiver Auffassungen des konkreten Erblassers. Wie aber kann der heutige Gesetzgeber erkennen, welche Lösungen für möglichst viele Erbfälle im allgemeinen angemessen wären, sodaß nur in einer Minderheit der Fälle abweichende letztwillige Verfügungen erforderlich wären?

Die wohl ziemlich unstreitige Tendenz zur Konzentration von der früheren Großfamilie zur sogenannten Kernfamilie ist nur einer der Fixpunkte, die Berücksichtigung verdienen. Ein anderer ist der ebenfalls wohl ziemlich unstreitige Wertpluralismus, der in unserer heutigen Gesellschaft anzutreffen ist; durch ihn existieren innerhalb einer relativ einheitlich wirkenden Population erstaunlich divergierende Wertauffassungen zu gesellschaftlichen Grundfragen in prinzipieller Gleichberechtigung nebeneinander. Das kann wiederum zur Folge haben, daß es einerseits vielleicht sehr schwer sein könnte, wirklich breitgestreute übereinstimmende Überzeugungen hinsichtlich eines optimalen gesetzlichen Erbrechts auszumachen. Andererseits wären aber vielleicht für einzelne Bevölkerungsgruppen, die durch gemeinsame spezifische Berufsinteressen gekennzeichnet wären, übereinstimmende Überzeugungen feststellbar, die von etwaigen relativ breitgestreuten allgemeineren Überzeugungstendenzen nicht unbeträchtlich abweichen könnten. Die letztgenannte Möglichkeit bildete beispielsweise den Hintergrund zur seinerzeitigen Entstehung eines besonderen

gesetzlichen Erbrechts für bäuerliche "Unternehmen" in Form des sogenannten Höfe- oder Anerbenrechts.

Wahrscheinlich werden viele Österreicher, wenn sie einen ziemlich heterogenen Bekanntenkreis haben, verschiedenste Überzeugungen darüber vorfinden, wieviel einem überlebenden Gatten neben minderjährigen oder volljährigen Kindern und neben Eltern oder Seitenverwandten des Erblassers zustehen soll. Noch so eindrucksvolle private Erfahrungen vermögen aber keinen verlässlichen und genügend repräsentativen Überblick über die gesamte österreichische Situation zu vermitteln.

- 2) Es erscheint daher beim heutigen Stand der Sozialwissenschaften unerlässlich, vor einer Reform des derzeitigen Ehegatten-Erbrechts eine großangelegte empirische Untersuchung durchzuführen, um dadurch überhaupt erst einen fundierten Überblick über das derzeitige Meinungsspektrum in unserer Bevölkerung zu erhalten. Erst auf dieser Basis können dann in sinnvoller Weise gesetzgeberische Schritte erwogen werden. Denn der Gesetzgeber sollte sich auch darüber klar sein, inwieweit er etwa nur Anpassungen des alten Rechts an heutige Überzeugungen vornimmt und inwieweit entgegen vorherrschenden Überzeugungen versucht werden sollte, Auffassungsänderungen mit Hilfe gesetzlicher Normierungen anzubahnen (wie es beispielsweise auf dem Gebiet des Unehelichenrechts schon mehrmals partiell geschehen ist).

Die Fragestellungen dieser empirischen Untersuchungen müßten aber über den Umfang hinausgehen, der im vorliegenden Entwurf ins Auge gefaßt wurde. Denn es geht beim vielzitierten gesellschaftlichen Wandel, insofern er sich auf das gesetzliche Erbrecht auswirkt, sicher nicht bloß um die Frage, wie weit der überlebende Ehegatte neben den Eltern, Großeltern oder Seitenverwandten

- 33 -

des Verstorbenen zum Zuge kommen soll. Unerlässlich dürfte vielmehr auch die Frage sein, ob und wie weit die Position des Ehegatten auch neben (minderjährigen oder volljährigen) Kindern des Erblassers verändert werden soll (und zwar nicht nur beim gesetzlichen Vorausvermächtnis des § 758; nur daran aber hat der Entwurf in diesem Zusammenhang gedacht). Der genauere Umfang der Fragestellungen und deren Ausformulierungen kann jedoch hier nicht erörtert werden, sondern bedürfte der Zusammenarbeit von Juristen und Sozialwissenschaftlern.

- 3) Vorarbeiten hiefür bestehen auf dem Gebiet des gesetzlichen Erbrechts ohnehin bereits. Der Soziologe Kurt FREISITZER hat schon vor Jahren eine kleinere Untersuchung hiezu durchgeführt und darüber in der 2. Festschrift für Walter WILBURG (Graz, 1975, 101 - 108) einen Aufsatz mit dem Titel "Die Ausgestaltung des österreichischen Erbrechts und die Rolle der Empirischen Sozialforschung" veröffentlicht. Beabsichtigt war die Erfassung von Rechtskenntnissen und Gerechtigkeitsvorstellungen in bezug auf die erbrechtliche Problematik bei überlebenden Ehepartnern neben oder ohne Nachkommen des Verstorbenen, sowie neben oder ohne Eltern und deren Nachkommen. Nicht erfaßt wurden jedoch Gerechtigkeitsvorstellungen von Gruppen, die den Weiterbestand von Wirtschaftseinheiten zu bedenken haben (zB Landwirtschaft, Industrie, Gewerbe, freie Berufe). Auffallend waren die großen Unterschiede zwischen den Vorstellungen der Befragten und der geltenden Rechtslage (nicht nur bezüglich des damals noch nicht eingeführt gewesenen Pflichtteilsrechts für Ehegatten, sondern auch bezüglich der heute noch geltenden Regelungen). Deutlich ausgeprägt war die Vorstellung, daß der überlebende Partner (von versorgungsberechtigten Kindern abgesehen) eine weit stärkere erbrechtliche Stellung haben sollte, als er nach geltendem Recht hat. Die Vorschläge des Entwurfs entsprechen diesen Vorstellungen anscheinend noch lange nicht.

Die Ergebnisse dieser empirischen Vorarbeit können zwar wegen des geringen Umfanges der Untersuchung keine repräsentative Bedeutung für ganz Österreich und insbesondere auch nicht für bedeutsame Wirtschaftsgruppen beanspruchen. Sie sind jedoch so eindrucksvoll, daß sie jedenfalls die Forderung nach einer umfassenden empirischen Untersuchung zur Vorbereitung einer nach dem heutigen Stand der Sozialwissenschaften verantwortbaren Reform des Erbrechts der Ehegatten als unabdingbar erscheinen lassen.

- IV/D) Die Konsequenz des in Abschnitt IV bisher Gesagten muß somit lauten: Die vorgeschlagene Reform des Erbrechts der Ehegatten sollte vorerst zurückgestellt werden, bis die Ergebnisse einer ehestens zu veranlassenden groß angelegten empirischen Untersuchung der relevanten Fragestellungen wesentliche Voraussetzungen für rechtfertigbare Erwägungen zur zeitgemäßen Reform des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten liefern.
- V) Im vorliegenden Zusammenhang soll allerdings auch nicht unerwähnt bleiben, daß - insbesondere im Hinblick auf die bereits zitierte neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zum Kärntner Erbhöfegesetz (oben I/B/2 Abs 3) - die Reform der Rechtsstellung der unehelichen Kinder im Anerben- bzw Höferecht wegen der Verfassungsrang genießenden MRK von unaufschiebbarer Dringlichkeit ist und daher von der Gesetzgebung ehestens in Angriff genommen werden sollte.
- VI) Die Vorschläge der vorliegenden Stellungnahme lassen sich wie folgt zusammenfassen:
  - VI/A) Im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Gleichstellung unehelicher Kinder sind vor allem die folgenden Punkte von Bedeutung.

- 1) Aus der in Österreich im Verfassungsrang stehenden MRK und der Interpretation, die diese Konvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erfährt, ergibt sich für Österreich die internationale Verpflichtung, in unserem innerstaatlichen Recht uneheliche Kinder den ehelichen Kindern im Bereich des gesetzlichen Erbrechts prinzipiell gleichzustellen. Dieser Gesichtspunkt wurde vom Entwurf leider völlig unbeachtet gelassen.  
(I/B/2 und 3, II/B)
- 2) Dieser Verpflichtung würde im Bereich des allgemeinen gesetzlichen Erbrechts am sichersten und sofort dadurch entsprochen, daß der vom Entwurf vorgeschlagene § 730 Abs 2 ABGB das gesetzliche Erbrecht von bzw gegenüber einem unehelichen Kind nur von der Feststellung der Vaterschaft abhängig macht, nicht aber davon, ob diese Feststellung vor oder nach Eintritt des Erbfalles erfolgte. (II/B/4 und II/C/4)
- 3) Die Legitimierung durch den Bundespräsidenten ist nicht mehr zeitgemäß; ihre Regelungen entsprechen nicht den rechtsstaatlichen Erfordernissen; ihre Ergebnisse widersprechen zum Teil den Tendenzen des geltenden Rechts zur Wahrung der Interessen unehelicher Minderjähriger; diese Form der Legitimierung sollte daher sofort ersatzlos entfallen. (III/B bis D und F)
- 4) Die Namensgebung zum Wohle Minderjähriger ist nur für uneheliche Kinder vorgesehen; das kann mitunter eine verfassungswidrige Diskriminierung zu Lasten ehelicher Kinder zur Folge haben. Die Namensgebungs-Regelungen sollten daher in naher Zukunft zugunsten der ehelichen Kinder, deren Mutter nach Beendigung der ersten Ehe neuerlich heiratet, reformiert werden. (III/E)
- 5) Im Anerben- bzw Höferecht müssen zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Erfordernisse, die sich ebenfalls

aus der Interpretation der MRK ergeben, Reformen zur grundsätzlichen Gleichstellung der unehelichen mit den ehelichen Kindern erfolgen. Diese Reformschritte sollten ebenfalls in naher Zukunft in die Wege geleitet werden. (V)

- VI/B) Im Zusammenhang mit den Vorschlägen des Entwurfes zur Änderung des Erbrechts der Ehegatten ist vor allem von Bedeutung, daß diese unschlüssig begründeten Reformen vorerst zurückgestellt werden sollen, bis durch eine empirische Untersuchung Klarheit über wesentliche Vorfragen dieser Reform geschaffen wird; diese empirische Untersuchung sollte allerdings ehestens in Auftrag geben werden, weil die angezielten gesetzlichen Reformmaßnahmen ebenfalls dringend erforderlich sind. (IV/B bis D)