

ÖSTERREICHISCHE

www.notar.at

# NOTARIATS ZEITUNG

12/2003

135. Jahrgang

Monatsschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit

*Aus dem Inhalt*

V.-Ass. Mag. Martin Spitzer

Änderungen im Erbrecht durch das KindRÄG 2001

Seite 353

Univ.-Prof. Mag. Dr. Taucher

Rechtsprechungsübersicht (VwGH, VfGH, EuGH)

Seite 360

Rechtspfleger Johannes Andrae

Löschung von Firmen aus Sicht des Rechtspflegers

Teil I Antrag auf Löschung

Seite 364

*Unter ständiger  
wissenschaftlicher  
Mitarbeit von:*

Notar Univ.-Doz. Mag. DDr.

Ludwig Bittner, Hollabrunn

Univ.-Prof. Dr. Hans Hoyer, Wien

Univ.-Prof. DDr. Waldemar Jud, Graz

Univ.-Prof. DDr. Hans Georg Ruppe, Graz

Univ.-Prof. Dr. Rudolf Welser, Wien

ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Zankl, Wien

NZ 2003/98

## Änderungen im Erbrecht durch das KindRÄG 2001

V.-Ass. Mag. **Martin Spitzer**, Assistent von o. Univ.-Prof. Dr. *Rudolf Welser* am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

*Der Beitrag beschäftigt sich mit den auf dem KindRÄG 2001 beruhenden erbrechtlichen Änderungen. Im Mittelpunkt steht das Recht der Pflichtteilsminderung (§ 773a ABGB). Dabei wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen eine Pflichtteilsminderung zulässig ist, und untersucht, wann § 773a Abs 3 ABGB dem Erblasser das Minderungsrecht wegen grundloser Ablehnung des Rechts des Pflichtteilsberechtigten auf persönlichen Verkehr versagt.*

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. §§ 568, 569 ABGB – Formgebote
- C. § 773a ABGB – Pflichtteilsminderung
  - 1. Rechtslage vor dem KindRÄG 2001
  - 2. Rechtslage nach dem KindRÄG 2001
  - 3. Widerspruch in § 773a ABGB
  - 4. Lösungsmöglichkeiten
    - a) Materielle Derogation des Abs 1
    - b) Miteinbeziehung des Verhältnisses Erblasser – Pflichtteilsberechtigter
    - c) Reduktion des Abs 3
    - d) Ergebnis
  - 5. Grundlose Verweigerung des persönlichen Verkehrs
    - a) Weigerung des Elternteils gegenüber dem minderjährigen Kind
    - b) Weigerung des minderjährigen Kindes
    - c) Weigerung des volljährigen Kindes
    - d) Weigerung des Elternteils gegenüber dem volljährigen Kind
    - e) Ergebnis
- D. § 805 – Antritt der Erbschaft
- E. Zusammenfassung

### A. Einleitung

Die Novellierung des Kindschaftsrechts durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz (KindRÄG) 2001<sup>1</sup> war auch Anlass zu gewissen erbrechtlichen Änderungen. Während aber im zweiten Hauptstück des ersten Teils des ABGB das Kindschaftsrecht tief greifend reformiert wurde – zu denken ist etwa an die Regelung der elterlichen Obsorge nach Trennung oder Ehescheidung und das Besuchsrecht – und auch sonstige Änderungen von

unmittelbar erkennbarer Tragweite vorgenommen wurden – insbesondere die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters und andere Regelungen im Zusammenhang mit der Handlungsfähigkeit –, wurde das Erbrecht nur „am Rande“ novelliert. Die Änderungen betreffen die §§ 568 und 569 ABGB über die Form letztwilliger Verfügungen von Personen, denen ein Sachwalter bestellt ist, und von mündigen Minderjährigen, § 773a ABGB über die Pflichtteilsminderung und § 805 ABGB über den Antritt der Erbschaft. Sie sollen im folgenden genauer untersucht werden.

### B. §§ 568, 569 ABGB – Formgebote

Schon vor dem KindRÄG 2001 war testierfähig, wer das 18. Lebensjahr vollendet hatte und über die nötige Einsichtsfähigkeit verfügte. Wurde aber bewiesen, dass die letztwillige Verfügung in einem die erforderliche Besonnenheit ausschließenden Zustand getroffen wurde, war sie ungültig. Da die Errichtung letztwilliger Anordnungen ein vertretungsfeindliches Geschäft ist, gestand der Gesetzgeber auch schon mündigen Minderjährigen und Personen, denen ein Sachwalter bestellt war<sup>2</sup>, eine beschränkte Testierfähigkeit zu, um sie von der Regelung ihrer Angelegenheiten von Todes wegen nicht völlig auszuschließen. Es bestand für solche Verfügungen zwar keine inhaltliche, wohl aber eine formelle Schranke: § 568 ABGB aF sah vor, dass unter Sachwalterschaft stehende Personen nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren konnten. Dasselbe ermöglichte § 569 ABGB aF mündigen Minderjährigen und fügte in Satz 2 hinzu, dass sich das Gericht durch eine angemessene Erforschung zu überzeugen suchen musste, „daß die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe“. Die Erklärung und das Ergebnis dieser Prüfung mussten in ein Protokoll aufgenommen werden. Dass diese bei Minderjährigen normierte Prüfungspflicht des

<sup>1</sup> Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Unterhaltsvorschussgesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Rechtspflegergesetz, die Exekutionsordnung, das Personenstandsgesetz, das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, das Gerichtsgebührgesetz, die Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz, das Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, das Bankwesengesetz und das Krankenanstaltengesetz geändert werden, BGBl I 2000/135.

<sup>2</sup> Vorausgesetzt werden muss jedoch, dass zumindest eine gewisse Einsichtsfähigkeit vorhanden ist. *Welser in Rummel*<sup>3</sup> §§ 566–569 Rz 7. Durch die Bestellung eines Sachwalters wird man also nicht testierfähig, wenn man es vorher nicht war. Dasselbe gilt ganz generell für die Geschäftsfähigkeit von unter Sachwalterschaft stehenden Personen, siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>12</sup> (2002), 57 f mwN.

§ 569 S 2 ABGB aF analog auch für die unter Sachwalter-schaft stehenden Personen galt, war vor dem KindRÄG 2001 hA<sup>3</sup>, die nun vom Gesetzgeber bestätigt wurde<sup>4</sup>. Das neue Gesetz regelt nun die Pflicht zur Prüfung in § 568 ABGB für unter Sachwalter-schaft stehende Personen und ordnet in § 569 ABGB die entsprechende Gel-tung für Verfügungen Minderjähriger an. Dabei wurde zwar übersehen, den in § 70 NO enthaltenen und nach wie vor auf § 569 ABGB lautenden Verweis auf die Prü-fungspflicht der Gerichte der Neuregelung anzupassen<sup>5</sup>, doch heißt dies keinesfalls, dass beim notariellen Testa-ment diese Vorschrift nicht zu beachten ist. Schon auf Grund des in § 569 ABGB enthaltenen Weiterverweises auf § 568 ABGB haben weiterhin auch Notare die Frei-heit und Überlegtheit der Willensbildung zu erforschen<sup>6</sup>.

Nichts geändert hat sich an der mangelnden Flexibilität der Regelung. Die Sachwalterbestellung führt nach wie vor ipso iure zur beschränkten Testierfähigkeit, es kommt nicht darauf an, welcher Wirkungskreis dem Sachwalter übertragen wurde<sup>7</sup>. Der Gesetzgeber sollte diese starre Regelung aufgeben. Denkbar wäre etwa, dass das Ge-richt im Bestellungsbeschluss auch die Beschränkung der Testierfähigkeit verfügt<sup>8</sup>. Eine solche Bestimmung war im Entwurf der Außerstreitreform bereits vorgese-hen, die dort geplanten Anpassungen sind jedoch noch nicht verwirklicht worden.

<sup>3</sup> Schauer, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, NZ 1983, 53; Welser in Rummel<sup>β</sup> §§ 566–569 Rz 8; OGH in NZ 1992, 294 mwN; aA Kralik, Erbrecht-Ergänzungsheft (1985) 10 ff.

<sup>4</sup> Dazu EB RV 296 BlgNR 21. GP 81 f.

<sup>5</sup> § 70 NO bestimmt nach wie vor, dass von Notaren die für die Auf-nahme gerichtlicher letztwilliger Anordnungen geltenden §§ 569, 587 bis 592 und 594 bis 596 ABGB zu beachten sind.

<sup>6</sup> 569 Satz 2 ABGB aF wurde von der hA so verstanden, dass das Gericht zwar eine Prüfungspflicht hinsichtlich der Testierfähigkeit trifft und allfällige Zweifel an der Testierfähigkeit protokollarisch zu vermerken sind, das Gericht aber die Aufnahme des letzten Willens nicht verweigern darf. Daran hat sich nichts geändert. § 34 Abs 2 NO untersagt aber an sich dem Notar, „mit solchen Personen eine Amtshandlung vorzunehmen, rücksichtlich deren er weiß oder mit Grund annehmen muß, daß sie wegen Minder-jährigkeit oder aus einem anderen Grunde zu dem vorzunehmenden Rechtsgeschäfte unfähig seien“. § 70 NO iVm § 569 ABGB iVm § 568 ABGB ist lex specialis zu diesem Grundsatz. Siehe dazu und mit Kritik de lege ferenda schon Schauer, NZ 1983, 53 f.

<sup>7</sup> Kritik schon bei Schauer, NZ 1983, 53.

<sup>8</sup> Eine ähnliche Regelung war bei der Neufassung des § 568 ABGB im Zuge der Einführung des neuen Sachwalterrechts auch geplant (siehe § 568 idFd RV, 742 BlgNR 15. GP, die EB RV 21 halten noch fest, „überhaupt entspräche eine generalisierende Lösung nicht der allgemeinen Zielsetzung, auf die individuellen Fähigkeiten und Bedürfnisse des psychisch Behinderten Bedacht zu nehmen“), der entsprechende Passus der RV wurde aber im JA gestri-chen, der Rechtsunsicherheit befürchtete (JAB 1420 BlgNR 15. GP 2), siehe dazu Schauer, NZ 1983, 53. Diese Bedenken schei-nen aber bei einem richterlichen Ausspruch über die Testierfähig-keit nicht so gravierend; außerdem ist ein im Einzelfall unnötiger Eingriff in die Testierfreiheit eine so weit reichende Einschränkung der Privatautonomie, dass sie einer besonderen Rechtfertigung bedürfte.

## C. § 773a ABGB – Pflichtteilsminderung

Ein wesentlicher Punkt der Erbrechtsreform 1989 war die erbrechtliche Gleichstellung unehelicher und ehelicher Kinder. Als gewisser Ausgleich für diese Gleichstellung wurde die Pflichtteils-minderung eingeführt, welche die Brücke zwischen dem Prinzip der Blutsverwandtschaft und jenem der „familiären Verbundenheit“ schlagen soll-te<sup>9</sup>. Wer den Erblasser nicht einmal kannte, sollte nicht seinen (ganzen) Pflichtteil fordern können. Wenngleich daher der Anlassfall der Einführung des § 773a ABGB die Gleichstellung der unehelichen Kinder war, enthält die Formulierung keinerlei Einschränkung; sie gilt für eheliche und uneheliche Verhältnisse gleichermaßen<sup>10</sup>.

### 1. Rechtslage vor dem KindRÄG 2001

§ 773a Abs 1 hat folgenden Wortlaut: „*Standen ein El-ternteil und sein Kind zu keiner Zeit in einem Nahever-hältnis, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht, so mindert sich der Pflichtteil dieses Elternteils oder seiner Vorfahren dem Kind und seinen Nachkommen gegenüber und der des Kindes und seiner Nachkommen dem Elternteil und seinen Vorfahren ge-genüber, wenn es der Erblasser anordnet, auf die Hälfte.*“

Die Pflichtteils-minderung stellte insofern eine Neuerung dar, als sie nicht als Enterbungsfall konstruiert wurde, weil sie kein missbilligenswertes Verhalten des Noterben voraussetzte<sup>11</sup>. Das Minderungsrecht bestand sogar dann, wenn der Erblasser selbst den Mangel der Nahe-beziehung herbeigeführt oder verschuldet hatte. „Es wird auch nicht zu beanstanden sein, wenn ein Erblasser ‚in Ausschöpfung der Rechtslage‘ ein familiäres Nahever-hältnis vermeidet, um sich das Minderungsrecht zu wahren“<sup>12</sup>.

Aus dem Gesetzestext ergibt sich eindeutig, dass es für das Recht der Pflichtteils-minderung immer auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Naheverhältnisses zwi-schen einem Elternteil und seinem Kind ankam und dass davon auch das Pflichtteilsrecht im Verhältnis zu den Ver-wandten abhing<sup>13</sup>. Standen zB Vater und Kind zu keinem

<sup>9</sup> JAB 1158 BlgNR 17. GP 6; Welser, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 139; Paliege, Neues im österreichischen Erbrecht, ZfRV 1991, 178; Zemen, Die Pflichtteils-minderung im Parentelensys-tem, JBl 1992, 220.

<sup>10</sup> Welser, NZ 1990, 139.

<sup>11</sup> Welser, NZ 1990, 140; diesem folgend Paliege, ZfRV 1991, 178; Schauer, Neues Erbrecht ab 1991, RdW 1990, 72; Zankl, Das neue Erbrecht im Überblick, JAP 1990/91, 121.

<sup>12</sup> Welser, NZ 1990, 140; derselbe in Rummel<sup>β</sup> § 773a Rz 2; Paliege, ZfRV 1991, 178; so wohl auch Schauer, RdW 1990, 72; krit de lege ferenda Battlogg, AnwBl 1997, 107 = NZ 1998, 357.

<sup>13</sup> JAB 1158 BlgNR 17. GP 6; Welser, NZ 1990, 140; derselbe in Rum-mel<sup>β</sup> § 773a Rz 3; Schauer, RdW 1990, 72; Umlauft, Pflichtteils-minderung nach § 773a ABGB, NZ 1990, 144; derselbe, Die Pflicht-teils-minderung im Lichte des Repräsentationsrechts, JBl 1992, 560; Paliege, ZfRV 1991, 179; Eccher in Schwimann<sup>2</sup> § 773a Rz 4; aA Zemen, JBl 1992, 227 f; Battlogg, Reformvorschläge und

Zeitpunkt im geforderten Naheverhältnis, konnten der Vater (oder dessen Aszendenten) den Pflichtteil des Kindes (oder seiner Deszendenten) mindern; ebenso konnten das Kind (oder dessen Deszendenten) den Pflichtteil des Vaters (oder seiner Aszendenten) herabsetzen. Hatte ein Elternteil gegenüber seinem Kind ein Minderungsrecht, stand es auch den Aszendenten dieses Elternteils gegenüber dem Kind und dessen Nachfahren zu. Auf Grund dieser Konstruktion kam es zB auf das Verhältnis der Großeltern zu ihrem Enkel nicht an; selbst wenn sie zu ihm (zu irgendeiner Zeit) ein Naheverhältnis hatten<sup>14</sup>, stand ihnen nach dem Gesetz das Minderungsrecht gegenüber dem Enkel zu, solange im relevanten Verhältnis – also zwischen dem von den Großeltern abstammenden Elternteil (zB dem Vater des Kindes) und seinem Kind (also dem Enkel des Großelternpaares) – eine entsprechende Beziehung nicht bestand<sup>15</sup>.

Dass das Minderungsrecht in diesen Fällen unabhängig vom tatsächlichen Verhältnis zustand, rechtfertigte die hA damit, dass die Beurteilung der relevanten Naheverhältnisse umso schwerer falle, je entfernter die Beteiligten miteinander verwandt seien<sup>16</sup>. Dass diese Befürchtung berechtigt war, wird anschaulich durch die literarische Diskussion um die Frage belegt, wann „zwischen Elternteil und Kind zu keinem Zeitpunkt ein Naheverhältnis bestand, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht“<sup>17</sup>. Wenn nun schon die Kriterien für dieses Verhältnis solche Probleme bereiten, ist es verständlich, dass der Gesetzgeber vermeiden wollte, dass die Gerichte auch noch zu beurteilen hätten, ob Großeltern und Enkel im geforderten Verhältnis zueinander standen<sup>18</sup>.

## 2. Rechtslage nach dem KindRÄG 2001

Das KindRÄG 2001 hat § 773a um einen Absatz 3 erweitert: „Das Recht auf Pflichtteilsminderung steht nicht zu, wenn der Erblasser die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt hat.“

Die Neuregelung entfernt sich damit in zweifacher Hinsicht von Abs 1. Erstens, weil es nicht mehr notwendig

Auslegungsergebnisse im Hinblick auf die Pflichtteilsminderung, AnwBl 1997, 105 f = NZ 1998, 356; krit Zankl, JAP 1990/91, 121 FN 36.

<sup>14</sup> Umlauf, JBl 1992, 561 verweist zutreffend darauf, dass eine Nahebeziehung zwischen Großeltern und Enkeln bei gleichzeitigem Nichtbestehen eines solchen Verhältnisses zwischen Eltern und Kind praktisch Ausnahmecharakter haben dürfte.

<sup>15</sup> So ausdrücklich der JAB 1158 BlgNR 17. GP 6; dies setzt natürlich die konkrete Pflichtteilsberechtigung des Enkels voraus, siehe etwa Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>12</sup> (2001), 504.

<sup>16</sup> Welser, NZ 1990, 140; derselbe in Rummel<sup>3</sup> § 773a Rz 3-; Schauer, RdW 1990, 73; Paliege, ZfRV 1991, 179.

<sup>17</sup> Siehe einen Überblick über den Meinungsstand und die Probleme bei Eccher in Schwimann<sup>2</sup> § 773a Rz 2 f; Welser in Rummel<sup>3</sup> § 773a Rz 3.

<sup>18</sup> Kritik bei Zankl, JAP 1990/91, 121 FN 36.

(nur) auf das Verhältnis zwischen Elternteil und Kind, sondern (auch) auf jenes zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem ankommt: Da als Erblasser aber nicht nur Elternteil und Kind in Frage kommen, sondern auch Aszendenten des jeweiligen Elternteiles oder Deszendenten des Kindes, können das nach Abs 1 relevante Verhältnis und jenes nach Abs 3 auseinander fallen.

Abs 3 weicht aber noch in einem weiteren Punkt von der bisherigen Regelung ab. Vom Gesetz missbilligtes Verhalten des Erblassers wird nunmehr bestraft: Verhindert nämlich der Erblasser das Entstehen eines Naheverhältnisses dadurch, dass er schon den persönlichen Umgang grundlos ablehnt, erstickt er also die Bemühungen des Noterben, ein Verhältnis aufzubauen, im Keim, will ihn nach Aussage der Erl der Gesetzgeber dafür „nicht auch noch belohnen“<sup>19</sup>.

## 3. Widerspruch in § 773a ABGB

Der Ausschluss des Minderungsrechts bei „Verschulden“ des Erblassers ist eine rechtspolitische Entscheidung, mit der das ursprüngliche Konzept zwar aufgegeben wird, die man aber gutheißen kann. Im ihr zugeordneten Anwendungsbereich – nämlich zwischen Eltern und Kindern – „funktioniert“ die Norm auch: Der Vater eines außerehelichen Kindes kann sich jedenfalls nicht mehr durch beharrliche Verweigerung des Kontaktes der Zahlung des vollen Pflichtteils entziehen. Durch die Art der Umsetzung dieser rechtspolitischen Entscheidung in Abs 3 wurde § 773a ABGB aber in sich widersprüchlich<sup>20</sup>. Denn bei der Frage, ob das Recht auf Umgang grundlos abgelehnt wurde, soll auf die Weigerung des „Erblassers“ abgestellt werden, so dass es hier nicht mehr um das Verhältnis zwischen einem Elternteil und seinem Kind geht, sondern um das Verhältnis zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem.

Dass sich der Gesetzgeber dieses Problems nicht bewusst war, zeigt sich daran, dass die Mat als Ausgangssituation annehmen, dass die Möglichkeit der Pflichtteils-minderung besteht, „wenn zwischen Erblasser und Noterben“ kein Kontakt bestanden hat<sup>21</sup>, und fortfahren, dass die neue Regelung konsequent sowohl im Verhältnis des Elternteils als Erblasser zum Kind als auch umgekehrt gelte. Andere Varianten wurden nicht erwogen. Dadurch muss dem Wortlaut nach aber nun auch das Verhältnis zwischen Großeltern und Enkel in die Betrachtung miteinbezogen werden, wenn es um das Minderungsrecht in diesem Verhältnis geht. Dies mag man rechtspolitisch für vernünftig halten<sup>22</sup>, die Umsetzung durch das Kin-

<sup>19</sup> EB RV 296 BlgNR 21. GP 82.

<sup>20</sup> Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>12</sup>, 506; Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 494 FN 102.

<sup>21</sup> EB RV 296 BlgNR 21. GP 82.

<sup>22</sup> So – allerdings schon vor Erlassung des KindRÄG de lege lata – Zemen, JBl 1992, 227 f.

dRÄG 2001 führt jedoch zu widersprüchlichen und beliebigen Ergebnissen.

So steht das Minderungsrecht nach Abs 3 – bei fehlendem Naheverhältnis zwischen Elternteil und Kind gemäß Abs 1 – einem Großeltern teil seinem Enkel gegenüber dann zu, wenn er nicht grundlos den Kontakt verhindert hat. Ist zB der Enkel bei seinem Großvater aufgewachsen, hat der Großvater den Kontakt natürlich nicht grundlos verweigert und wird dafür mit dem Recht der Pflichtteilsminde rung zu Lasten einer ihm (einst) nahe stehenden Person belohnt. Er wird dadurch in die Lage versetzt, von ihm missbilligtes Verhalten seines Enkels – das die hohe Schwelle für Enterbungsgründe nicht erreicht – wenigstens durch die Entziehung des halben Pflichtteils zu sanktionieren. Dieses Problem hat sich freilich schon bisher gestellt. Neu ist jedoch der Wertungswiderspruch, dass der Großvater, der wie der Vater keinen Kontakt mit seinem Enkel gewünscht hat, kein Recht der Pflichtteilsminde rung zu Lasten eines ihm völlig Unbekannten hat.

Ein Minderungsrecht der Großeltern besteht – wie vor dem KindRÄG 2001 – nicht, wenn zwischen Vater und Sohn guter Kontakt bestand, selbst wenn der Enkel den Kontakt zu den Großeltern abgelehnt hat. Ebenso wenig kann in einem solchen Fall der Enkel den Pflichtteil seiner Großeltern mindern, was sogar dann gilt, wenn diese es abgelehnt haben, den Enkel zu sehen (da zwar Abs 3 erfüllt ist, nicht aber Abs 1).

#### 4. Lösungsmöglichkeiten

##### a) Materielle Derogation des Abs 1

Denkbar wäre, dass der Gesetzgeber durch die Einführung des Abs 3 vom Regelungskonzept des Abs 1 abgehen und nunmehr überhaupt das Verhältnis Erblasser – Pflichtteilsberechtigter in den Mittelpunkt rücken wollte, so dass dem Abs 1 durch Abs 3 zum Teil materiell derogiert worden wäre. Dies hätte zur Folge, dass Abs 1 anders gelesen werden müsste: „Standen der Erblasser und sein Pflichtteilsberechtigter zu keinem Zeitpunkt in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen ihnen gewöhnlich besteht, so mindert sich der Pflichtteil des Pflichtteilsberechtigten dem Erblasser gegenüber, wenn dieser es anordnet, auf die Hälfte.“ Die Erstreckung der Minderungsfolgen auf Aszendenz und Deszendenz müsste entfallen, weil es ohnehin immer auf den Erblasser und den Pflichtteilsberechtigten ankäme. Damit könnte man sich Unstimmigkeiten, die sich durch das alleinige Abstellen auf das Eltern-Kind-Verhältnis ergeben, ersparen. Allerdings fehlen Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber eine solche Lösung tatsächlich beabsichtigt hat; damit würden erst recht Verwandtschaftsverhältnisse zum Gegenstand der Prüfung, deren „Gewöhnlichkeit“ schwerer zu beurteilen ist als das Verhältnis zwischen Elternteil und Kind.

##### b) Miteinbeziehung des Verhältnisses Erblasser – Pflichtteilsberechtigter

Nimmt man den Gesetzgeber beim Wort, so kommt es auf die Weigerung des Erblassers an, Kontakt zu pflegen. Die Konsequenzen wurden soeben skizziert: wer den Kontakt verweigert, darf nicht mindern, wer (früher) in bestem Einvernehmen mit dem Noterben stand, schon. Um diesen Wertungswiderspruch zu beseitigen, dürfte man nicht nur, wie Abs 3 normiert, darauf abstellen, ob eine Verweigerung des Kontaktes vorlag, sondern müsste mE – wie im Verhältnis zwischen Elternteil und Kind nach Abs 1 – zuerst prüfen, ob jemals ein Naheverhältnis zwischen Erblasser und Noterben bestanden hat. Erst wenn dies verneint wird, kann es eine Rolle spielen, ob der Kontakt einverständlich nicht stattgefunden hat oder ob ein Beteiligter ihn grundlos abgelehnt hat.

Dies würde dann zu einer „zweistufigen Prüfung“ führen. Zunächst wäre immer zu klären, ob jemals zwischen Elternteil und Kind ein Naheverhältnis vorhanden war (Abs 1). Wird dies bejaht, scheidet jegliche Pflichtteilsminde rung aus. Verneint man das Naheverhältnis, stellt sich die Frage, ob zwischen Erblasser und Noterben ein Naheverhältnis bestand. Bejaht man dies, scheidet eine Pflichtteilsminde rung wiederum aus. Verneint man das Naheverhältnis, gilt es herauszufinden, ob der Erblasser das Recht auf Kontakt grundlos abgelehnt hat (Abs 3). Bejaht man dies, gibt es wieder keine Pflichtteilsminde rung. Nur wenn der Kontakt vom Erblasser nicht grundlos abgelehnt wurde, kann er den Pflichtteil herabsetzen.

Diese Lösung entspricht dem Wortlaut des Gesetzes am ehesten. Ein weiterer Vorteil wäre, dass die Minderungs möglichkeit der Großeltern trotz eines bestehenden Naheverhältnisses zum Enkel wegfielen, die im alten Recht auch den Befürwortern des Abstellens auf das Eltern-Kind-Verhältnis Unbehagen bereitete<sup>23</sup>. Der Nachteil dieser Lösung liegt wiederum in der Notwendigkeit der vom Gesetzgeber ursprünglich vermiedenen Prüfung entfernterer Verwandtschaftsbeziehungen. Hier wiegt dieser Nachteil allerdings weniger schwer, als wenn man stets nur das Verhältnis zwischen Erblasser und Noterben in Betracht zöge, da durch das primäre Abstellen auf das Eltern-Kind-Verhältnis viele Fälle schon auf dieser Ebene entschieden werden können. Erst wenn hier ein Naheverhältnis verneint würde, käme es zur Prüfung des Verhältnisses zwischen Erblasser und Noterbe.

##### c) Reduktion des Abs 3

Dem Gesetzgeber waren diese Probleme bei Erlassung des Abs 3 nicht bewusst, er hatte – wie die Mat zeigen – immer nur Elternteil oder Kind als Erblasser vor Augen. Abhilfe ließe sich daher auch durch die Annahme schaffen, dass der Gesetzgeber, wenn er in Abs 3 vom „Erblass-

<sup>23</sup> *Welser*, NZ 1990, 140 („für inkonsequent könnte man halten“); *Schauer*, RdW 1990, 73 („man mag es bedauern“); *Zankl*, JAP 1990/91, 121 (über die ratio legis hinausgehend).

ser“ spricht, nur Personen aus dem Kreis des Abs 1 meint, also Elternteil oder Kind. Damit wäre für die Frage der Zulässigkeit der Pflichtteilsminderung weiterhin nur das Eltern-Kind-Verhältnis relevant. In diesem Verhältnis wäre auch die Begründetheit der Verweigerung des persönlichen Umganges zu prüfen. Bestand zB zwischen Vater und Kind nie ein Verhältnis, weil der Vater den Umgang abgelehnt hat, könnte auch der Großvater nicht mindern, das Kind hingegen sowohl gegenüber seinem Vater als auch seinem Großvater vom Minderungsrecht Gebrauch machen. Durch die Bezugnahme auf das Eltern-Kind-Verhältnis würde der ursprünglichen Konstruktion des historischen Gesetzgebers, die den Gerichten die Beurteilung entfernterer Verwandtschaftsverhältnisse erspart hat, Rechnung getragen. Auch aus dem Regelungszusammenhang des KindRÄG 2001 lässt sich ein Argument für diese Lösung ableiten. Die Mat meinen, derjenige solle nicht belohnt werden, der den Kontakt trotz bestehender gesetzlicher Verpflichtung ablehne, „resultierend aus § 137a und § 148 Abs 1“<sup>24</sup>. § 137a ABGB regelt den Eingriff in elterliche Rechte und dürfte ein Fehlzitat sein; gemeint war uU § 137 ABGB, der allgemein die leitenden Grundsätze des Kindschaftsrechts normiert<sup>25</sup>. § 148 ABGB hingegen regelt konkret das Recht auf persönlichen Verkehr und normiert wechselseitige Besuchsrechte zwischen Eltern und Kindern in Abs 1 und zwischen Großeltern und Enkeln in Abs 3. Wenn das Gesetz von Besuchspflichten spricht, die der Erblasser verletzt und dabei in den Mat nur auf § 148 Abs 1 verweist, lässt das den Rückschluss zu, dass damit nur Besuchspflichten zwischen Eltern und Kindern gemeint sind und dass es bei der in § 773a Abs 3 ABGB relevanten Verweigerung des Besuchsrechts nicht um die Großeltern geht, so dass diese auch in Abs 3 aus der Betrachtung auszuschneiden wären.

Durch diese Lösung könnte allerdings nicht das Minderungsrecht der Aszendenten des Elternteils gegenüber dem Kind trotz Vorliegens eines entsprechenden Naheverhältnisses zwischen diesen Personen beseitigt werden. Dieses Problem ist jedoch ohnehin eine Folge der ursprünglichen Konzeption des § 773a ABGB, für dessen Gestaltung gute Gründe sprachen<sup>26</sup>. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber daran durch das KindRÄG 2001 etwas ändern wollte. Wie gleich zu zeigen ist, wird diese Unstimmigkeit durch die Frage, wann eine Verweigerung als unbegründete Ablehnung des persönlichen Kontaktes zum Ausschluss des Minderungsrechtes führt, praktisch entschärft.

#### d) Ergebnis

Jede der aufgezeigten Varianten ist ein denkmöglicher und vertretbarer Lösungsweg. Das Fehlen jeglichen Pro-

blembewusstseins auf Seiten des Gesetzgebers macht es schwer, sich für eine der Lösungen zu entscheiden. Die materielle Derogation des Abs 1 bedeutete die völlige Aufgabe des ursprünglichen Konzepts. Dass der Gesetzgeber dies gewollt hat, darf bezweifelt werden. Ein zweistufiges Prüfungsschema entspräche zwar am ehesten dem Gesetzeswortlaut, der dabei jedoch ebenfalls einer Korrektur bedürfte, da mE zur Vermeidung willkürlicher Ergebnisse vor der Prüfung der Verweigerung nach Abs 3 die vom Gesetzeswortlaut nicht vorgegebene Frage nach dem Naheverhältnis von Erblasser und Noterben gestellt werden müsste. Geht man schließlich davon aus, dass Abs 3 iSd Abs 1 zu verstehen ist, muss der Begriff des „Erblassers“ restriktiv gelesen werden. Trotzdem dürfte diese Variante sowohl den Intentionen des KindRÄG 2001 als auch der Erbrechtsreform 1989 am besten entsprechen. Die Voraussetzungen der Pflichtteilsminderung sind daher ausschließlich im Eltern-Kind-Verhältnis zu prüfen und wirken auch für Aszendenten der Eltern und Deszendenten der Kinder. Relevant ist nur die Verweigerung von Elternteil oder Kind, Kontakt zu haben.

### 5. Grundlose Verweigerung des persönlichen Verkehrs

Nach den Erl will das Gesetz die Entscheidung zweier Personen, keinen Kontakt miteinander zu pflegen, zwar „akzeptieren“, aber der vorschnellen Ablehnung des Rechts auf persönlichen Verkehr durch den nicht betreuenden Elternteil, aber auch durch das Kind vorbeugen. Der Ausschluss des Minderungsrechtes bei grundloser Verweigerung des Rechts auf persönlichen Verkehr soll also sowohl den Elternteil als auch das Kind als Erblasser treffen<sup>27</sup>.

Denkbar sind zwei Konstellationen: entweder weigert sich ein Elternteil, den Wunsch seines Kindes nach Kontakt zu erfüllen, oder das Kind weigert sich, den Elternteil zu sehen. Diese beiden Fallvarianten können – *lege non distinguente* – jeweils mit noch minderjährigen oder bereits volljährigen Kindern überlegt werden.

#### a) Weigerung des Elternteils gegenüber dem minderjährigen Kind

Auch wenn das Gesetz neutral formuliert ist und mehrere Varianten erfasst, kann davon ausgegangen werden, dass die Regelung um des Falles wegen geschaffen wurde, dass sich ein Elternteil weigert, zu seinem minderjährigen Kind in ein Verhältnis zu treten. Als Elternteil wird dabei hauptsächlich der Vater in Frage kommen. Das Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr (§ 148 Abs 1) steht daher im Mittelpunkt des § 773a Abs 3 ABGB. Die Sanktion leuchtet – wenn man das ursprüngliche Konzept des § 773a als „verschuldensunabhängiges Minderungsrecht“ aufgibt – auch durchaus ein.

<sup>24</sup> EB RV 296 BlgNR 21. GP 82.

<sup>25</sup> *Schwimmann in Schwimmann*<sup>2</sup> § 137 Rz 1, spricht von einer Präambel des Kindschaftsrechts.

<sup>26</sup> Siehe bei FN 16.

<sup>27</sup> EB RV 296 BlgNR 21. GP 82.

Wer trotz bestehender gesetzlicher Verpflichtung und entgegen dem Wunsch des eigenen Kindes keinen Umgang mit seinem Kind haben will, braucht eine besondere Rechtfertigung, um das Minderungsrecht zu behalten. Es stellt sich allerdings die Frage, wann die Weigerung eines Elternteiles, jemals mit seinem minderjährigen Kind Umgang zu pflegen, nicht grundlos ist, wenn das Kind sich Umgang wünscht<sup>28</sup>. Die Zulässigkeit der Pflichtteilsminderung setzt voraus, dass „zu keiner Zeit“ ein Naheverhältnis bestanden hat, so dass spätere Enttäuschungen im Verhältnis zwischen Elternteil und Kind unberücksichtigt bleiben müssen, aber uU Anlass zur Enterbung geben können.

Wenn jemand sein minderjähriges Kind nicht sehen will, mag er dafür manche Gründe haben, aber eine vom Gesetz gebilligte Rechtfertigung dafür wird meist fehlen. Die Reputation, das wirtschaftliche Fortkommen usw. gehören jedenfalls nicht dazu. Vom Gesetz werden jedenfalls solche Gründe gebilligt werden, die im Wohle des Kindes liegen. Verweigert zB ein Elternteil dem Kind den Kontakt um des Kindes willen, zB weil er schwer krank ist und dem Kind durch den Kontakt körperlicher oder seelischer Schaden entstehen könnte, bleibt das Minderungsrecht bestehen. Dass jemand, der solcherart seine Kinder schützen will, gleichzeitig den Pflichtteil zu mindern beabsichtigt, ist allerdings nicht wahrscheinlich. Es sind wohl auch seltene Fälle denkbar, in denen dem Elternteil der Kontakt nicht zuzumuten ist, etwa wenn er physisch oder psychisch nicht dazu in der Lage ist, mit seinem Kind konfrontiert zu werden. Eine begründete Weigerung ist beim Elternteil aber jedenfalls die Ausnahme.

### b) Weigerung des minderjährigen Kindes

Mit dem Recht des Kindes auf Umgang korrespondiert das Recht des Elternteils, der mit dem minderjährigen Kind nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, mit ihm persönlich zu verkehren (§ 148 Abs 1 ABGB). Die Regelung über das Besuchsrecht sollen Eltern und Kind im Einvernehmen treffen (§ 148 Abs 1 ABGB), das Gericht hat auf eine gütliche Einigung hinzuwirken (§ 182e Abs 1 AußStrG). Kann eine solche nicht erzielt werden, entscheidet das Gericht. § 185b AußStrG schließt aber aus, dass gegen den Willen eines mündigen Minderjährigen eine Besuchsregelung festgesetzt wird; anderes gilt beim Unmündigen<sup>29</sup>.

Nach dem Gesetzeswortlaut behalten auch Kinder das Minderungsrecht nur, wenn sie den Kontakt nicht grundlos verweigert haben. Wenn ein Unmündiger sich trotz der gegen seinen Willen ergangenen Besuchsregelung weigert, Kontakt zu pflegen, würde daher § 773a ABGB

eingreifen, doch kommt eine Minderung mangels Testierfähigkeit des Unmündigen ohnedies noch nicht in Frage, der Ausschluss des Minderungsrechts wäre also präventiv. Ebenso müsste dem Mündigen, der „aus eigener Überzeugung ausdrücklich die Ausübung des persönlichen Verkehrs“ ablehnt (§ 185b AußStrG), das Minderungsrecht genommen werden. Dabei darf aber der Ausgangspunkt des § 773a ABGB nicht aus den Augen verloren werden, der darin liegt, dass zu keiner Zeit ein Naheverhältnis Bestand hatte, wie es zwischen Eltern und Kindern üblicherweise besteht. Das Kind verschließt sich also einem völlig Fremden, dafür soll ihm die Möglichkeit der Pflichtteilsminderung genommen werden. Die Abwegigkeit dieser Rechtsfolge liegt auf der Hand. Tatsächlich ist aber eine „grundlose Verweigerung“ beim Kind nur schwer vorstellbar, das Kind wird sein Minderungsrecht daher meist behalten. Da der Mangel eines Naheverhältnisses nur anzunehmen ist, wenn das Kind „zu keiner Zeit“ tatsächlich unter der Obsorge des Elternteiles gestanden ist, wird in einem solchen Fall nämlich meistens ein ausreichender Grund vorliegen, auch später den Kontakt abzulehnen. Dies scheint ganz eindeutig für Fälle, in denen der Elternteil sich – aus Sicht des Kindes – vorwerfbar verhalten hat. Es ist zB zu respektieren, wenn ein Kind sich weigert, mit der leiblichen Mutter Umgang zu pflegen, die es zur Adoption freigegeben hat. Doch kann es auch in Fällen, in denen sich der jeweilige Elternteil nicht vorwerfbar verhalten hat – zu denken wäre etwa daran, dass der Vater erst zu einem späteren Zeitpunkt von der Existenz seines Kindes erfährt und dann Kontakt will –, dem Kind nicht verübelt werden, wenn es den ihm „Fremden“ nicht sehen will. Einerseits sollten in Anbetracht des Alters und der beschränkten Einsichtsfähigkeit an die mangelnde Kooperation des Kindes keine Rechtsfolgen geknüpft werden, andererseits ist also ein Ausschluss des Minderungsrechts meist nicht zu rechtfertigen, da die Ablehnung von Kontakt im Regelfall begründet sein wird.

### c) Weigerung des volljährigen Kindes

Der Volljährige verfügt typisch über eine größere Einsichtsfähigkeit. Man könnte es ihm daher eher zum Vorwurf machen, wenn er den Umgang verweigert. Doch auch das überzeugt nicht. Wenn die Mat von der Pflicht zum Umgang sprechen, verweisen sie auf § 148 ABGB, der ausdrücklich Minderjährige zum Gegenstand hat. In § 773a Abs 3 ABGB geht es um ein subjektives Recht auf persönlichen Verkehr, das zwischen Erwachsenen nicht besteht<sup>30</sup>. Ist das Kind volljährig, haben die Eltern keinen Anspruch auf Umgang. Doch selbst wenn man davon absieht, muss man sich wieder den Ausgangstatbe-

<sup>28</sup> Diesen Fall haben die Mat aber vor Augen, 296 BlgNR 21. GP 82.

<sup>29</sup> Ein Instrumentarium zur Überwindung von anfänglichen Schwierigkeiten sieht das Gesetz etwa durch die Besuchsbegleitung vor, § 185c AußStrG.

<sup>30</sup> Die Beistandspflicht, die aus dem Eltern-Kind-Verhältnis entspringt, gilt freilich auch zwischen Erwachsenen, *Schwimmann* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 137 Rz 4; *Stabentheiner* in *Rummel*<sup>3</sup> § 137 Rz 6. § 773a ABGB hat jedoch nicht allgemeine Beistandspflichten, sondern spezifische Umgangsrechte zum Gegenstand.

stand des § 773a vor Augen halten: entsprechender Kontakt hat nie bestanden. Will man von einem Dreißigjährigen erwarten, mit einem plötzlich in sein Leben tretenden „Elternteil“ Umgang zu pflegen, in der Hoffnung, es würde daraus noch ein „Verhältnis, wie es zwischen Eltern und Kindern in der Familie gewöhnlich besteht“? Selbst wenn das nicht ohnehin schon ausgeschlossen ist, kann nicht verlangt werden, dass das Kind dem Kontakt zustimmt. Es ist jedenfalls nicht zumutbar, hier eine Pflicht zum Umgang anzunehmen, deren Verletzung dazu führt, dass einem Fremden der Pflichtteil nicht gekürzt werden darf.

#### d) Weigerung des Elternteils gegenüber dem volljährigen Kind

Fraglich ist, wie die Weigerung eines Elternteils gegenüber seinem bereits volljährigen Kind zu beurteilen ist.

Diese auf den ersten Blick unbedeutende Frage birgt die größten Probleme. Denn auch ein „erwachsenes Kind“ kann großes Interesse daran haben, seine leiblichen Eltern kennen zu lernen. Dieses Interesse wird meist nicht geringer, wenn der unbekanntete Elternteil in der Zwischenzeit Vermögen angehäuft hat und es daher wesentlich ist, ob das Kind zumindest den Pflichtteil oder auch davon nur die Hälfte erhält. Der Wortlaut des Gesetzes unterscheidet nicht zwischen Erwachsenen und Kindern. Doch auch hier ist zu bedenken, dass die Pflicht zum Umgang, die § 773a ABGB nach seinem Wortlaut und nach den Mat vor Augen hat, nicht gegenüber Erwachsenen besteht (§ 148 Abs 1 ABGB). Auch wenn die Mat meinen, es solle der allzu schnellen Ablehnung von Kontakt durch den *nicht betreuenden Elternteil* vorgebeugt werden, ist das ein deutliches Indiz auf den teleologischen Hintergrund: Es geht nicht um Volljährige, sondern um den Schutz Minderjähriger, die ein Recht auf eine Beziehung mit ihren Eltern haben. § 773a Abs 3 ABGB fördert ja nicht den Kontakt als Selbstzweck, sondern will verhindern, dass durch dessen Ablehnung die Entstehung eines Naheverhältnisses unmöglich wird, wie es zwischen Eltern und Kindern üblicherweise besteht. Dieser Zweck des „Wachsens eines familiären Verhältnisses durch Kontakt“ ist jedoch bei volljährigen Kindern nicht mehr so natürlich. Wer mit dreißig Jahren seinen Vater noch nie gesehen hat, wird zumindest nicht typischerweise zu ihm ein Verhältnis aufbauen, wie das zwischen Vater und Kind üblich ist. Es spricht daher vieles dafür, die Weigerung eines Elternteils gegenüber seinem volljährigen Kind sanktionslos zu lassen. Die Mat und der Regelungszusammenhang bieten dafür hinreichend Anhaltspunkte.

#### e) Ergebnis

Praktisch erfasst § 773a Abs 3 ABGB nur die Weigerung eines Elternteiles, sein minderjähriges Kind zu sehen. Eine Begründung für die Verweigerung von Kontakt kann

in solchen Fällen jedenfalls nicht in Motiven wie dem Schutz der Reputation, des wirtschaftlichen Fortkommens uä liegen. Die Weigerung eines minderjährigen oder volljährigen Kindes, zu einem Elternteil in Verbindung zu treten, wird gewöhnlich nicht zum Ausschluss des Minderungsrechts führen. Dasselbe gilt für die Weigerung eines Elternteiles, Umgang mit seinem bereits volljährigen Kind zu pflegen, da die Tatbestandsvoraussetzung eines „Rechts auf persönlichen Verkehr“ fehlt.

#### D. § 805 – Antritt der Erbschaft

§ 805 bestimmt, dass Personen, die ihre Rechte selbst verwalten können, die Erbschaft unbedingt oder mit Vorbehalt des Inventars antreten oder sie ausschlagen können. Der durch das KindRÄG 2001 aufgehobene Satz 2 enthielt den Hinweis, dass Vormünder und Kuratoren „die am gehörigen Ort (§ 233 ABGB) erteilten Vorschriften zu befolgen“ haben. Da § 233 ABGB schon durch das KindG aufgehoben wurde und die Beachtung der entsprechenden Vorschriften (§ 154 ABGB) von vornherein keiner besonderen Anordnung in § 805 bedurft hätte, wurde § 805 Satz 2 ABGB als „in jeder Hinsicht entbehrliche“ Norm „ohne eigenen Regelungsgehalt“ aufgehoben<sup>31</sup>. Eine Änderung der Rechtslage folgt daraus nicht. Die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft bedarf bei Minderjährigen der Zustimmung beider Elternteile und des Gerichts (§ 154 Abs 3 ABGB), bei Personen, denen ein Sachwalter bestellt wurde, der Zustimmung des Sachwalters und des Gerichts (§ 282 iVm § 154 Abs 3 ABGB).

#### E. Zusammenfassung

Die punktuellen erbrechtlichen Änderungen des KindRÄG 2001 sind bis auf § 773a Abs 3 ABGB unproblematisch. Der in § 773a ABGB hineingetragene Widerspruch ist am ehesten dadurch aufzulösen, dass auch in Abs 3 auf das Verhältnis zwischen dem Elternteil und dem Kind abgestellt wird und eine Verweigerung des persönlichen Kontaktes nur in diesem Verhältnis relevant ist. Bestand also zwischen Elternteil und Kind zu keinem Zeitpunkt ein Verhältnis, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht, dürfen der Elternteil oder dessen Aszendenten dem Kind oder dessen Deszendenten den Pflichtteil mindern, wenn der Elternteil den Kontakt nicht grundlos abgelehnt hat. Dasselbe gilt im umgekehrten Verhältnis mit dem Kind oder dessen Deszendenten als Erblasser. Die Einschränkung des Minderungsrechts bei grundloser Ablehnung des persönlichen Kontaktes wird aber, von Ausnahmen abgesehen, meist nur im Verhältnis eines Elternteils zu seinem minderjährigen Kind praktisch sein.

<sup>31</sup> EB RV 296 BlgNR 21. GP 82.