

Institut für zivilgerichtliches
Verfahren an der Universität Wien

15.9.1988
1010 Wien,

Schottenbastei 10-16
Tel. 4300 / 31 77 u. 31 78

An das
Präsidium des Nationalrats

Museumstraße 7
1016 Wien

fr. Bauner

Betrifft GESETZENTWURF
Zl. 53. GE/9.88
Datum: 28. SEP. 1988
Verteilt 28.9.88 k

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung des
Erbrechts des unehelichen Kindes und des Ehegatten

Dem Wunsche des Bundesministeriums für Justiz entsprechend
(GZ 6.003/13-I 1/88), übersende ich Ihnen 25 Ausfertigungen meiner
Stellungnahme in obiger Angelegenheit.

Hochachtungsvoll

Winfried Kralik
(Univ.-Prof. Dr. Winfried Kralik)

Institut für zivilgerichtliches
Verfahren an der Universität Wien

1010 Wien, 15.9.1988

Schottenbastei 10-16
Tel. 4500 / 31 77 u. 31 78

An das
Bundesministerium für Justiz

Museumstraße 7
1070 Wien

GZ 6.003/13-I 1/88

**Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung
des Erbrechts des unehelichen Kindes und des
Ehegatten;**

Stellungnahme

I. Allgemeines

1. Die Familienrechtsreform nimmt offenbar kein Ende. Ihre Regelungen und Wertungen sind schon wieder überholt: kein gutes Zeugnis für die damalige legislative Arbeit. Nach wieviel Jahren wird man auch mit der nun vorgeschlagenen Änderung unzufrieden sein und neuerlich ändern? Wie soll da das Recht im Bewußtsein des Volkes lebendig werden! Alle Warnungen vor den Nachteilen einer immer steigenden Gesetzesflut, insbesondere auf dem Gebiete des Zivilrechts, verhallen ungehört.

2. Die Ruhelosigkeit und Leichtigkeit mit der der Gesetzgeber zu raschen und nicht genügend überlegten Änderungen bereit ist, werden mit Recht immer wieder als Grund für die Belastung der Gerichte und Behörden angeführt. Es ist daher nicht richtig, daß keine Kosten entstehen werden. Aber nicht nur Richter und Beamte werden

durch Studium und neue Streitigkeiten unzählige Stunden an Arbeitszeit verlieren, sondern auch Rechtsanwälte und Notare, gar nicht zu reden von den Kosten und Enttäuschungen, die die betroffene rechtsschutzsuchende Bevölkerung treffen.

3. Da das künftige Gesetz nicht nur das gesetzliche Erbrecht des unehelichen Kindes und des Ehegatten ändert, sondern auch das der ehelichen Kinder, der Eltern und Seitenverwandten, sollte in der Überschrift ganz allgemein von der Änderung des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechtes gesprochen werden.

II. Die Legitimation durch den Bundespräsidenten

1. Geht man von den erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes aus, so ist es fraglich, welchen Sinn die Legitimation durch den Bundespräsidenten überhaupt noch hat. Der uneheliche Vater kann das Kind adoptieren und ihm seinen Namen geben. Die Reskriptlegitimation kann eigentlich nur noch einen "Abbruch in der bürgerlichen Achtung" beseitigen, den der geltende erste Satz ohnehin ausschließt, von dem aber in der Fassung des Entwurfes mit Recht gar nicht mehr die Rede ist, weil bürgerliche Achtung vom Gesetzgeber weder vorgeschrieben noch versagt werden kann. Die Institution wäre daher abzuschaffen.

2. Die Antragslegitimation wird auf jeden einzelnen Elternteil und auf das Kind erweitert. Jetzt können "die Eltern" darum ansuchen, was wenigstens sichert, daß der eine Elternteil dem Gesuch des anderen zustimmen muß. Soll künftig die Legitimation auch gegen den Willen des Vaters oder der Mutter oder des Kindes möglich sein? Es darf nicht übersehen werden, daß einseitige Anträge der

Mutter und des Kindes schikanöse Unruhe in die Familie eines verheirateten Vaters tragen können.

Es sei auch darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber bei der bloßen Namensgebung nach § 165 a auch die Zustimmung des Ehemannes der Mutter und der Ehefrau des Vaters fordert (ähnlich § 181 Abs 1 Z 3 bei der Adoption). Die dadurch anerkannten Rechte dieser Personen sollen bei der Legitimation vollständig außer Betracht bleiben? Darin liegt doch offenbar ein Wertungswiderspruch. Ihre Zustimmung (Ehegatte des Vaters, der Mutter und des Kindes) muß auch bei der Reskriptlegitimation gefordert werden. §§ 162 a ff wären in diesem Sinne zu ergänzen.

3. Die Legitimation setzt wohl die Feststellung der Vaterschaft im Sinne des § 163 b voraus. Das sollte im Gesetzesentwurf stehen. Dann muß aber auch in irgendeiner Weise für den Fall vorgesorgt werden, daß die Feststellung nachträglich unwirksam (§§ 164 ff oder Beseitigung des Vaterschaftsurteils) wird. Tritt dann der Legitimationsbescheid kraft Gesetzes außer Kraft oder muß ihn der Bundespräsident ausdrücklich aufheben?

4. Die Wirkung der Legitimation auf die übrigen Familienmitglieder ist im Entwurf nicht mehr ausgeschlossen. Welche Bedeutung hat es aber, wenn die Eltern des Vaters ein stattgebendes Urteil nach § 164 b Abs 1, 2. Satz erwirkt haben?

III. Allgemeines zur Neuregelung des Erbrechtes

1. Die Wertvorstellungen, von denen der Entwurf bei der Neuregelung des Erbrechtes des unehelichen Kindes und des Erbrechtes des überlebenden Ehegatten ausgeht,

widersprechen einander. Das Erbrecht des unehelichen Kindes nach seinem Vater und den väterlichen Verwandten geht nun von der rein blutmäßigen Zusammengehörigkeit aus, der - zum Unterschied von der letzten Reform - der absolute Vorrang vor jeder familiären Bindung eingeräumt wird. Beim Erbrecht des Ehegatten wird genau umgekehrt der familiären Bindung innerhalb der Kleinfamilie der Vorrang vor der blutmäßigen (und überdies meist doch auch persönlichen) Zusammengehörigkeit mit Großeltern, Geschwistern, Neffen und Nichten gegeben. Zu letzterem sagen die Erläuterungen: "Es wird oft als nicht mehr gerecht empfunden, wenn neben einem Ehegatten, der in langjähriger Ehe mit dem Erblasser verbunden war, Verwandte, die im Laufe des Lebens die Bindung zum Erblasser gelockert haben, erbberechtigt sind". Das trifft aber auf das uneheliche Kind gewiß viel besser zu als auf Großeltern und Geschwister und deren Nachkommen und wäre daher eher ein Grund das Erbrecht des unehelichen Kindes neben dem Ehegatten gegenüber dem geltenden Recht zu beschränken. Man wird also nach den eigenen Worten der Erläuterungen wenigstens das erweiterte Erbrecht des unehelichen Kindes oft als ungerecht empfinden müssen. Was soll man zu einer Regelung sagen, deren Ungerechtigkeit dem Gesetzgeber bewußt ist!

2. Die Wertungen des Gesetzgebers sind aber für die Auslegung auch anderer Gesetze maßgebend. Wertungswidersprüche müssen daher notwendig zu Streitigkeiten und Rechtsunsicherheit führen. Dazu ein kleines Beispiel: Aus dem Grundsatz der geltenden §§ 754 Abs 2 i. V. m. 757 Abs 2, daß das uneheliche Kind das Erbrecht der Witwe nicht schmälern dürfe, wurde mit Recht gefolgert, daß die Witwe selbst den auf dem Hofe erzogenen unehelichen Kindern ihres Mannes nach § 3 Abs 1 Z 3 AnerbenG als Anerbin vorgeht (Zemen, Gesetzliche Erbfolge nach der Familienrechtsreform 224 und der überlebende Ehegatte als Anerbe

- 5 -

NZ 83, 163; Kralik, Erbrecht 379). Da der Entwurf diesen Grundsatz aufgibt, muß entweder im AnerbenG etwas darüber gesagt werden oder das Ergebnis wird künftig gerade umgekehrt sein.

3. Die Erläuterungen zu Art I Z 8 lassen auch anklingen, daß es darauf ankommen soll, wem der Erblasser - jedenfalls nach der Annahme der Verfasser des Entwurfes - den Nachlaß zukommen lassen will. Mag man im Verhältnis zwischen Großeltern und Seitenverwandten der 2. Parentel noch darüber streiten, was in der Mehrzahl der Fälle der Wille des Erblassers (das soll die gesetzliche Erbfolge auch nach Gschnitzer, Grundsätzliches zur Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes JBl 66, 393, sagen) sein mag, beim unehelichen Kind ist es sicher, daß die Mehrzahl der Väter, und schon gar der väterlichen Großeltern, ihr Vermögen lieber der langjährigen Frau als dem unehelichen Kind hinterlassen will. Auch hier ein Widerspruch zwischen den Beweggründen für das Ehegattenerbrecht und das Erbrecht des unehelichen Kindes, der wie der erste zeigt, daß der Entwurf nicht von sachlichen Prinzipien aus eine sachgerechte Lösung, sondern für das "sic volo, sic iubeo" nachträglich Rechtfertigungen sucht, die sich notwendig widersprechen müssen.

IV. Das Erbrecht des unehelichen Kindes

1. Das uneheliche Kind soll das gleiche Erbrecht wie ein eheliches bekommen. Das geschieht gesetzestech-nisch dadurch, daß alle Hinweise des geltenden Rechts auf die Ehelichkeit der Abstammung getilgt werden. Unrichtig ist daher die Erläuterung zu Art I Z 2, daß die gesetzli-che Erbfolge in gerader Linie grundsätzlich nicht mehr bloß bei ehelicher Verwandtschaft, sondern auch bei

- 6 -

unehelicher eintreten soll. Das uneheliche Kind erbt nämlich auch in 2. und 3. Linie von Seitenverwandten des Vaters und jede durch eine uneheliche Geburt vermittelte Verwandtschaft wird wie jetzt eine eheliche behandelt.

2. Begründet wird diese Änderung erstens damit, daß die Benachteiligung wegen unehelicher Geburt zunehmend als unbefriedigend empfunden wird, ohne daß freilich gesagt wird von wem. Sicher nicht vom Erblasser und dessen ehelichen Verwandten und dessen Ehegatten. Es handelt sich also offenbar um einen abstrakten ideologischen Gesichtspunkt.

Als weitere Begründung wird der internationale Standard angeführt und auf das europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung des unehelichen Kindes verwiesen, zu dem Österreich seinen Vorbehalt verlängern mußte. Dieses Abkommen soll nach den einleitenden Erwägungen dazu führen, daß gemeinsame Vorschriften auf dem Gebiete des Rechtes angenommen werden, die zu einer Harmonisierung der Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten beitragen würden. Gerade das wird aber nicht erreicht. Art 9 verlangt nämlich für das uneheliche Kind die gleichen Rechte am Nachlaß wie sie das eheliche Kind hat. Ein internationaler Standard würde daher zuerst eine Vereinheitlichung des Erbrechtes des ehelichen Kindes voraussetzen. Davon sind die europäischen Staaten aber noch weit entfernt. Man denke nur daran, daß zB Großbritannien kein Pflichtteilsrecht des ehelichen Kindes kennt, sodaß bei Gleichstellung auch jeder erbrechtliche Anspruch des unehelichen Kindes durch Testament ausgeschaltet werden kann. Im übrigen sind sehr große und wichtige europäische Staaten dem Abkommen gar nicht beigetreten, sodaß von einem internationalen Standard nicht einmal innerhalb Europas gesprochen werden kann. (Siehe dazu die treffende Kritik von Sturm, Das

Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine Folgen, FamRZ 82, 1150). Im übrigen ist auch das erwähnte Marckx-Urteil (EuGRZ 79, 454 = NJW 79, 2449 ua) nicht einstimmig zustande gekommen und bezieht sich auf das Recht des unehelichen Kindes zu seiner Mutter, bei der das Kind aufgewachsen ist, worauf auch die Ausführungen abzielen, die den Bereich der Erbfolge als mit dem Familienleben eng verbunden bezeichnen.

3. Der Entwurf macht erbrechtliche Ansprüche, die durch uneheliche Verwandtschaft vermittelt werden, von der Feststellung der Vaterschaft im Sinne des § 163 b abhängig. Da in unserem Recht die uneheliche Vaterschaft durch Anerkenntnis oder gerichtliches Urteil festgestellt und nicht erst begründet wird, erhebt sich die Frage, ob eine Unterscheidung zwischen Kindern, deren Vaterschaft festgestellt ist, und Kindern, bei denen diese Feststellung fehlt, dem Art 9 der europäischen Konvention entspricht. Das deutsche BVerfG 18.11.86 (NJW 87, 1007 = FamRZ 87, 346) hat eine solche Unterscheidung unter Berufung auf Art 6 V GG (Deutschland ist kein Mitglied der Konvention) für verfassungswidrig erklärt. - Der Entwurf befristet auch die Feststellung der Vaterschaft, während die Abstammungs-klage des ehelichen Kindes unbefristet ist. Man wird sich also einen Vorbehalt nicht ersparen.

4. Anders als nach dem geltenden § 754 Abs 2 muß die Vaterschaft zu einem volljährigen unehelichen Kinde nicht nur vor dem Tode des Vaters sondern auch dem des Kindes festgestellt worden sein. Beide Einschränkungen übersehen offenbar, daß die Feststellungswirkung des Anerkenntnisses nach § 163 c Abs 2 nicht schon mit dessen Erklärung, sondern unter Umständen mehr als sechs Monate später eintritt. Wenn der Vater oder das Kind in der Zwischenzeit stirbt, vermittelt die uneheliche Abstammung

- 8 -

kein Erbrecht. Ebenso haben die Abstammende eines volljährigen unehelichen Kindes, das der Vater nach seinem Tode anerkannt hat, kein Erbrecht durch Repräsentation.

Gleiches kann eintreten, wenn man davon ausgeht, daß die Feststellungswirkung eines zu Lebzeiten des Vaters und des volljährigen unehelichen Kindes begonnener Vaterschaftsprozesses von der Rechtskraft oder doch einem stattgebenden Urteil erster Instanz abhängt. Hier kann die Vorschrift allerdings den guten Sinn haben, Klagen eines volljährigen Kindes gegen einen Mann, der im Sterben liegt, zu vermeiden. Ebenso unverständlich wie beim Anerkenntnis durch den Vater selbst, muß die Bestimmung aber bleiben, wenn ein Mann die Klage nach § 164 c Abs 1 Z 2 vor seinem oder des Kindes Tod erhoben hat; wohl auch wenn es sich um eine Klage des Staatsanwaltes nach Z 3 handelt.

Je besser die Rechtsstellung des unehelichen Kindes, umso fraglicher wird das in § 163 a mittelbar anerkannte Recht der Mutter, den Vater zu verschweigen. Da aber oft gute Gründe für die Geheimhaltung bestehen, sollte man ein vom Vater vor dem Notar abgegebenes Anerkenntnis auch dann gelten lassen, wenn es erst nach dem Tode des Vaters dem Gericht übersandt wird und das Recht der Mutter, dem Vormund den Vater nicht zu nennen, davon abhängig machen, daß ein Notar bestätigt, daß ein Anerkenntnis bei ihm liegt.

Es sollte also jedenfalls beim Anerkenntnis durch den Vater selbst auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung und bei der Klage des Vaters oder Staatsanwaltes auf den Zeitpunkt der Klagserhebung abgestellt werden.

5. Ist das Kind zur Zeit des Todes des Vater noch nicht geboren oder minderjährig, so kann die Klagserhebung oder das Anerkenntnis durch die Erben (wobei hier zum Unterschied zum volljährigen Kind nach dem Wortlaut nicht auf den Eintritt der Feststellungswirkung, sondern auf die Abgabe der Erklärung abgestellt wird) noch ein Jahr nach dem Tode (offenbar des Vaters und nicht des Erblassers) erfolgen. Diese Vorschrift bringt aber offenbar nur eine Ausnahme von dem Erfordernis des ersten Satzes, daß nämlich die Vaterschaft zu Lebzeiten des Vaters festgestellt sein muß, während das Erfordernis der Feststellung zu Lebzeiten des Kindes bestehen bleibt. Das minderjährige Kind hat also keine erbrechtlichen Ansprüche, wenn es zwar nach dem Vater aber vor urteilsmäßiger Feststellung oder Anerkenntnis durch die Rechtsnachfolger stirbt.

a) Die Jahresfrist kann zu kurz sein. Das gilt zunächst für den Fall, daß das Kind erst knapp vor dem Tode des Vaters gezeugt wurde. Das gilt aber auch, wenn es sich um ein scheineheliches Kind handelt. Der Ehemann der Mutter hat für die Bestreitungsfrage die Frist des § 156. Hat er Erfolg, so kann es für die Vaterschaftsklage gegen den verstorbenen Kindsvater zu spät sein und das Kind hat weder nach dem Ehemann der Mutter noch nach seinem natürlichen Vater ein Erbrecht (gar nicht zu reden vom Fall des § 138 Abs 2 oder der Ehelichkeitsbestreitung durch den Staatsanwalt). Ein weiterer derartiger Fall wäre es auch, wenn sich später herausstellt, daß die fristgerecht Anerkennenden gar nicht die Rechtsnachfolger waren, weil später ein Testament aufgefunden wurde, der Testamentserbe aber nicht anerkennt.

b) Andererseits ist es nicht ganz verständlich, daß das beim Tode des Vaters minderjährige Kind mit der Vaterschaftsklage immer bis ein Jahr nach dem Tod zuwarten

kann. Ein Vaterschaftsprozeß nach dem Tode des Vaters ist in der Regel eine sehr einseitige Sache, weil die beklagten Rechtsnachfolger meist von der Beikennung nichts wissen und den Behauptungen des Kindes und den Aussagen der Mutter nicht entgegentreten können und ihnen überdies viele Möglichkeiten, die Zeugung durch naturwissenschaftliche Beweismittel zu widerlegen, verschlossen sind. Nun kann im äußersten Falle die Vaterschaftsklage mehr als 20 Jahre nach der Zeugung erhoben werden. Deshalb müßte man die Klagsmöglichkeit nach dem Tode des angeblichen Vaters auf Fälle beschränken, in denen das Kind bei dessen Tod noch nicht geboren war oder das erste Lebensjahr noch nicht vollendet hatte oder sonst besondere Hindernisse, wie zB die Scheinehelichkeit, einer früheren Klagserhebung entgegenstanden.

c) Nicht sachgerecht scheint hingegen die Frist für das Anerkenntnis durch die selbstbetroffenen Rechtsnachfolger des Vaters. Es wäre in der Tat ein Hohn, daß das uneheliche Kind nur deshalb keine erbrechtlichen Ansprüche aus dem Gesetz haben sollte, weil die Rechtsnachfolger das Anerkenntnis geschickt hinauszögern und erst einen Tag nach Fristablauf abgeben. Man stelle sich auch den Fall vor, daß die Vaterschaftsklage rechtzeitig erhoben wurde und es zu keinem Urteil kommt, weil die beklagten Rechtsnachfolger die Vaterschaft vor dem Prozeßgericht, aber mehr als ein Jahr nach dem Tode des Vaters anerkennen. Die Klage gilt dann als zurückgenommen (Art V Z 7 UeKindG). Aber auch wenn in dem Falle des fristgerechten Anerkenntnisses durch die Scheinrechtsnachfolger, der Erbe eines später aufgefundenen Testaments die Vaterschaft ebenfalls anerkennt, käme sein Anerkenntnis doch zu spät. Man sollte wohl, soweit es um die Erbfolge nach dem Vater selbst geht, auf jede Frist für das Anerkenntnis

- 11 -

verzichten, gleichgültig ob das Kind voll- oder minderjährig ist.

d) Soweit der Entwurf die Feststellung der Vaterschaft immer nur auf den Tod des Vaters bezieht, wird übersehen, daß das uneheliche Kind auch ein Erbrecht nach Verwandten des Vaters hat. Man denke zB an den Fall, in dem etwa die väterlichen Eltern vor dem Vater sterben und dessen uneheliches Kind ihnen gegenüber erbrechtliche Ansprüche hat, weil zB der Vater erbunwürdig (§ 541) oder rechtmäßig enterbt ist (§ 780) oder der Vater nur für seine Person auf die Erbschaft verzichtet (§ 551) oder sein Erbrecht ausgeschlagen hat. Soll in diesen Fällen wirklich die Erbfolge bis zum Tod des Vaters oder Kindes und allenfalls noch darüber hinaus ungewiß bleiben? Oder soll der Sohn, der erbunwürdig ist oder von seiner Enterbung erfährt oder im Prozeß über seine Enterbung unterliegt, jetzt einfach durch Anerkennung oder Kollusion in einem Vaterschaftsprozeß einer voll- oder minderjährigen Person ein Erb- oder Pflichtteilsrecht nach seinen Eltern verschaffen können? Eine solche Rechtsunsicherheit ist unerträglich. Ein Erbrecht zu väterlichen Verwandten dürfte dem unehelichen Kind daher nur zustehen, wenn die Vaterschaft zur Zeit des Erbanfalles bereits festgestellt oder doch die Vaterschaftsklage eingebracht ist.

e) Völlig offen bleibt im Entwurf die Frage, welche Bedeutung der erfolgreichen Klage der väterlichen Eltern nach § 164 b Abs 1, 2. Satz für das Erbrecht zukommt. Der geltende § 754 Abs 2 stellt ausdrücklich fest, daß das Erbrecht des unehelichen Kindes gegenüber seinem Vater durch eine solche Feststellung nicht berührt wird. Dieser Satz fehlt im Entwurf. Welchen Schluß soll man daraus ziehen? Daß durch das Urteil auch das Erbrecht nach dem Vater selbst ausgeschaltet wird; oder daß es auch

das Erbrecht nach den väterlichen Eltern und deren Nachkommen nicht berührt; oder daß nun kein Erbrecht nach letzteren besteht?

f) Das führt zu der Frage, ob das uneheliche Kind, wenn man es schon unbedingt dem Vater gegenüber den ehelichen gleichstellen will, auch ein Erbrecht gegenüber den väterlichen Verwandten haben soll. Hat doch selbst das Adoptivkind, das in der Familie des Annehmenden aufwächst und den Namen des Adoptivvaters trägt, zu Recht kein Erbrecht nach den Vorfahren und deren Abkömmlingen (§§ 182 Abs 1, 182 b Abs 1). Die Berufung auf die blutmäßige Verwandtschaft versagt, weil sie wenigstens beim Anerkenntnis in keiner Weise geprüft und wie bei der Adoption das rechtliche Familienverhältnis nur durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung, im Gegensatz zur Adoption aber nur selten tatsächlich hergestellt wird. Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter sind aber entschieden abzulehnen. Aber auch im Vaterschaftsprozeß ist trotz beschränktem Untersuchungsgrundsatz (das Tatsachengeständnis der Beiwohnung ist wenigstens nicht ausdrücklich ausgeschlossen) der Kollusion oder mangelnden Verteidigung durch den Vater und dem Beweisnotstand der Rechtsnachfolger des angeblichen Vaters kein Riegel vorgeschoben. Über den Mangel des rechtlichen Gehörs der Verwandten ist schon genug geschrieben worden. Viel ärger als dies alles ist aber die Erfahrung, daß uneheliche Kinder auch vom Vater, der sie anerkannt hat, sehr häufig vor Frau und Familie geheimgehalten werden. Welche Überraschung, wenn der väterliche Großvater nach dem Tode des einzigen, kinderlos geglaubten Sohnes, kein Testament errichtet, weil er meint, daß ohnehin alles seiner Frau zufalle, und diese nun im Erbfall nur ein Drittel neben dem unehelichen Enkel bekommt. Aber selbst wenn der Großvater ein Testament zugunsten seiner Ehegattin errichtet hatte, so besteht

immer noch die Gefahr, daß es zugunsten des unbekannten unehelichen Enkels nach § 778 "entkräftet" wird, besonders dann, wenn dieser Enkel erst nach Testamentserrichtung geboren wurde. Oder wenn er den vorverstorbenen Sohn eingesetzt hat, so kommt doch § 779 zur Anwendung. Schließlich wird man auch die Auslegungsregel des § 681, 2. Fall überdenken müssen, denn es widerstreitet wohl jeder Erfahrung, daß der Erblasser, der seine eigenen Kinder bedenkt, auch die an ihre Stelle tretenden unehelichen Nachkömmlinge gemeint haben soll.

g) Das uneheliche Kind hat aber nicht nur ein gesetzliches Erbrecht, das immerhin durch Testament ausgeschaltet werden kann, sondern auch ein Pflichtteilsrecht in der Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Auch dadurch kann es für die überlebende Ehefrau, der das Kind ja häufig verheimlicht wird, unliebsame Überraschungen geben: Besteht etwa der Nachlaß des Vaters im wesentlichen in einer geräumigen Eigentumswohnung oder einem Siedlungshaus im Werte von etwa 1 1/2 Millionen, so ist der Pflichtteil des unehelichen Kindes eine halbe Million, die die Witwe aus der Pension meist nicht aufbringen kann. Und selbst dann, wenn vorsichtshalber Ehegattenwohnungseigentum begründet wurde, so war die Hälfte der Witwe meist geschenkt und das uneheliche Kind kann Schenkungsrechnung nach § 785 verlangen. Vielleicht müßte man, um solche Ergebnisse etwa auch bei Unternehmen zu vermeiden, sich überhaupt überlegen, die Pflichtteilsquote zu senken.

V. Das Erbrecht des unehelichen Vaters und seiner Verwandten

Das Erbrecht des unehelichen Vaters ist schon im geltenden Recht rechtspolitisch verfehlt. Nun kommen auch noch die

väterlichen Verwandten dazu. Hat und will der Vater nähere Beziehungen zu dem Kinde, so soll er es adoptieren oder legitimieren. Die Vorstellung, daß das Vermögen, das das uneheliche Kind von der mütterlichen Seite geerbt hat - und darum wird es sich in der Regel handeln - nun dem Vater zufällt, weil das Kind noch nicht testieren konnte oder zu testieren versäumt hat, ja daß dem Vater sogar noch ein Pflichtteilsrecht zustehen soll, ist schlechthin unerträglich. Stammt das Vermögen von der vorverstorbenen Mutter, so schließt ja der Vater sogar die mütterlichen Großeltern aus, die gar nicht selten die Last der Pflege und Erziehung des Kindes tragen mußten. Selbst neben dem Ehegatten des Kindes bekommt der Vater nach dem neuen § 735 des Entwurfes ein Drittel, während die anderen Kinder der Mutter leer ausgehen.

VI. Das Erbrecht der Eltern

Der § 735 des Entwurfes läßt sich jedenfalls nicht damit rechtfertigen, daß der Erbteil von einem Sechstel zu gering sei. Ob er gering ist, hängt ausschließlich vom Nachlaßvermögen ab. Es müßte also eine Wertgrenze gesetzt werden.

Die Bestimmung mag allerdings in gewissen Fällen die Härte, daß Geschwister des Erblassers neben einem Ehegatten nicht mehr erben sollen (§ 757 Abs 1 des Entwurfes) etwas mildern: Die sonst ausgeschlossenen Geschwister und deren Nachkommen werden allenfalls bei größerem Nachlaßvermögen indirekt begünstigt, wenn sie nämlich den Erbteil des noch lebenden Elternteils nach dessen Tod doch noch bekommen. Man kann auch sagen, daß dann, wenn ein Elternteil noch lebt, die kinderlose Ehe des Erblassers oft nicht allzu lange gedauert haben mag.

- 15 -

Hingegen läßt sich bei Halbgeschwistern nicht recht verantworten, daß ausgerechnet die des überlebenden Elternteils davon Vorteil haben sollen, die des vorverstorbenen nicht. Oft wird der überlebende Elternteil auch neuerlich verheiratet sein, es wird ausgerechnet der Stiefelternteil von ihm erben. War aber der Erblasser der einzige Nachkomme des überlebenden Elternteils, dann wird das Drittel nach seinem Tode allein dem Stiefelternteil oder noch entfernteren Verwandten zufallen.

Man sollte das Pflichtteilsrecht der Eltern überhaupt beseitigen. Denn die neue Regelung erhöht wieder die Pflichtteilsbelastung des Nachlasses. Fällt nämlich in diesem Falle wie jetzt ein Sechstel des Nachlasses den Geschwistern zu, so ist der Ehegattenpflichtteil 6/18, der Elternpflichtteil 1/18, die Pflichtteilsbelastung daher 7/18. Nach der Neuregelung aber wird der Elternpflichtteil 2/18, die Gesamtbelastung daher 8/18 betragen. Würde man freilich das Sechstel des vorverstorbenen Elternteils dem Ehegatten zuwenden, stiege die Belastung sogar auf 8,5/18. Und jede Erhöhung des Pflichtteils schränkt die Testierfreiheit unerfreulich ein.

§ 735 des Entwurfes gilt offensichtlich nicht im Falle der Adoption, in dem die lex specialis des § 182 b Abs 2 vorgeht, der den Prinzipien des geltenden Rechts folgt!

VII. Das Ehegattenerbrecht

Die Witwe eines sonst kinderlosen Mannes, die jetzt den ganzen Nachlaß oder doch wenigstens zwei Drittel davon als gesetzlichen Erbteil bekommt, soll künftig neben einem unehelichen Kind, von dem sie vielleicht vorher gar nichts

- 16 -

gewußt hat, stets nur ein Drittel bekommen. Sie wird daher insbesondere bei Liegenschaften und Unternehmen gegenüber dem unehelichen Kinde immer in der Minderheit der Anteile sein, das damit alle Entscheidungen der ordentlichen Verwaltung und Benützung allein treffen kann (§ 833). Auch ihr Pflichtteil vermindert sich damit auf ein Sechstel. Die Mutter des Kindes, oft ihre Rivalin, triumphiert!

Was man dieser Witwe nimmt, soll offenbar durch das ausgeglichen werden, was man anderen überlebenden Ehegatten, also auch Männern, auf Kosten der Seitenverwandten gibt. Wieder beruft man sich auf eine nicht näher nachgewiesene gesellschaftliche Entwicklung und auf den in der Regel bestehenden Erblasserwillen, die man beide beim unehelichen Kind gänzlich vernachlässigt. In Wahrheit weiß aber kein Mensch, was kinderlose Erblasser, die nicht testiert haben, in solchen Fällen wirklich wollen. Gewiß steht es dem Erblasser frei, zugunsten der Seitenverwandten zu testieren, aber das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten erhöht auch dessen Pflichtteilsrecht auf die Hälfte, während es sich gegenwärtig nur auf ein Drittel beläuft. Die Freiheit des Erblassers, sich anders zu entscheiden, wird also durch den Entwurf beschränkt! Es ist also nicht so, daß die geplante Neuregelung nur einem vermuteten Erblasserwillen Rechnung trägt, sie wendet sich auch gegen den erklärten Erblasserwillen.

VIII. Das gesetzliche Vorausvermächtnis

1. Es ist an sich nichts dagegen einzuwenden, daß der große Voraus auch neben Kindern die gesetzliche Regel wird.

2. Unerfreulich ist aber schon an der geltenden Fassung, daß es sich trotz der Erhöhungen der Erbteile des Ehegatten noch immer um ein Vorausvermächtnis handelt, das auch neben Kindern und Eltern nicht in den Erbteil, sondern nur in den Pflichtteil einzurechnen ist (§ 789), sodaß die Vorschrift wieder die erbrechtliche Stellung des ehelichen Kindes verschlechtert.

3. Abzulehnen ist aber jedenfalls, daß auch der große Voraus nur durch rechtmäßige Enterbung entzogen werden kann. Das mag für den kleinen Voraus berechtigt sein. Daß aber der Erblasser über kein Stück der zum ehelichen Hausrat gehörenden beweglichen Sachen durch Vermächtnis, ja nicht einmal durch Substitutionsvermächtnis verfügen kann, geht doch wohl zu weit. Das Vermächtnis eines Bildes, eines Silberbestecks, eines Barockkastens an eines seiner Kinder (vielleicht aus erster Ehe) wäre unwirksam.

4. Viel wichtiger als ein unentziehbarer Voraus wäre eine Regelung des Wohnrechtes des überlebenden Ehegatten an der Ehewohnung, wenn das Einfamilien- (Siedlungs-)haus oder die Eigentumswohnung im Alleineigentum des verstorbenen Ehegatten stand. So zeigen zB OGH 14.10.81 NZ 82, 153 und 9.11.83 NZ 84, 221, daß die Witwe keinen Schutz gegen das Räumungsbegehr der Erben, Anerben oder Vermächtnisnehmer hat. Das kann besonders bitter werden, wenn das uneheliche Kind zwei Drittel erbt und die Witwe in der Minderheit bleibt. Ihr Schutz durch ein lebenslängliches Wohnrecht (Usus) wäre viel dringender. Was nützt ihr der große Voraus, wenn sie ausziehen muß!

IX. Übergangsbestimmungen

Das Gesetz, auch wenn es bis dahin beschlossen wird, mit 1.1.1989 in Kraft treten zu lassen, ist jedenfalls übereilt. Es bedarf einer gewissen Zeit bis die künftigen Erblasser von der Neuregelung und ihren Folgen erfahren und es muß ihnen Gelegenheit gegeben werden, bereits vorhandene letztwillige Verfügungen dem neuen Recht anzupassen oder im Hinblick darauf zu testieren. Das Gesetz sollte also nicht vor einem Jahr nach Kundmachung in Kraft treten.

Es wäre auch zweckmäßig die herrschende Rechtsprechung, daß die §§ 777, 778 keine Anwendung finden, wenn das Noterbrecht durch dieses Gesetz begründet wird, ausdrücklich festzuschreiben.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Wird die Erbrechtsreform so wie im Entwurf vorgesehen ist beibehalten, so kann man die Legitimation durch den Bundespräsidenten abschaffen. Sonst aber sollte es bei der geltenden Regelung bleiben, die nur sprachlich neu zu fassen wäre.

2. Man soll sich entscheiden, ob man der blutmäßigen Zusammengehörigkeit oder der Vorstellung von der Kleinfamilie den Vorrang gibt. Im ersten Fall muß man auch das Verwandtenerbrecht gegenüber dem gegenwärtigen Stand verbessern. Im zweiten Falle soll das Erbrecht eines unehelichen Kindes bei Vorhandensein einer ehelichen Familie auf jene Fälle beschränkt werden, in denen das

uneheliche Kind wenigstens eine gewisse Zeit im Haushalt des Vaters aufgewachsen ist oder gelebt hat.

3. Es ist richtig, das Erbrecht des unehelichen Kindes von der Vaterschaftsfeststellung abhängig zu machen. Es rächen sich aber die unpraktischen und viel zu verwickelten Vorschriften darüber. Um die gezeigten, oft völlig unverständlichen Ergebnisse zu vermeiden, muß entweder die Vaterschaftsfeststellung an das neue Recht oder dieses an die Vaterschaftsfeststellung angepaßt werden.

4. Viele Auslegungsregeln des Gesetzes, wie zB die §§ 617, 681, 777 - 779 widersprechen jeder Erfahrung, wenn sie auf das uneheliche Kind bezogen werden.

5. Vater und väterliche Verwandte sollten nie ein gesetzliches Erbrecht nach dem unehelichen Kind haben, was der Vater, der eine engere Beziehung zum Kind hat oder will wenigstens für seine Person durch Adoption oder die dann noch sinnvolle Legitimation durch den Bundespräsidenten abwenden kann.

6. § 735 des Entwurfes sollte zugunsten eines Erbrechts der Seitenverwandten fallen oder doch von einem Wert des reinen Nachlaßvermögens abhängig gemacht werden.

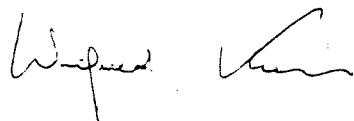
7. Wenn das Ehegattenerbrecht nicht ohnehin schon jetzt zu hoch ist, so sollte es bei der bisherigen Regelung bleiben, es sei denn, man setzt die Pflichtteilsquote des Ehegatten neben Seitenverwandten erheblich herab.

8. Das gesetzliche Vermächtnis des Ehegatten sollte auch in den Erbteil eingerechnet werden. Der kleine Voraus soll seinen Pflichtteilscharakter behalten, der

- 20 -

große auch neben Kindern zustehen, aber der Erblasser darüber durch Vermächtnisse verfügen können. Hingegen soll dem Ehegatten ein lebenslängliches Wohnrecht an der Ehewohnung, die in den Nachlaß fällt, eingeräumt werden.

9. Nicht berücksichtigt wurden eine notwendige Anpassung des Anerbenrechtes und Fragen des internationalen Privatrechts, zB wenn das Personalstatut des unehelichen Kindes eine Vaterschaftsfeststellung in unserem Sinne nicht kennt (§ 25 IPRG).



(Univ.-Prof. Dr. Winfried Kralik)