heikel, und das Risiko der Beweisunklarheit müßte natürlich der tragen, der ein Wertvorrecht behauptet. In vielen Fällen, in denen man nicht genau weiß, wie sich ein Erwerb auf das Vermögen ausgewirkt hat, ist kaum zu helfen, und es bleibt bei der Gleichbehandlung der Gläubiger. Aber es soll nicht das Bessere der Feind des Guten sein und manchmal kann man im Sinne der zitierten Entscheidung helfen.

Ich konnte natürlich nicht alle die vielen Fälle vorführen, die das Hauptthema unmittelbar berühren, sondern habe mich nur auf besonders Wichtiges beschränkt. Die Problematik, daß ein Beteiligter in den besprochenen Dreiecksverhältnissen ohne zureichenden Grund auf Kosten eines anderen bereichert wird, ist jedenfalls vorhanden, und ich habe nur versucht, an einigen Beispielen darzulegen, daß es vielleicht doch möglich ist, der angemessenen Lösung der schwierigen Aufgabe näherzukommen, wenn man auf zu primitive Einheitsantworten verzichtet.

Dr. **Manfred Umlauft**, Bludenz

Die Pflichtteilsminderung im Lichte des Repräsentationsrechtes

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat mit der Erbrechtsnovelle 1989 (BGBl 1989/656) die Möglichkeit der Pflichtteilsminderung auf die Hälfte des „gewöhnlichen" Pflichtteiles geschaffen. Voraussetzung hiefür ist, daß

- zwischen einem Elternteil und seinem Kind zu keiner Zeit ein familiäres Naheverhältnis bestanden und
- der Erblasser die Pflichtteilsminderung letztwillig angeordnet hat (§ 773a ABGB).

Bisher haben sich mehrere Autoren mit der Frage der Pflichtteilsminderung beschäftigt und sind im wesentlichen zu übereinstimmenden Interpretationsergebnissen gelangt[1]).

II. Die Meinung Zemens

Unlängst hat *Zemen* eine einschlägige Arbeit über die Pflichtteilsminderung publiziert[2]). *Entgegen der bisher einhelligen Meinung*[3]) kommt er in seiner Arbeit zu folgenden Ergebnissen:

1. Trotz des Wortlautes des § 773a Abs 1 ABGB kann ein Erblasser den Pflichtteil seines Enkels dann nicht mindern, wenn zwar zwischen dem Enkel und seinem die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnden Elternteil oder zwischen diesem die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnden Elternteil und dem Erblasser nie ein familiäres Naheverhältnis bestanden hat, aber ein solches Naheverhältnis zwischen dem Erblasser und dem betreffenden Enkel besteht. Das gleiche gilt nach *Zemen* auch für die Vorfahren[4]): Ein Erblasser kann den Pflichtteil eines Großelternteiles dann nicht mindern, wenn zwar zwischen diesem und seinem die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnden Nachkommen oder zwischen diesem die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnden Nachkommen und dem Erblasser nie ein familiäres Naheverhältnis bestanden hat, aber ein solches zwischen dem Erblasser und dem betreffenden Großelternteil besteht.

2. Die Pflichtteilsminderung ist ausdrücklich anzuordnen[5]).

3. Bezüglich des § 779 Abs 2 ABGB, wonach die Nachkommen eines vorverstorbenen Noterben, dessen Pflichtteil gemindert worden ist, ebenfalls nur den geminderten Pflichtteil fordern können, vertritt *Zemen* die Ansicht,

- daß diese Bestimmung in der Weise einschränkend auszulegen ist, daß im „vorverstorbenen Noterben" nur ein Kind ersten Grades und mit den „Nachkommen" des Noterben wiederum nur Abkömmlinge ersten Grades des betreffenden Noterben, also nur Enkel des Erblassers, zu verstehen sind[6]), und
- daß § 779 Abs 2 ABGB nicht analog auf die Vorfahren eines vorverstorbenen Elternteiles, welcher auf den geminderten Pflichtteil gesetzt wurde, zu erstrecken ist[7]).

Zemen geht von der Annahme aus, daß unser Erbrechtssystem einheitlich vom Prinzip des formellen Eintrittsrechtes geprägt ist[8]). Beim formel-

---

[1]) *Welser*, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 137 ff; *Schauer*, Neues Erbrecht ab 1991, RdW 1990, 70 ff; *Zankl*, Das neue Erbrecht im Überblick, JAP 1990/91, 118 ff; *Paliege*, Neues im österr Erbrecht, ZfRV 1991, 169 ff; *Umlauft*, Pflichtteilsminderung nach § 773a ABGB, NZ 1990, 143 ff; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III Ergänzung (1992) Rz 1 ff zu § 773a und Rz 1 ff zu § 779 nF; *Welser* in *Rummel*[2] II Rz 1 ff zu § 773a und Rz 5 ff zu § 779 nF (erscheint demnächst).

[2]) Die Pflichtteilsminderung im Parentelensystem, JBl 1992, 220 ff.

[3]) Siehe FN 1.

[4]) JBl 1992, 227 f.

[5]) JBl 1992, 228.

[6]) JBl 1992, 228 f.

[7]) JBl 1992, 229.

[8]) JBl 1992, 224 ff; Die gesetzliche Erbfolge nach der Familienrechtsreform (1981) 21 ff; Erbsentschlagung und Eintrittsrecht der Nachkommen, JBl 1983, 617 ff; Zu den Wirkungen des Erbverzichts auf die Nachkommen, JBl 1990, 500 ff.

len Eintrittsrecht ist der Eintrittsberechtigte *aus eigenem Recht* zur Erbschaft berufen. Er ist gänzlich unabhängig von der erbrechtlichen Position desjenigen, an dessen Stelle er tritt. Hinderungsgründe und sonstige „erbrechtliche Belastungen" in der Person des Repräsentierten wirken nicht auf die Erbberechtigung des Eintrittsberechtigten. Nach dem Prinzip des formellen Eintrittsrechtes ist für die erbrechtliche Beurteilung allein das Verhältnis zwischen dem Eintrittsberechtigten und dem Erblasser maßgebend. Er übernimmt also nicht die materielle erbrechtliche Position des Repräsentierten, wie dies beim Prinzip des materiellen Repräsentationsrechtes der Fall ist, sondern nur den Umfang der Erbquote[9]).

Indem *Zemen* das formelle Eintrittsrecht als ein unser Erbrecht durchdringendes, grundlegendes Wesensmerkmal ansieht, lehnt er das Rechtsinstitut der Pflichtteilsminderung in seiner vom Gesetzgeber vorgenommenen Ausgestaltung als diesem Grundprinzip widersprechend und daher als unpassend ab[10]). Dies vor allem deshalb, weil die Pflichtteilsminderung

- einerseits auch auf die Nachkommen des Kindes, welches auf den geminderten Pflichtteil gesetzt wurde, wirke (§ 779 Abs 2 ABGB) und
- andererseits nach dem Wortlaut des § 773a ABGB der Erblasser den Pflichtteil eines Enkels oder eines Großelternteiles auch dann mindern könne, wenn er mit dieser Person ein normales familiäres Verhältnis habe oder gehabt habe; Voraussetzung ist nämlich nach dem Gesetzeswortlaut und dem Justizausschußbericht (JAB)[11]) nur das mangelnde Naheverhältnis zwischen der auf den geminderten Pflichtteil gesetzten Person und seinem die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnden Verwandten.

Dieser Befund veranlaßt *Zemen,* für eine stark einschränkende Interpretation der Bestimmungen der §§ 773a, 779 Abs 2 ABGB einzutreten. Er kommt auf diesem Wege zu seinen oben zu 1. bis 3. referierten Ergebnissen[12]).

III. Auseinandersetzung mit der Meinung Zemens

Die Basis für die Ansicht *Zemens* ist seine Annahme, daß das österr Erbrecht vom fundamentalen Grundsatz des formellen Eintrittsrechtes geprägt und das materielle Repräsentationsprinzip ein „abgestorbenes Institut" sei, das sich „vollständig überlebt" habe[13]). Diese Annahme hat für die von *Zemen* erzielten Ergebnisse tragende Bedeutung. Denn die von ihm vorgeschlagene teleologische Reduktion der vorgenannten Bestimmungen basiert ja darauf, daß diese Gesetzesnormen angeblich im Widerspruch zu einem erbrechtlichen Grundprinzip (formelles Eintrittsrecht) stehen, also einer Grundwertung unseres Erbrechtes widersprechen und deshalb einschränkend ausgelegt werden müssen[14]).

Allerdings erweist sich die Annahme *Zemens* daß das formelle Eintrittsrecht ein *einheitliches* Prinzip unseres Erbrechtes sei, als nicht begründet.

Es ist richtig, daß anläßlich der III. Teilnovelle 1916 das Erb- und Pflichtteilsrecht der Nachkommen eines Erbunwürdigen (§ 541 ABGB) und eines rechtmäßig Enterbten (§ 780 ABGB) vom Gesetzgeber im Sinne des formellen Eintrittsrechtes geregelt wurde[15]). Hingegen ist der Gesetzgeber beim § 551 ABGB beim materiellen Repräsentationsrecht geblieben: Nach der ursprünglichen Fassung dieser Bestimmung hat ein Erbverzicht zwingend auch auf die Nachkommen gewirkt und somit deren Erbrecht nach dem Erblasser beseitigt. Durch die III. Teilnovelle 1916 wurde § 551 letzter Satz ABGB insoweit geändert, als ein solcher Verzicht auch auf die Nachkommen wirkt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Aus der ursprünglich zwingenden Bestimmung wurde nunmehr also eine Dispositivnorm[16]). Die Ausgestaltung dieser Norm läßt aber klar erkennen, daß sie viel näher beim materiellen Repräsentationsrecht als beim formellen Eintrittsrecht angesiedelt ist („Eine solche Verzichtleistung wirkt, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch auf die Nachkommen."). Dies wird von *Zemen* zwar grundsätzlich anerkannt, gleichzeitig mißt er jedoch diesem Umstand keine besondere Bedeutung bei, indem er diese Bestimmung als eine „systemfremde Singularität" bezeichnet[17]).

Von den §§ 541 (Erbunwürdigkeit), 780 (Enterbung) und 551 letzter Satz ABGB (Erbverzicht) ist – von der Häufigkeit der Anwendung her betrachtet – die Bestimmung des § 551 letzter Satz ABGB die bedeutendste. Wenn der Novellengesetzgeber des Jahres 1916 diese drei Bestimmungen *gemeinsam* geändert und dabei die wichtige Bestimmung des § 551 letzter Satz ABGB nach wie vor im Sinne des materiellen Repräsentationsprinzipes ausgestaltet hat, so kann diese Tatsache nicht als Bedeutungslosigkeit abgetan werden.

Wenn auch die gesetzliche Regelung des § 551 letzter Satz ABGB, wonach der Erbverzicht mangels anderer Vereinbarung auch auf die Nachkommen des Verzichtenden wirkt, mitunter dann als unbefriedigend angesehen wird, wenn für den Verzicht keine Abfindung geleistet wird[18]), so muß doch betont werden, daß der weitaus überwiegende Teil der Erbverzichte gegen Abfindung erfolgt[19]). In

[9]) Vgl nur *Zemen,* JBl 1992, 224 f.
[10]) JBl 1992, 226.
[11]) JAB 1158 BlgNR 17. GP, 6.
[12]) JBl 1992, 226 ff.
[13]) *Zemen,* JBl 1992, 226.
[14]) *Zemen,* JBl 1992, 226 f.
[15]) *Ehrenzweig-Kralik,* Erbrecht[3], 65; *Weiß* in *Klang*[2] III 101.
[16]) *Zemen,* JBl 1992, 225.
[17]) *Zemen,* JBl 1992, 225.
[18]) *Koziol-Welser,* Grundriß[9] II 300; *Gschnitzer-Faistenberger,* Erbrecht[2], 53.
[19]) *Rheinbay,* Erbverzicht, Abfindung, Pflichtteilsergänzung (1983) 8; *Edenhofer* in *Palandt*[51] Rz 6 vor § 2346 BGB.

diesen Fällen erweist sich jedoch die gesetzliche Regelung als durchaus angemessen. Denn im Normalfall darf davon ausgegangen werden, daß die dem Verzichtenden geleistete Abfindung seinen Nachkommen später in irgendeiner Form wiederum zugute kommt[20]). Hätte der Verzicht keine Wirkung auf die Nachkommen, käme es zu einer ungerechtfertigten Doppelbegünstigung des betreffenden Stammes. Aus diesem Grund kann ich in § 551 letzter Satz ABGB keine grundsätzlich verfehlte Vorschrift erblicken. In meiner Ansicht werde ich noch durch folgende Überlegung bestärkt: Immer wieder wird sehr zu Recht betont, daß ein Unternehmer bzw Gesellschafter zu Lebzeiten bestrebt sein soll, den Übergang seines Unternehmens bzw seiner Gesellschaftsbeteiligung so zu regeln, daß nach seinem Ableben Streitigkeiten unter den Kindern möglichst vermieden werden können[21]). Dieser Appell ist deshalb besonders berechtigt, weil die Bewertung von Unternehmen und Gesellschaftsbeteiligungen noch weitaus schwieriger ist als zB jene von Wohnhäusern oder Hausrat. Ein sehr probates Mittel, den Vermögensübergang möglichst streitvermeidend zu regeln, stellt der Erb- und Pflichtteilsverzicht dar[22]). Von drei Kindern des Erblassers erhalten beispielsweise zwei Kinder sein Unternehmen schon zu Lebzeiten, das dritte Kind erhält eine Abfindung in bar. Alle Kinder verzichten auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht, sodaß nach dem Ableben des Erblassers keine Bewertungsprobleme in bezug auf das Unternehmen mehr auftreten und somit ein wesentlicher Streitfaktor beseitigt ist. Die Bereitschaft der Kinder, einen Erb- und Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung zu Lebzeiten der Eltern abzuschließen, ist erfahrungsgemäß größer als die zu einer vernünftigen, streitvermeidenden Erbauseinandersetzung nach dem Tod der Eltern. Könnte nun aber ein Verzichtsvertrag gem § 551 ABGB nicht auch mit Rechtswirksamkeit für die Nachkommen abgeschlossen werden, so wäre dieses Lösungsmodell kaum mehr praktikabel. Es mag eingewendet werden, daß ja Verzichtsverträge auch mit den Nachkommen der Kinder, also mit den Enkelkindern des Erblassers, abgeschlossen werden können. Dies scheitert jedoch in der Praxis meist daran, daß diese noch minderjährig sind und eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung demnach kaum erwartet werden kann. Außerdem ist nicht einmal bekannt, ob das Kind des Unternehmers später nicht noch weitere Nachkommen erhält, mit denen dann wiederum kein Verzichtsvertrag abgeschlossen ist. Die Regelung des § 551 letzter Satz ABGB erweist sich somit in ihrer jetzigen Ausgestaltung als sehr praktikabel und für das Gros der Fälle als durchaus sachgerecht.

Diese Ansicht wird auch durch einen Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland und in der Schweiz bestätigt. So wirkt in beiden Ländern der Erbverzicht auch auf die Nachkommen (§ 2349 BGB; Art 495 ZGB)[23]). Hingegen wirkt die Erbunwürdigkeit sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz – ebenso wie in Österreich – nicht auf die Nachkommen des Unwürdigen (§ 2344 BGB; Art 541 ZGB). Es zeigt sich also, daß auch die Erbrechtsordnungen dieser beiden Länder von keinem einheitlichen Eintrittsprinzip geprägt sind.

Im übrigen enthält unser Erbrecht eine weitere Bestimmung, die vom Geist des materiellen Repräsentationsrechtes geprägt ist: § 790 letzter Satz ABGB bestimmt, daß sich ein Enkel nicht nur die eigenen Vorempfänge, sondern auch jene seiner (vorverstorbenen) Eltern, welche er erbrechtlich repräsentiert, auf seinen Erbteil anrechnen lassen muß[24]). In diesem Fall übernimmt also das eintrittsberechtigte Enkelkind nicht nur die formelle Erbportion der vorverstorbenen Vorfahren, sondern auch deren Anrechnungspflichten, also insoweit auch die materielle erbrechtliche Position. Diese Bestimmung wird in keiner der bisherigen einschlägigen Arbeiten *Zemens*[25]) erwähnt, obwohl sie doch für die Beurteilung der Frage, inwieweit das österr Erbrecht vom formellen Eintrittsrecht oder vom materiellen Repräsentationsrecht beherrscht wird, von gewisser Bedeutung ist. Vergleichsweise haben sich auch in Deutschland jene Personen, die anstelle eines weggefallenen Erben treten, dessen Vorempfänge anrechnen zu lassen (§ 2051 BGB)[26]); dies gilt auch für die Anrechnung auf den Pflichtteil (§ 2315 BGB)[27]).

In diesem Zusammenhang ist es interessant, daß nicht einmal *Zemen* selbst das Prinzip des formellen Eintrittsrechtes in reiner Ausprägung durchzuhalten vermag. In einer jüngeren Arbeit[28]) tritt er nämlich dafür ein, den § 551 letzter Satz ABGB einschränkend dahingehend zu interpretieren, daß ein Pflichtteilsverzicht nicht auf die Nachkommen des Verzichtenden wirkt; eine dem Verzichtenden für den Pflichtteilsverzicht geleistete Abfindung hätten sich jedoch – wie *Zemen* als Vertreter des formellen Eintrittsrechtes erstaunlicherweise vorschlägt – seine Nachkommen auf ihren Pflichtteil anrechnen zu lassen. Also ein Eintrittsrecht mit Ausgestaltung in Richtung des materiellen Repräsentationsprinzipes!

Im Lichte dieser Tatsache wird – abgesehen von *Zemen* – von der Lehre, insb auch von der jüngeren, zu Recht einhellig die Ansicht vertreten, daß dem heutigen österr Erbrecht *kein einheitliches Prinzip*

---

[20]) *Koziol–Welser*, Grundriß[9] II 300; *Skibbe* in MünchKomm[2] Rz 1 zu § 2349 BGB.

[21]) Vgl nur *Damrau*, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge auf den Todesfall (1966) 67 ff (68).

[22]) *Damrau*, aaO 67 ff; *Lange–Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts[3] (1989) 126; *Kastner*, Aufsätze 175 ff (186).

[23]) *Lange–Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts[3], 135; *Skibbe* in MünchKomm[2] Rz 1 zu § 2349 BGB[24]); *Welser* in *Rummel*[2] Rz 2 zu §§ 790–793.

[25]) Siehe FN 8.

[26]) Für viele: *Skibbe* in MünchKomm[2] Rz 1 zu § 2051 BGB.

[27]) Für viele: *Skibbe* in MünchKomm[2] Rz 17 zu § 2315 BGB.

[28]) Zu den Wirkungen des Erbverzichts auf die Nachkommen, JBl 1990, 507.

über die Ausgestaltung des Repräsentationsrechtes zugrundeliegt[29]). Namentlich betont *Welser*[30]), daß trotz der grundsätzlichen Richtigkeit der Lehre vom formellen Eintrittsrecht auf Grund positiv-rechtlicher Anordnungen und kraft der Interessenlage Einschränkungen zu machen sind und daß daher die Prüfung des Eintrittsrechtes nur für bestimmte Fallkonstellationen möglich ist. Ähnlich führen auch *Eccher*[31]) und *Kralik*[32]) aus, daß mangels eines einheitlichen Prinzipes die Frage des Eintrittsrechtes nur von Fall zu Fall gelöst werden kann.

Nach richtigem Verständnis der Lehre vom formellen Eintrittsrecht ist zwar in entsprechend gelagerten Fällen vom formellen Eintrittsrecht auszugehen; auf Grund entsprechender Interessenlagen oder positiv-gesetzlicher Regelungen gibt es jedoch auch – und ich möchte hinzufügen: nicht wenige – Eintrittsfälle, die zu Recht nach dem materiellen Repräsentationsprinzip gesetzlich geregelt bzw in diesem Sinne entschieden sind.

Auch die Rsp geht keineswegs vom Prinzip des formellen Eintrittsrechtes in reiner Ausprägung aus[33]).

Gesetzlich nicht geregelt sind die Eintrittsfälle infolge absoluter Erbunfähigkeit, Erbsentschlagung und Ausschluß vom gesetzlichen Erbrecht durch negative letztwillige Verfügung. Die Lösung ist unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage der einzelnen Fallgruppe zu suchen, wobei bei der absoluten Erbunfähigkeit zu Recht vom formellen Eintrittsrecht ausgegangen wird[34]). Bei der negativen letztwilligen Verfügung ist zu erforschen, ob nach dem Willen des Erblassers auch die Nachkommen des ausgeschlossenen Erben erfaßt sind oder nicht; im Zweifel wird auch hier das formelle Eintrittsrecht zum Tragen kommen[35]).

Die bedeutendste Fallgruppe ist jene der Erbsentschlagung: Bei dieser Frage besteht nur Uneinigkeit darüber, ob eine Erbsentschlagung *im Zweifel* auch auf die Nachkommen des Ausschlagenden wirkt[36]). Mit Ausnahme von *Zemen*[37]) und *Hofmann-Wellenhof*[38]) besteht jedoch in Lehre und Rsp Einigkeit darüber, daß die Entschlagungserklärung *so gestaltet werden kann*, daß sowohl das Erb- als auch das Pflichtteilsrecht der Nachkommen des Entschlagenden beseitigt wird[39]).

Es zeigt sich somit, daß die geschilderten Fälle – also die gesetzlich geregelten und die ungeregelten – entweder vom Gesetz oder von der Rechtswissenschaft bzw Rsp sehr unterschiedliche Regelungen erfahren haben, teils im Sinne des formellen Eintrittsrechtes, teils im Sinne des materiellen Repräsentationsrechtes. Die differenzierten Lösungen sind im Hinblick auf die unterschiedlichen Interessenlagen sachgerecht und werden auch durch die bedeutenden Parallelen in Deutschland und in der Schweiz bestätigt. *Ein einheitliches Eintritts- oder Repräsentationsprinzip ist also unserem Erbrechtssystem nicht zu entnehmen.*

IV. Vergleich der Pflichtteilsminderung mit der Erbunwürdigkeit und der Enterbung

Gegen ein einheitliches Grundprinzip des österr Erbrechtes verstößt somit das neugeschaffene Institut der Pflichtteilsminderung trotz seiner Ausprägung im Sinne des materiellen Repräsentationsprinzipes *nicht*.

Darüberhinaus ergibt sich bei näherer Betrachtung, daß auch kein Wertungswiderspruch zwischen der vom materiellen Repräsentationsrecht geprägten Pflichtteilsminderung einerseits und der im Sinne des formellen Eintrittsrechtes ausgestalteten Erbunwürdigkeit sowie Enterbung andererseits besteht. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung:

Bei der Erbunwürdigkeit und Enterbung besteht das „erbrechtliche Hindernis" im Erbunwürdigkeits- bzw Enterbungsgrund (zB Straftat gegen den Erblasser, Fälschung des Testamentes, Hilfloslassen im Notstand etc). Dieser Grund wird vom potentiellen Erben *persönlich* gesetzt; *seine Tat* wird vom Gesetz pönalisiert. Seine Nachkommen sind, wie *Koziol–Welser* zutreffend ausführen, an dieser Tat *unbeteiligt*[40]). Der Erbunwürdigkeits-

---

[29]) *Eccher* in *Schwimann* Rz 1 zu §§ 733, 734; *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht³, 65 f; *Welser* in *Rummel*² Rz 2 zu §§ 733, 734; *Gschnitzer–Faistenberger*, Erbrecht², 13, 53, 63; *Weiß* in *Klang*² III 737 f. *Ehrenzweig*, System² II/2, 384 führt aus, daß der Eintretende nicht das Recht des Vorfahren, sondern sein eigenes Recht ausübt; gleichzeitig betont aber *Ehrenzweig* aaO, daß dies nur eine „Konstruktion" sei und uns nicht hindern dürfe, Besonderheiten anzuerkennen (wie eben die Wirkung des Erbverzichts und der Ausschlagung im Zweifel auf die Nachkommen).

[30]) In *Rummel*² Rz 2 zu §§ 733, 734.

[31]) In *Schwimann* Rz 1 zu §§ 733, 734.

[32]) *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht³, 65 f.

[33]) OGH EvBl 1983/47 = SZ 55/165: Aus dieser E ergibt sich, daß eine Ausschlagung auch mit Wirkung auf die Nachkommen möglich ist, wenn dies in der Ausschlagungserklärung zum Ausdruck kommt.

[34]) *Welser* in *Rummel*² Rz 3 zu § 541; *Zemen*, Die gesetzliche Erbfolge nach der Familienrechtsreform 30; *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht³, 43; *Eccher* in *Schwimann* Rz 2 zu § 541.

[35]) *Welser* in *Rummel*² Rz 1 zu § 780; *Eccher* in *Schwimann* Rz 1 zu § 780; *Koziol–Welser*, Grundriß⁹ II 303; *Zemen*, Die gesetzliche Erbfolge nach der Familienrechtsreform 34 ff; OGH SZ 21/147; JBl 1992, 316; aA *Kralik*, welcher im Zweifel Erstreckung auf die Nachkommen annimmt (*Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht³, 287); OGH SZ 13/239.

[36]) Vgl nur *Eccher*, Die Wirkung der Erbsentschlagung auf die Nachkommen, NZ 1982, 20 ff, und *Welser* in *Rummel*² Rz 35 zu §§ 799, 800 jeweils mwN; *Brunner*, Erberklärung und Erbverzicht, NZ 1979, 96 ff (100).

[37]) Siehe FN 8.

[38]) *Hofmann-Wellenhof*, Erbverzicht und Ausschlagung der Erbschaft aus zivilrechtlicher Sicht, NZ 1984, 17 ff.

[39]) *Eccher* in *Schwimann* Rz 7 zu § 805; *derselbe* mit ausführlicher Begründung NZ 1982, 20 ff (25); *Welser* in *Rummel*² Rz 35 zu §§ 799, 800; *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht³, 50; *Gschnitzer–Faistenberger*, Erbrecht², 63; *Gschnitzer*, Erbrecht 53; *Ehrenzweig*, System² II/2, 502, 384 f; OGH SZ 55/165.

[40]) *Koziol–Welser*, Grundriß⁹ II 303.

bzw Enterbungsgrund haftet somit an der Person des Erbunwürdigen bzw Enterbten und nur an dieser.

Grundsätzlich anders ist jedoch die Situation bei der Pflichtteilsminderung. Voraussetzung für sie ist nicht eine persönliche Tat, sondern ein Zustand, nämlich eine Beziehung zwischen einem Elternteil und seinem Kind, die nie die Intensität eines gewöhnlichen familiären Naheverhältnisses erreicht haben darf[41]). Wie auch von *Zemen* anerkannt wird, entspricht es der praktischen Erfahrung, daß ein nie bestandenes Naheverhältnis zwischen einem Elternteil und seinem Kind gewöhnlich zur Folge hat, daß auch zwischen dem Elternteil und den Nachkommen des betreffenden Kindes, also den Enkelkindern des Elternteiles, kein familiäres Naheverhältnis besteht[42]). Dies gilt auch für die Vorfahren: Hat zwischen einem Kind und einem Elternteil nie ein Naheverhältnis existiert, so besteht es gewöhnlich auch nicht zwischen dem Kind und den Vorfahren des Elternteiles. *Typischerweise* erfaßt also das mangelnde familiäre Naheverhältnis nicht nur die unmittelbar Betroffenen, also den Elternteil und sein Kind, sondern auch die Nachkommen des betreffenden Kindes und die Vorfahren des betreffenden Elternteiles.

Was das Erfassen der Nachkommen und Vorfahren anlangt, weisen somit die Erbunwürdigkeits- bzw Enterbungsgründe einerseits sowie das mangelnde Naheverhältnis als Voraussetzung für die Pflichtteilsminderung andererseits erhebliche qualitative Unterschiede auf. Der Erbunwürdigkeits- bzw Enterbungsgrund haftet, wie erwähnt, als vorwerfbare Tat an der Person des Erbunwürdigen bzw Enterbten, seine Nachkommen sind unbeteiligt[43]). Hingegen erfaßt das die Voraussetzung für die Pflichtteilsminderung darstellende, nie bestandene Naheverhältnis zwischen einem Elternteil und seinem Kind (also ein Zustand) *gewöhnlich* die gesamte Kette der Nachkommen bzw Vorfahren[44]). Ich kann daher eine Inkonsequenz des Gesetzgebers nicht erblicken, wenn er die Erbunwürdigkeits- und Enterbungsfälle im Sinne des formellen Eintrittsrechtes und die Pflichtteilsminderung unter Berücksichtigung der ihr *typischerweise* zugrundeliegenden Umstände im Sinne des materiellen Repräsentationsprinzipes regelt.

Es mag Ausnahmefälle geben, wo zwischen einem Elternteil und seinem Kind nie ein familiäres Naheverhältnis bestanden hat und das Kind vorverstirbt und der betreffende Elternteil zu den Nachkommen dieses Kindes ein familiäres Naheverhältnis hat oder der Elternteil vorverstirbt und das betreffende Kind zu den weiteren Vorfahren des betreffenden Elternteiles ein familiäres Naheverhältnis hat. Nach meinem Dafürhalten muß man in diesen Fällen dennoch mit der hA[45]) davon ausgehen, daß der betreffende Elternteil auch den Pflichtteil dieses Enkelkindes bzw das betreffende Kind den Pflichtteil des betreffenden Großelternteiles auf die Hälfte mindern kann, weil

- die diesbezügliche Absicht des Gesetzgebers aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut (§ 773a ABGB) und dem Bericht des Justizausschusses[46]) klar hervorgeht und
- darüberhinaus in bezug auf die *typischen Fälle* weder ein Widerspruch zu Grundwertungen des Erbrechtes noch zur diesbezüglichen Regelung im Zusammenhang mit der Erbunwürdigkeit und Enterbung besteht. Wenn in einem Randbereich dennoch einzelne Fälle – wie zB der geschilderte, wo der Erblasser nie zu seinem Kind, wohl aber zu den Nachkommen des betreffenden Kindes ein Naheverhältnis hatte – möglicherweise nicht vollkommen überzeugend geregelt sind, so ist dies eine notwendige Folge davon, daß der Gesetzgeber in erster Linie die typischen Fälle im Auge haben muß (*„Durchschnittsbetrachtung des Gesetzgebers"*). Dies ist der in Kauf zu nehmende Preis für die Rechtsklarheit und die Rechtssicherheit. Gerade in diesem Regelungsbereich ist diese Haltung des Gesetzgebers durchaus verständlich. Es fällt nämlich – wie *Welser*[47]) und *Schauer*[48]) zutreffend bemerken – die Beurteilung des relevanten Naheverhältnisses umso schwerer, je entfernter die Beteiligten miteinander verwandt sind, weil mit zunehmender „Entfernung" auch in der Familie die Kontakte lockerer werden[49]).

V. Die Tragweite des § 779 Abs 2 ABGB

Vorhin ist es um die Frage gegangen, ob ein Erblasser den Pflichtteil seines Enkelkindes oder eines Großelternteiles mindern *kann*, obwohl er, der Erblasser, zu diesem Enkel bzw Großelternteil selbst ein Naheverhältnis hat und dieses nur zwischen dem Enkel bzw Großelternteil und der die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnden Person oder zwischen dem Erblasser und der die

---

[41]) *Welser*, NZ 1990, 139; *Schauer*, RdW 1990, 72; *Umlauft*, NZ 1990, 145; *Zankl*, JAP 1990/91, 121; *Eccher* in *Schwimann* ABGB III Ergänzung Rz 2 zu § 773a; *Welser* in *Rummel*[2] II Rz 1 und 3 zu § 773a.

[42]) JBl 1992, 227.

[43]) *Koziol–Welser*, Grundriß[9] II 303.

[44]) *Zemen*, JBl 1992, 227.

[45]) *Welser*, NZ 1990, 140; *Schauer*, RdW 1990, 73; *Umlauft*, NZ 1990, 144; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III Ergänzung Rz 4 zu § 773a; *Welser* in *Rummel*[2] II Rz 3 zu § 773a; krit *Zankl*, JAP 1990/91, 121.

[46]) JAB 6.

[47]) NZ 1990, 140; *Welser* in *Rummel*[2] II Rz 3 zu § 773a.

[48]) RdW 1990, 73.

[49]) Die Erfahrung zeigt, daß das *gewöhnliche* familiäre Naheverhältnis zwischen Elternteil und Kind intensiver ist als das *gewöhnliche* familiäre Naheverhältnis zB zwischen Großvater und Enkel. Daraus folgt mE, daß dann, wenn das *gewöhnliche* familiäre Naheverhältnis intensiver und somit augenscheinlicher ist, die Grenzziehung zum Nicht-Bestand eines solchen Naheverhältnisses leichter ist als zum Nicht-Bestand eines Naheverhältnisses, welches schon in seiner gewöhnlichen Ausprägung nicht so markant und deshalb schwerer faßbar ist.

Verwandtschaft zum betreffenden Enkel bzw Großelternteil vermittelnden Person fehlt oder gefehlt hat. Dies ist eine Frage der Auslegung des § 773a ABGB und wird in vertretbarer Weise von der hA[50]) bejaht.

Hievon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob die Nachkommen eines Kindes des Erblassers, welches auf den geminderten Pflichtteil gesetzt ist und vor dem Erblasser verstirbt, ebenfalls nur den geminderten Pflichtteil verlangen können. Dies wird von § 779 Abs 2 ABGB vermutet. Allerdings besteht Einigkeit darüber, daß es sich dabei eben nur um eine widerlegbare Vermutungsregel handelt[51]). Wenn der betreffende Enkel des Erblassers beweisen kann, daß der Erblasser mit der Pflichtteilsminderung nur seinen direkten Nachkommen, nicht jedoch dessen Nachkommen, also die Enkel des Erblassers, treffen wollte, so gilt für diese die Pflichtteilsminderung nicht[52]).

Zemen[53]) sieht im Anschluß an *Paliege*[54]) einen weiteren Wertungswiderspruch darin, daß der Nachkomme eines Kindes, dessen Pflichtteil vom Elternteil gemindert worden ist, nur den halben Pflichtteil beanspruchen kann (§ 779 Abs 2 ABGB), während der gleiche Enkel im Falle der rechtmäßigen Enterbung des Kindes durch den Elternteil das Recht auf den vollen Pflichtteil behält (§ 780 ABGB). In diesem Zusammenhang verweist *Eccher*[55]) auf den Fall, daß ein bereits pflichtteilsgemindertes Kind nachträglich rechtmäßig enterbt wird. Von *Eccher* wird erwogen, in diesem Falle die Regel des § 780 ABGB anzuwenden und demnach den Nachkommen des enterbten Kindes den vollen Pflichtteil zu geben; er hegt aber selbst gewisse Zweifel an diesem Ergebnis und verweist darauf, daß diese Lösung „von der inneren Stimmigkeit des Systems her nicht voll befriedigt"[56]). Nach meinem Dafürhalten sind diese Fälle, denen allen dieselbe Problematik, nämlich ein tatsächlicher oder vermeintlicher Widerspruch zwischen § 779 Abs 2 ABGB und § 780 ABGB, innewohnt, wie folgt zu lösen: Wenn der Erbe beweisen kann, daß

1. in der Person des enterbten Kindes ein Enterbungsgrund vorliegt *und*
2. zwischen dem Elternteil und diesem enterbten Kind zu keiner Zeit ein familiäres Naheverhältnis bestanden hat,

ist mE die Annahme gerechtfertigt, daß in einer solchen Enterbung – auch ohne ausdrückliche Erwähnung – eine Pflichtteilsminderung inkludiert ist. Dies bedeutet dann aber, daß den Nachkommen eines Enterbten gem § 780 ABGB zwar grundsätzlich der Pflichtteil zusteht. Da sie aber auch gleichzeitig die Nachkommen eines *pflichtteilsgeminderten* Kindes sind, steht ihnen gem § 773a ABGB iVm § 779 Abs 2 ABGB als Pflichtteil nicht der volle, sondern nur der halbe Pflichtteilsbetrag zu. Damit ist dieser vermeintliche Widerspruch gelöst und die Stimmigkeit des Systems mE hergestellt.

VI. Schlußfolgerungen

Zusammenfassend läßt sich daher folgendes sagen:

Die neuen Bestimmungen der §§ 773a, 779 Abs 2 ABGB über die Pflichtteilsminderung stehen in keinem Widerspruch zu Grundwertungen unseres Erbrechtes, namentlich nicht zum Prinzip des formellen Eintrittsrechtes, da dieses in unserem Erbrechtssystem nicht einheitlich gilt und somit kein Grundprinzip darstellt. Es besteht aber auch kein Widerspruch dieser neuen Bestimmungen zu den im Sinne des formellen Eintrittsrechtes ausgestalteten Bestimmungen der §§ 541, 780 ABGB, da die Erbunwürdigkeits- und Enterbungsgründe nur in der Person des Erbunwürdigen bzw Enterbten liegen, während die Voraussetzung für die Pflichtteilsminderung, nämlich das mangelnde Naheverhältnis, als Zustand *typischerweise* nicht nur zwischen dem Elternteil und seinem Kind, sondern auch zwischen dem Elternteil und den weiteren Nachkommen des Kindes und zwischen dem Kind und den weiteren Vorfahren des Elternteiles vorliegt. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Ausgestaltung der Pflichtteilsminderung im Sinne des materiellen Repräsentationsprinzipes ist daher sachgerecht.

Zemen hat die von ihm vorgeschlagene Auslegung der neuen Bestimmungen über die Pflichtteilsminderung im Wege der teleologischen Reduktion erzielt[57]). Basis dieser einschränkenden Auslegung sind nach seinen Ausführungen die angeblichen eklatanten Wertungswidersprüche, die diese neuen Gesetzesbestimmungen hervorrufen, weshalb sie restriktiv auszulegen seien. Da jedoch, wie oben gezeigt wurde, in Wirklichkeit keine Wertungswidersprüche festgestellt werden können, besteht auch keine Basis für die von *Zemen* vorgeschlagene einschränkende Gesetzesauslegung, sodaß seine Ergebnisse nicht haltbar sind und die Richtigkeit der bisher erzielten einheitlichen Auslegungsergebnisse bestätigt wird. Das heißt im einzelnen:

1. Wenn zwischen einem Elternteil und seinem Kind nie ein familiäres Naheverhältnis bestanden hat, so können der Elternteil und auch seine weiteren Vorfahren den Pflichtteil des Kindes und der weiteren Nachkommen dieses Kindes und umgekehrt das Kind und seine weiteren Nachkommen den Pflichtteil des Elternteiles und der

[50]) Siehe FN 45.

[51]) *Welser*, NZ 1990, 141; *Umlauft*, NZ 1990, 145; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III Ergänzung Rz 4 zu § 779 nF; *Welser* in *Rummel*² II Rz 6 zu § 779 nF.

[52]) *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III Ergänzung Rz 4 zu § 779 nF; *Welser* in *Rummel*² II Rz 6 zu § 779 nF.

[53]) JBl 1992, 223.

[54]) ZfRV 1991, 180.

[55]) *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III Ergänzung Rz 5 zu § 779 nF.

[56]) Siehe FN 55.

[57]) Dazu und zum folgenden: siehe FN 14.

weiteren Vorfahren des Elternteiles mindern, und zwar auch dann, wenn – ausnahmsweise – zwischen dem Erblasser einerseits und dem pflichtteilsgeminderten Enkel bzw Großelternteil andererseits ein familiäres Naheverhältnis besteht oder einmal bestanden hat[58]).

2. Die Pflichtteilsminderung kann in der letztwilligen Verfügung des Verstorbenen auch stillschweigend (konkludent) verfügt werden; ausdrückliche Anordnung ist nicht erforderlich[59]).

3. § 779 Abs 2 ABGB gilt nach dem klaren Gesetzestext („Nachkommen") nicht nur für die unmittelbaren, sondern auch für alle weiteren Nachkommen (Enkel, Urenkel etc).

4. Die Bestimmung des § 779 Abs 2 ABGB ist analog auf die Vorfahren anzuwenden[60]).

Korrespondenz: Notariatskandidat Dr. *Manfred Umlauft,* Bahnhofstr. 8a, A-6700 Bludenz, Österreich.

[58]) Siehe FN 45.

[59]) Alles Nähere siehe diesbezüglich bei *Umlauft,* NZ 1990, 146 f; ebenso *Welser,* NZ 1990, 141; *Eccher* in *Schwimann,* ABGB III Ergänzung Rz 6 zu § 773a; *Welser* in *Rummel*[2] II Rz 6 zu § 773a; noch weitergehend *Schauer,* RdW 1990, 73.

[60]) *Umlauft,* NZ 1990, 145; *Welser,* NZ 1990, 141; *Zankl,* JAP 1990/91, 121; *Eccher* in *Schwimann,* ABGB III Ergänzung Rz 5 zu § 779 nF; *Welser* in *Rummel*[2] II Rz 7 zu § 779 nF.

Univ.-Ass. Mag. Dr. **Andreas Riedler,** Linz

Der Vermögens- und Unternehmensbegriff des § 1409 ABGB*)

(1. Teil)

A. Der Haftungstatbestand des § 1409 ABGB
B. Problem
C. Geschichtliche Entwicklung der Norm
D. Rechtsvergleichender Überblick
I. § 419 BGB
II. Art 181 OR
III. GArt 57/1908 ungarisches Gesetz über die Veräußerung von Handelsgeschäften
E. Begriff des Vermögens
I. Vermögensbegriff
1. Meinungsstand
2. Stellungnahme
a) Vermögen als Gesamtsache
b) Wortinterpretation
c) Historische und rechtsvergleichende Interpretation
d) Teleologisch-systematische Interpretation
II. Veräußerung des gesamten Vermögens
1. Übertragung des „nahezu ganzen" Vermögens
2. Wertvergleich zwischen übertragenem und zurückbleibendem Vermögensteil
a) Pfändbarkeit
b) Wertverhältnis
c) Berücksichtigung der Gegenleistung
d) Berücksichtigung der Passiven
α) Problemabgrenzung
β) Meinungsstand
γ) Eigene Auffassung
- Beeinträchtigung dinglich gesicherter Gläubiger
- Beeinträchtigung dinglich gesicherter und sonstiger, ungesicherter Gläubiger
- Resümee
δ) Sonderprobleme
- Simultanhypothek
- Erfüllungs-, Schuld- und Vertragsübernahme, Schuldbeitritt
III. Veräußerung einer Vermögensquote
IV. Veräußerung einer einzelnen Sache
V. Veräußerung eines Sondervermögens
F. Begriff des Unternehmens
I. Unternehmensbegriff
II. Veräußerung des gesamten Unternehmens
III. Veräußerung einer Unternehmensquote
IV. Veräußerung eines Unternehmensteiles
V. Veräußerung eines einzelnen Unternehmensbestandteiles
G. Schlußbemerkung

A. Der Haftungstatbestand des § 1409 ABGB

Gemäß § 1409[1]) haftet der Übernehmer eines Vermögens oder Unternehmens den Gläubigern des Veräußerers für die zum Vermögen oder Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen mußte. Die Haftung des Übernehmers tritt neben die Haftung des Veräußerers, ist zwingend, persönlich, höhenmäßig aber beschränkt durch den Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens. Ist der Erwerber ein naher Angehöriger des Veräußerers iSd § 32 KO, so greift nach § 1409 Abs 2 insofern eine Beweislastumkehr ein, als der Übernehmer beweisen muß, daß ihm die Schulden bei der Übergabe

*) Für wertvolle Anregungen bei Abfassung dieser Arbeit bedanke ich mich herzlich bei meinem akademischen Lehrer Univ.-Prof. Dr. *Peter Apathy.*

[1]) Paragraphen ohne nähere Angaben sind solche des ABGB.