

# Adoption von Verwandten

## Der Beitrag schnell gelesen

Der Beitrag erörtert die gesetzlich unregelte Frage, ob die Adoption von Verwandten zulässig ist. Unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung seit Inkrafttreten des ABGB wird die Zulässigkeit der Adoption durch biologische und rechtliche Eltern, von Geschwistern, Enkelkindern, Neffen und Nichten sowie von verschwägerten Personen analysiert. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass Adoption von Verwandten außer bei rechtlicher Verwandtschaft in gerader Linie ersten Grades zulässig

ist, das Verwandtschaftsverhältnis aber die sonstigen Voraussetzungen für eine Annahme an Kindes statt nicht substituiert. Bei bloß biologischer Abstammung ersten Grades steht die Adoption aber gleichrangig neben abstammungsrechtlichen Möglichkeiten.

## Abstammung und Adoption

EF-Z 2025/93



Priv.-Doz. Dr. JOACHIM PIERER, LL. M. (Yale) Privatdozent an der Universität Wien. [www.joachimpierer.at](http://www.joachimpierer.at)

## Inhaltsübersicht:

### A. Ausgangslage

1. Der (historische) Zweck des Adoptionsrechts
2. Abstammung von der Mutter
3. Abstammung vom Vater oder anderen Elternteil
4. Verwandtschaft nach dem ABGB

### B. Biologische Abstammung ersten Grades

1. Elternschaft
2. Mutterschaft
  - a) 3 Ob 12/25y als Beispielfall
  - b) Abstammung bei vertauschten Kindern
3. Keine Adoption bei vorhandener rechtlicher Gleichstellung
4. Vaterschaft
  - a) Die historische Schlechterstellung unehelicher Kinder
  - b) Zweckerreichung durch Abstammungsbegründung?
  - c) Adoptionsrecht als abstammungsrechtliches Instrument

### C. Geschwister

### D. Enkel

### E. Neffen und Nichten

### F. Schwägerschaft

### G. Verwandtschaft substituiert keine Adoptionsvoraussetzungen

### H. Zusammenfassung

## A. Ausgangslage

### 1. Der (historische) Zweck des Adoptionsrechts

Zw dem Annehmenden und dem Wahlkind entstehen gem § 197 Abs 1 ABGB die gleichen Rechte, wie sie durch die Abstammung begründet werden, es werden also Elternschaft und das damit einhergehende Abstammungsverhältnis nachgebildet.<sup>1</sup> Das Adoptionsrecht war seit jeher eine Ausnahme vom ansonsten strikten Grundsatz, dass die rechtl Abstammung der biologischen zu folgen habe.<sup>2</sup> Historisch betrachtet war die Adoption nach der StF des ABGB unter Bezugnahme auf (noch) ältere Vorbilder ein „Notmittel“, um verheiratete, aber kinderlose Paare vor dem Aussterben ihrer Familie zu bewahren, sodass auch sie ihren Namen und ihr Vermögen an ein Kind weitergeben konnten.<sup>3</sup>

Dementsprechend war die Annahme an Kindes statt gem § 179 ABGB<sup>4</sup> Personen vorbehalten, die keine eigenen ehel Kinder hatten, ihr Mindestalter betrug gem § 180 ABGB 50 Jahre. Die Adoption unehel Kinder wurde mittels Hofdekret nur vier Jahre nach Inkrafttreten des ABGB verboten.<sup>5</sup>

Von beiden Grundsätzen finden sich heutzutage nur noch vereinzelte Spuren im ABGB. Das Konzept der sozialen Abstammung unabhängig vom Gleichlauf zw biologischer und rechtl Abstammung hat durch das AbAG 2023<sup>6</sup> jüngst einen starken Schub erhalten. Die Wurzeln dieser Entwicklung liegen in der modernen Reproduktionsmedizin, die am 1. 7. 1992 zum Inkrafttreten des FMedG geführt haben. Das FMedG weist bei genauerem Hinsehen auffällige Parallelen zum ursprünglichen Zweck der Annahme an Kindes statt auf. Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung (muF) ist gem § 2 Abs 2 FMedG nur zulässig, wenn zusammengefasst eine natürliche Empfängnis entweder unmöglich oder unzumutbar ist. Damit ist auch in dieser Konstellation ein tragfähiger Grund für die Nachbildung eines Abstammungsverhältnisses vorhanden, wofür das Abstammungsrecht des ABGB Sorge trägt. Die muF von heute ist die Adoption von damals.

### 2. Abstammung von der Mutter

Durch die muF war es erstmals möglich, dass das Kind genetisch nicht von jener Frau abstammt, die es geboren hat, wenn fremde Eizellen verwendet werden. Damit wurde ein mehr als tausend Jahre alter Rechtsgrundsatz, wonach die Mutter immer gewiss ist (*mater semper certa est*),<sup>7</sup> durch den medizinischen Fortschritt bedeutungslos. Da aber auch die muF die Nachbildung eines Abstammungsverhältnisses bezweckt, war die Regelung des § 137b ABGB<sup>8</sup> die logische Konsequenz: Mutter ist die Frau, die das

<sup>1</sup> Rudolf, Adoption, in Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht<sup>3</sup> (2025) 329 (331); Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>15</sup> (2018) Rz 1804.

<sup>2</sup> Pierer, Abstammung, in Deixler-Hübner, HB Familienrecht<sup>3</sup> 201 (214); vgl ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 12.

<sup>3</sup> Vgl Zeiller, Commentar I (1811) 390f.

<sup>4</sup> In der Stamfassung JGS 1811/946.

<sup>5</sup> Hofdekret v 28. 1. 1806, JGS 1816/1206.

<sup>6</sup> Abstammungsrechts-Anpassungsgesetz 2023, BGBl I 2023/180.

<sup>7</sup> D 2.4.5 (Paulus 4 ad ed): Quia [mater] semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.

<sup>8</sup> BGBl 1992/275.

Kind geboren hat.<sup>9</sup> Seit dem KindNamRÄG 2013<sup>10</sup> findet sich diese Regelung unverändert in § 143 ABGB wieder.

§ 143 ABGB schafft abstammungsrechtl Fakten. Das einzige Tatbestandselement ist die Geburt eines Kindes.<sup>11</sup> Die Begründung des abstammungsrechtl Status als Mutter bedarf also keiner besonderen rechtl Schritte, sondern geschieht gem § 143 ABGB bereits ex lege durch die Geburt.<sup>12</sup> Das Abstammungsverhältnis bzw der Personenstand wird in Personenstandsurkunden festgehalten. Die Geburtsurkunde als Standesurkunde gibt somit über die Abstammung Auskunft, hat allerdings nur deklarativen Charakter.<sup>13</sup>

### 3. Abstammung vom Vater oder anderen Elternteil

Während § 143 ABGB für die Mutterschaft einen Automatismus vorsieht, steht die Begründung der Vaterschaft stets unter Vorbehalt bis zum Beweis des Gegenteils. Zwar gilt gem § 144 Abs 1 Z 1 ABGB der Ehemann (oder eingetragene Partner) der Mutter als rechtl Vater, die Nichtabstammung kann aber vom Gericht auf Antrag mittels DNA-Beweis festgestellt werden (§ 151 ABGB). Auch ein Anerkenntnis kann wegen Irrtums gem § 154 Abs 1 Z 3 ABGB für rechtsunwirksam erklärt werden. Umgekehrt ist ein Widerspruch von Mutter und/oder Kind gegen ein Anerkenntnis gem § 146 ABGB wirkungslos, wenn der Anerkennende den Abstammungsbeweis erbringt (§ 154 Abs 1 Z 2 ABGB). Die gerichtl Feststellung der Vaterschaft (§ 148 Abs 1 ABGB) erfolgt regelmäßig mittels DNA-Beweis. Ebenso kommt aber gleichrangig<sup>14</sup> auch die sog Beiwohnungsvermutung des § 148 Abs 2 ABGB in Frage, nach der jener Mann als Vater festgestellt werden kann, der mit der Mutter im kritischen Zeitraum Geschlechtsverkehr hatte, außer er erbringt den Beweis der Nichtabstammung.

Für die Elternschaft einer Frau oder anderen Person<sup>15</sup> sieht § 144 Abs 2 ABGB ebenso eine Vermutung kraft Ehe oder EP, das Anerkenntnis der Elternschaft oder deren gerichtl Feststellung vor. Dass die Rolle des anderen Elternteils von der gleichgeschlechtl Partnerin der Mutter nur infolge einer muF erlangt werden konnte, hat der VfGH als gleichheitswidrig erachtet.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber reagierte mit dem AbAG 2023, dessen Regelungen zur nicht-muF mit einem tiefen Eingriff in bestehende Strukturprinzipien des Abstammungsrechts einhergingen.<sup>17</sup> Dem Adoptionsrecht wurde im Zuge des Inkrafttretens des AbAG 2023 attestiert, bezüglich der Stiefkindadoption<sup>18</sup> aufgrund der nunmehr weitgehend voraussetzungslosen Möglichkeit eines Anerkenntnisses stark an Bedeutung zu verlieren oder in diesem Teilbereich überhaupt ersetzt zu werden.<sup>19</sup>

### 4. Verwandtschaft nach dem ABGB

Die Verbindung zweier Personen durch Abstammung heißt gem § 40 Satz 2 ABGB Verwandtschaft. Der Verwandtschaftsgrad bestimmt sich gem § 41 ABGB nach der Zahl der zw ihnen liegenden (bzw der „vermittelnden“) Geburten.<sup>20</sup> Verwandtschaft in Seitenlinie lässt sich dementsprechend auf die gemeinsame Abstammung von einem Stammelternpaar zurückführen, sodass hierfür alle Geburten bis zum gemeinsamen Stammelternpaar zu zählen sind.<sup>21</sup>

Schwägerschaft ist gem § 40 Satz 2 ABGB die Verbindung zw einem Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten.<sup>22</sup> § 41 Satz 2 ABGB verweist für die Klassifizierung der Schwägerschaft auf dieselben Regeln wie für die Verwandtschaft.

Damit ist nun die Ausgangsbasis geschaffen, um sich der Frage nach der Adoption durch Verwandte zu widmen und insb die jüngste höchstgerichtl Entscheidung zu dieser Thematik zu analysieren.

## B. Biologische Abstammung ersten Grades

### 1. Elternschaft

Verwandtschaft ersten Grades kann es mit Blick auf die Regeln der §§ 40 ff ABGB nur in gerader Linie geben.<sup>23</sup> Es handelt sich dabei also stets um die direkte Abstammung von einer Person und somit um die Beziehung zw Eltern und Kindern. Da die Adoption das Ziel verfolgt, ein Abstammungsverhältnis nachzubilden bzw dieselben Rechtswirkungen zu begründen,<sup>24</sup> scheint ein Adoptionsvertrag zw Verwandten ersten Grades keinen Sinn zu ergeben, weil ohnedies dasselbe Abstammungsverhältnis besteht, das mit Rechtswirksamkeit der Adoption entstehen würde. Ein Bedarf nach dem Abschluss eines Adoptionsvertrags zw Verwandten ersten Grades könnte daher nur in Konstellationen bestehen, in denen zwar biologische, aber keine rechtl Verwandtschaft vorliegt. Diese These gilt es nachfolgend zu prüfen, wofür insb der Sachverhalt zu 3 Ob 12/25y exemplarisch herangezogen wird.

Das ABGB und überhaupt die gesamte Rechtsordnung<sup>25</sup> gehen von der Maßgeblichkeit der rechtl Abstammung aus. Die Tatsache der biologischen (genetischen) Abstammung zieht keine Rechtsfolgen nach sich.<sup>26</sup> So trifft bspw den allein biologischen Vater keine Uhpflcht und das Kind könnte nicht nach dem Vater erben. Ebenso ist der lediglich biologische Vater mit dem Kind aus rechtl Sicht nicht verwandt. Erst die Herstellung eines rechtl Abstammungsverhältnisses (das bei späterer Begründung auf den Zeitpunkt der Geburt zurückwirkt)<sup>27</sup> löst Rechtsfolgen aus und begründet insb ein Verwandtschaftsverhältnis. Dementsprechend liegt die Überlegung nahe, ein derartiges Abstammungs-

<sup>9</sup> Ursprünglich wollte der Gesetzgeber damit verbotenen Behandlungen im Ausland begegnen (ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24). Seit BGBl I 2015/35 ist der Regelungsgedanke des § 143 ABGB aber auch unmittelbar von Relevanz, weil damit die Verwendung fremder Eizellen unter den Voraussetzungen des § 3 Abs 3 FMedG erlaubt wurde (vgl Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 143 Rz 1).

<sup>10</sup> BGBl I 2013/15.

<sup>11</sup> Pierer in Deixler-Hübner, HB Familienrecht<sup>3</sup> 201 (232); Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger<sup>4</sup> § 143 ABGB Rz 8.

<sup>12</sup> Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 137 b Rz 3; Cach, Biologische Eltern – Soziale Eltern – Rechtliche Eltern, JEV 2016, 168 (170).

<sup>13</sup> Einem Eintrag im zentralen Personenstandsregister kommt keine konstitutive Wirkung zu, 10 ObS 71/24z; Stormann in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 143 ABGB Rz 4.

<sup>14</sup> 7 Ob 75/07s SZ 2007/132; 7 Ob 40/16g iFamZ 2016/94; 4 Ob 131/20y EF-Z 2021/52; Fischer-Czermak, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 2 (6).

<sup>15</sup> Durch diese Formulierung wurde die E VfGH G 77/2018 iFamZ 2018/110 zum „dritten Geschlecht“ umgesetzt.

<sup>16</sup> VfGH G 230/2021 EF-Z 2022/115 (Pierer).

<sup>17</sup> Vgl Pierer, Abstammung und Zuordnung der Elternschaft, ÖJZ 2025, 196.

<sup>18</sup> Adoption des leibl Kindes des Partners.

<sup>19</sup> Al-Dubai, Stiefkindadoption und Anerkenntnis, EF-Z 2024, 101.

<sup>20</sup> So sind zB Vater und Sohn in erstem Grad in gerader Linie, Enkel und Großvater in zweitem Grad in gerader Linie miteinander verwandt.

<sup>21</sup> So sind bspw Bruder und Schwester Seitenverwandte zweiten Grades, weil die Geburt des Bruders und der Schwester zu den Eltern führt.

<sup>22</sup> Mit Blick auf diese Definition wird deutlich, dass anders als gemeinhin angenommen zw den Verwandten der Ehegatten untereinander gar keine Schwägerschaft besteht, vgl schon Zeiller, Kommentar I 156.

<sup>23</sup> Seitenverwandtschaft bedingt die Existenz von mindestens zwei Personen, deren Abstammung auf ein Stammelternpaar zurückgeht, sodass mindestens zwei Geburten und somit zwei Grade zu zählen sind.

<sup>24</sup> Statt vieler Welser/Kletečka, Grundriss I<sup>15</sup> Rz 1804.

<sup>25</sup> § 140 ABGB ordnet die Wirkung der Abstammung nach dem ABGB gegenüber jedermann an („Wirkung erga omnes“).

<sup>26</sup> Pierer in Deixler-Hübner, HB Familienrecht<sup>3</sup> 201 (214); vgl 4 Ob 9/21h EvBl 2021/113 (Kapetanovic); Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 140 Rz 3; Ondreasova in Rummel/Lukas/Geroldinger<sup>4</sup> § 177 ABGB Rz 4; AB 887 BlgNR 17. GP 6.

<sup>27</sup> 2 Ob 174/08i EF-Z 2009/14 (Gitschthaler); AB 887 BlgNR 17. GP 5; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 140 Rz 3.

verhältnis durch Adoption herzustellen. Im Sachverhalt zu 3 Ob 12/25 y (s. sogleich) haben die Parteien genau dies beabsichtigt.

## 2. Mutterschaft

### a) 3 Ob 12/25 y als Beispielfall<sup>28</sup>

Es muss ein unbeschreiblicher Schock sein, zu erfahren, dass man als Baby im Krankenhaus vertauscht wurde und in der Folge in der „falschen“ Familie aufgewachsen ist. Jahrelang und jahrzehntelang vertraute Personen werden auf einen Schlag „fremd“. Selbst wenn man aufgrund der allseitigen Unwissenheit wie das eigene Kind geliebt wurde, war man doch nicht das Kind seiner vermeintlichen Eltern. Die Wahrscheinlichkeit, nach mehreren Jahrzehnten noch die leibl Eltern zu finden, ist extrem gering. Der ideelle Schaden einer verlorenen oder unbekannten Identität lässt sich wohl kaum in Geld bemessen.<sup>29</sup>

Der 3 Ob 12/25 y<sup>30</sup> zugrundeliegende Sachverhalt ist ein derart tragischer Fall.<sup>31</sup> Das vertauschte Kind, eine 1965 geborene Frau, hatte aber das Glück, im Jahr 2024 ihre in Deutschland lebende leibl Mutter ausfindig zu machen, nachdem 2023 ein DNA-Test die Verwechslung im Krankenhaus zutage gebracht hatte. Ein weiterer DNA-Test bestätigte, dass sich Mutter und Tochter 59 Jahre nach der Vertauschung im Krankenhaus wieder gefunden hatten. Die rechtl Eltern der betroffenen Frau waren zu diesem Zeitpunkt bereits verstorben. Die Tochter organisierte für die Mutter eine Wohnung in ihrer Nähe, sie sind seither in engem Kontakt. Die leibl Mutter wollte nunmehr ein rechtl Abstammungsverhältnis zu ihrer Tochter herstellen, wofür ein Adoptionsvertrag als geeignetes Instrument angesehen und dem Gericht, wie in § 192 Abs 1 ABGB vorgesehen, zur Bewilligung vorgelegt wurde. Sämtliche Instanzen verweigerten jedoch die Bewilligung des Adoptionsvertrags.

### b) Abstammung bei vertauschten Kindern

Die Frage, die es in 3 Ob 12/25 y zu klären galt, war jene nach der Abstammung eines im Krankenhaus vertauschten Kindes. Mutter und Tochter sind von einem fehlenden Abstammungsverhältnis ausgegangen, weshalb sie den Adoptionsvertrag geschlossen haben. Ein Blick in gängige Kommentare<sup>32</sup> oder einschlägige Fachliteratur<sup>33</sup> hätte allerdings Gegenteiliges zutage gebracht. Wie bereits oben erörtert (A.3.) bedarf die Begründung des abstammungsrechtl Status als Mutter keiner besonderen rechtl Schritte, sondern geschieht gem § 143 ABGB bereits ex lege durch die Geburt.<sup>34</sup> Das Abstammungsverhältnis zw Mutter und Tochter entstand daher schon durch die Geburt im Jahr 1965. Nach 3 Ob 12/25 y gilt es, nur im Verwaltungsweg die Geburtsurkunde der Tochter richtigzustellen, subsidiär kommt eine deklarative Feststellung der Mutterschaft im Abstammungsverfahren nach §§ 82 ff AußStrG in Frage.<sup>35</sup>

## 3. Keine Adoption bei vorhandener rechtlicher Gleichstellung

Unabhängig davon, ob nun in 3 Ob 12/25 y die Geburtsurkunde im Verwaltungsweg zu korrigieren oder das Gericht die Abstammung von der Mutter deklarativ festzustellen hat, steht jedenfalls fest, dass eine Adoption unzulässig ist, wenn die durch die Adoption herbeizuführende Rechtslage bereits besteht.<sup>36</sup> Bestehende rechtl Abstammung ersten Grades macht daher eine Adoption unzulässig.

## Kann eine Adoption die Rechtslage weder ändern noch verbessern, ist sie unzulässig.

Da das Abstammungsverhältnis zw Mutter und Kind gem § 143 ABGB ex lege entsteht, kommt ein Auseinanderfallen von biolo-

gischer und rechtl Mutterschaft nicht in Frage. Folglich gibt es keine Konstellation, in der eine Mutter ein Interesse daran haben könnte, ihre leibl Tochter zu adoptieren. Es fehlt am Rechtsschutzbedürfnis, weil bereits ein Abstammungsverhältnis besteht, das allenfalls noch deklarativ festzustellen ist. Die eben erörterte Konstellation war somit noch gar kein Anwendungsfall der zuvor aufgestellten These, dass ein Bedarf nach dem Abschluss eines Adoptionsvertrags zw Verwandten ersten Grades nur in Konstellationen bestehen könne, in denen zwar biologische, aber keine rechtl Verwandtschaft vorliegt.

Nur auf ein bestehendes Abstammungsverhältnis abzustellen, blendet aber alle Folgen aus, die daraus erst entspringen. Da aber die Ungleichbehandlung zw ehel und unehel Kindern und auch die Einschränkungen der unehel Mutter bezüglich Obsorge und Vertretung des Kindes (s. nur die „Amtsvormundschaft“) in jüngerer Zeit nach und nach weggefallen sind,<sup>37</sup> gibt es anders als früher<sup>38</sup> keinen Grund mehr für eine Adoption des unehelichen Kindes durch die biologische Mutter.

## 4. Vaterschaft

### a) Die historische Schlechterstellung unehelicher Kinder

Das Auseinanderfallen von biologischer und rechtl Vaterschaft ist bei außerhalb der Ehe geborenen Kindern der rechtl Standardfall, weil ein Automatismus für die Begründung der Abstammung fehlt. Die Rsp hatte es regelmäßig mit adoptionswilligen Vätern zu tun, die – lange Zeit verpönt – unehel Kinder gezeugt haben.

<sup>28</sup> Abgedruckt in diesem Heft der EF-Z 2025/98.

<sup>29</sup> Was nicht heißt, dass es für derartige Konstellationen keinen Schadenersatz geben sollte. Der OGH hat in 4 Ob 208/17 t EvBl 2019/2 (Karner) in Anlehnung an die Rsp zum Trauerschmerzengeld einem im Krankenhaus vertauschten Kind und dessen vermeintlichen Eltern, die etwas mehr als zwei Jahrzehnte nach der Geburt die Vertauschung bemerkt hatten, jeweils € 20.000,- an ideellem Schadenersatz zugesprochen. Durch den Zuspruch von Schadenersatz wurde jedenfalls (oder zumindest) der immaterielle Schaden als solcher anerkannt und das grobe Fehlverhalten des Krankenhauses sanktioniert.

<sup>30</sup> Abgedruckt in diesem Heft, EF-Z 2025/98.

<sup>31</sup> Nach 4 Ob 208/17 t EvBl 2019/2 (Karner) war dies bereits der zweite Fall binnen weniger Jahre, den der OGH zu entscheiden hatte. Die große Zeitspanne zw den jeweiligen Geburtsjahren 1965 und 1990 legt die Befürchtung nahe, dass es noch zahlreiche weitere Vertauschungen gegeben hat, die bisher unentdeckt geblieben sind.

<sup>32</sup> Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger<sup>4</sup> § 143 ABGB Rz 11; Stormann in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 143 ABGB Rz 5; ausf Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 137 b Rz 6 ff; vgl auch Nademleinsky in Schwimann/Neumayr, TK<sup>6</sup> § 143 Rz 2; Höllwerth in KBB<sup>7</sup> § 143 Rz 3.

<sup>33</sup> Pierer, Abstammung, in Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht<sup>2</sup> (2020) 231 (254, 257 f); T. Maier, Abstammung und Unterhalt bei vertauschten Kindern, JAP 2015/2016, 182.

<sup>34</sup> Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 137 b Rz 3; Cach, JEV 2016, 168 (170).

<sup>35</sup> IdS bereits Stormann in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 143 ABGB Rz 4; Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger<sup>4</sup> § 143 ABGB Rz 11; Stabentheiner in Rummel<sup>8</sup> § 138 ABGB Rz 7 mit Verweis auf die Möglichkeit der Berichtigung gem § 15 Abs 3 PStG (nunmehr § 42 PStG 2013). Mit Blick auf Art 6 Abs 1 EMRK (Abstammung als zivilrechtl Angelegenheit, s 3 Ob 229/07 h iFamZ 2008/86 [Fucik]) für den Vorrang eines Abstammungsverfahrens Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 137 b Rz 8; Pichler in Fenyves/Welser, Klang<sup>3</sup> § 138 Rz 6; Pierer in Deixler-Hübner, HB Familienrecht<sup>3</sup> 201 (232).

<sup>36</sup> 3 Ob 12/25 y; 5 Ob 139/03 g SZ 2003/68; 6 Ob 179/05 z EvBl 2006/52; LG Wels 21 R 396/04 s EF 107.829; Rudolf, Adoption, in Deixler-Hübner, HB Familienrecht<sup>3</sup> 329 (333).

<sup>37</sup> BGBl 1970/342; 1989/162; 1989/656 bis 659; 1995/25; BGBl I 2000/135; I 2004/58. Die letzten Unterschiede bezüglich Obsorge und Namensgebung wurden erst durch das KindNamRÄG 2013 (BGBl I 2013/15) beseitigt, auch die Legitimation unehel Kinder war bis 2013 geltendes Recht (§§ 161 ff ABGB); im IPRG wurde die Anpassung in §§ 23 ff nicht nachvollzogen.

<sup>38</sup> 4 Ob 542/81 SZ 54/106; s auch Mayrhofer, Gemeinschaftliche Adoption eines unehelichen Kindes durch die Kindesmutter und deren Ehemann? RZ 1975, 61.



Chancenlos waren jene Väter, die trotz Trennung formell noch verheiratet waren, mit ihrer Lebensgefährtin und den gemeinsamen Kindern aber ein neues Leben begonnen hatten. Da auch die Ehegattin des Annehmenden zustimmen muss, wurde die Bewilligung solcher Adoptionsverträge bzw die gerichtl Ersetzung der Zustimmung der Ehefrau regelmäßig mit dem Argument verweigert, dass ansonsten die unerlaubte, weil ehebrecherische, LG vom Gericht gebilligt würde.<sup>39</sup>

Die theoretische Möglichkeit der Adoption hatten Väter unehel Kinder erst seit Inkrafttreten der 3. Teilnovelle 1917,<sup>40</sup> die ein Hofdekret aus 1816 außer Kraft setzte, das die Adoption unehel Kinder durch ihre Eltern verboten hatte.<sup>41</sup> Das Verbot sollte die Legitimation unehel Kinder durch nachfolgende Ehe gem § 161 ABGB (StF) fördern, was freilich dann unmöglich war, wenn das Kind im Ehebruch gezeugt worden war. Der Gesetzgeber der 3. Teilnovelle sah es aber auch als nachvollziehbar an, dass der Vater die Mutter aufgrund „gesellschaftliche[r] Rücksichten“ oder wegen „unüberbrückbare[r] Gegensätze an Bildung, Charakter und Beruf“ nicht heiraten wollte.<sup>42</sup> Das Verbot wurde folglich aufgehoben, weil ein indirekter Zwang zur Ehe und damit das Unterbleiben der Legitimation durch nachfolgende Ehe den Interessen des Kindes widersprechen würde und die Vaterschaft schon jetzt oft verschleiert werde, um das Verbot zu umgehen.<sup>43</sup>

Von der Adoption durch (formal) nach wie vor verheiratete Väter abgesehen war die Adoption unehel Kinder durch ihre biologischen Väter aber zulässig.<sup>44</sup> Das ausdrückliche Verbot wurde bereits 1917 aufgehoben und der Gesetzgeber des AdoptionsG 1960<sup>45</sup> ging davon aus, dass sich Legitimation und Adoption des unehel Kindes durch den biologischen Vater gleichrangig gegenüberstehen.<sup>46</sup>

### Früher gleichrangig, sind Legitimation und Adoption unehelicher Kinder heute rechtlich obsolet.

Verständlich wird der Wunsch nach Adoption erst durch die lange gesetzl Schlechterstellung unehel Kinder. So wurden unehel und ehel Kinder erst 1991 gleichgestellt, was ihr Erbrecht betraf.<sup>47</sup> Mit dem Argument, dass dem Vater auch nach dem KindRÄG 1989<sup>48</sup> nicht kraft Gesetzes die Obsorge zukomme, wurde die Adoption weiterhin für zulässig gehalten, weil zw Vater und Kind gerade nicht dieselben Rechte bestanden, die durch die Adoption hergestellt werden sollen.<sup>49</sup>

#### b) Zweckerreichung durch Abstammungsbegründung?

Der OGH geht seit 6 Ob 179/05 z<sup>50</sup> davon aus, dass die Adoption des unehel Kindes durch den Vater nicht mehr in Frage kommt, weil dadurch auch nur jene Rechtslage hergestellt werde, die bei der Vereinbarung gemeinsamer Obsorge zw unehel Eltern bestehe. So müsse die Adoption genauso wie die Vereinbarung gemeinsamer Obsorge<sup>51</sup> (deren Fehlen als letztes Argument für die Zulässigkeit der Adoption gedient hat)<sup>52</sup> gerichtl genehmigt werden, wobei die Genehmigungsvoraussetzungen für die Adoption sogar strenger seien.

Die Begründung des OGH hat gewiss etwas für sich, die Beurteilung setzt aber an zwei verschiedenen Punkten an. Wenn der Vater ohnedies schon – mehr oder weniger – dieselben Rechte hat, die durch die Adoption erst begründet werden sollen, setzt dies voraus, dass er auch der rechtl Vater ist, also die Vaterschaft anerkannt hat oder vom Gericht als Vater festgestellt wurde. In solchen Konstellationen ist die Adoption – wie schon bei der Mutter – in der Tat unzulässig, weil keine Verbesserung der Rechtsstellung mehr erreicht werden kann. Es ist allerdings kein

Grund ersichtlich, einer Adoption die Bewilligung zu versagen, wenn auch die rechtl Vaterschaft noch nicht im abstammungsrechtl Wege hergestellt worden ist. Mit anderen Worten darf die Bewilligung eines Adoptionsvertrags nicht deshalb versagt werden, weil der Vater dieselben Rechtsfolgen auf abstammungsrechtl Wege herbeiführen könnte (implizit: sollte).

### Der biologische Vater hat die Wahl zwischen Abstammungs- und Adoptionsrecht.

Aus praktischer Sicht wird der abstammungsrechtl Weg regelmäßig der weitaus einfachere und weniger aufwändige sein. Dennoch muss der ausschließlich biologische Vater die Möglichkeit haben, sein Kind unter den gesetzl Voraussetzungen zu adoptieren. Er kann folglich nicht auf den abstammungsrechtl Weg verwiesen werden, weil das Abstammungsrecht dem Adoptionsrecht insofern nicht vorgeht. Steht hingegen die rechtl Abstammung bereits fest, ist die Adoption unzulässig.

#### c) Adoptionsrecht als abstammungsrechtliches Instrument

Abstammungs- und Adoptionsrecht führen zwar zur Herstellung derselben Rechtslage, verfolgen aber andere Regelungszwecke. Während das Abstammungsrecht die Übereinstimmung biologischer und rechtl Abstammung bzw die korrekte Zuordnung der Elternschaft sicherstellt, soll das Adoptionsrecht gerade außerhalb<sup>53</sup> dieser Konstellationen ein Abstammungsverhältnis begründen.

Das Adoptionsrecht könnte aber auch dazu genutzt werden, eine Rechtslage herbeizuführen, die aufgrund von Versäumnissen (zB von Anfechtungsfristen) oder erwartbaren Widerständen (zB eines rechtl Vaters) auf abstammungsrechtl Wege nicht oder nicht mehr verwirklicht werden könnte. Der aufwändigere Weg des Adoptionsrechts könnte also auch als abstammungsrechtl Instrument ge- oder missbraucht werden.

Missbrauch verhindert neben dem Erfordernis der gerichtl Bewilligung auch eine Liste an zustimmungsberechtigten Personen in § 195 Abs 1 ABGB. Zwar kann eine verweigerte Zustimmung auf Antrag eines Vertragsteils des Adoptionsvertrags gem § 195 Abs 3 ABGB vom Gericht ersetzt werden, dies darf aber nur geschehen, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Weigerung vorliegen. Hier wird das Abstammungsrecht mit seinen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Abwägung bzw Würdigung der Weigerungsgründe zu berücksichtigen sein, wenn eine Konstellation vorliegt, die primär (und ohne Berücksichtigung der Versäumnisse oder Konflikte) auf abstammungsrechtl Wege gelöst hätte werden können.

<sup>39</sup> So etwa 5 Ob 173/72 SZ 45/104 zu einem Arzt, der seit acht Jahren von seiner Ehefrau getrennt war und mit seiner neuen Lebensgefährtin und drei gemeinsamen Kindern wohnte.

<sup>40</sup> RGBL 1916/69.

<sup>41</sup> JGS 1816/1206.

<sup>42</sup> 78 BlgHH 21. Sess 28.

<sup>43</sup> 78 BlgHH 21. Sess 28. Zur Unerreichbarkeit des Verbotszwecks s auch *Ehrenzweig*, Das Verbot der Adoption des eigenen unehelichen Kindes, GZ 1908, 149.

<sup>44</sup> 6 Ob 139/61 EvBl 1961/290; 7 Ob 763/83 NZ 1984, 152; vgl auch 4 Ob 542/81 SZ 54/106.

<sup>45</sup> Neuordnung des Rechtes der Annahme an Kindesstatt, BGBl 1960/58.

<sup>46</sup> ErläutRV 107 BlgNR 9. GP 19f.

<sup>47</sup> BGBl 1989/656.

<sup>48</sup> BGBl 1989/162.

<sup>49</sup> *Stabenheimer in Rummel*<sup>3</sup> § 182 ABGB Rz 6.

<sup>50</sup> SZ 54/106.

<sup>51</sup> § 167 ABGB idF BGBl 1989/162 und BGBl I 2000/135.

<sup>52</sup> So *Stabenheimer in Rummel*<sup>3</sup> § 182 ABGB Rz 6.

<sup>53</sup> Dass aber bspw der biologische Vater, der sein Kind adoptieren möchte, nicht auf das Abstammungsrecht verwiesen werden kann, wurde bereits oben erörtert.

Jüngere gesetzgeberische Liberalisierungstendenzen haben zudem umgekehrt die Gefahr von Umgehungen des Adoptionsrechts durch abstammungsrechtl Handlungen, in concreto durch die Abgabe eines bewusst falschen Anerkenntnisses, erhöht. Bezüglich der Stiefkindadoption wurde in der L bereits auf das diesbezügliche Gefahrenpotenzial des AbAG 2023 hingewiesen.<sup>54</sup>

### C. Geschwister

Geschwister sind Seitenverwandte zweiten Grades, sodass hier eine bereits bestehende rechtl Verwandtschaft nicht gegen die Zulässigkeit der Adoption spricht, weil gerade kein Verwandtschaftsverhältnis ersten Grades in gerader Linie besteht (vgl oben A.4.).<sup>55</sup> Folglich wäre – umso mehr – auch die Adoption nur biologisch, aber (noch) nicht rechtl miteinander verwandter Geschwister möglich.

### Die Adoption von Geschwistern ist theoretisch möglich, die Rsp ist aber zu Recht skeptisch.

Die allgemeine Adoptionsvoraussetzung, die Herstellung oder das Bestehen einer dem Verhältnis zw leibl Eltern und Kindern entsprechenden Beziehung (§ 194 Abs 1 ABGB), wird aber aufgrund der Geschwistereigenschaft kaum jemals vorliegen.<sup>56</sup> Die Rsp zeigt sich daher zu Recht skeptisch, weil der Gedanke an eine Umgehungsabsicht (zB fremdenrechtl Bestimmungen)<sup>57</sup> oder allgemein Missbrauchsgefahr<sup>58</sup> nicht fern liegt. Dies insb, weil aufgrund der Geschwisterkonstellation im Regelfall eine Erwachsenenadoption vorliegen wird.

### D. Enkel

Großeltern und Enkelkinder sind Verwandte in gerader Linie zweiten Grades, auch hier spricht der Zweck der Adoption nicht gegen deren Zulässigkeit, weil die herzustellende Rechtslage noch nicht besteht.<sup>59</sup> Da es sich hier um Verwandtschaft in gerader Linie handelt, ist es denkbar, dass die Großeltern als „Ersatzeltern“ an die Stelle ihrer eigenen Kinder treten, die etwa verstorben oder durch einen anderen Grund verhindert sind, ihre Rolle als Eltern wahrzunehmen.

Großeltern dürfen aufgrund ihres Alters nicht diskriminiert werden. Eine allfällige Versagung der Bewilligung muss sich daher auf den konkreten Einzelfall beziehen, ein pauschaler Verweis auf die Großelternrolle reicht nicht aus.

### E. Neffen und Nichten

Bei Neffen und Nichten handelt es sich um Verwandte in Seitenlinie dritten Grades. Auch in dieser Konstellation entspricht die durch Adoption herzustellende Rechtslage noch nicht dem bestehenden Verwandtschaftsverhältnis. Auch die Adoption von Nichten und Neffen ist somit zulässig.<sup>60</sup> Bei der Adoption von Nichten und Neffen wird es sich ähnlich wie bei der Enkeladoption um eine innerfamiliäre Ersatzelternschaft handeln. So wurde etwa in 6 Ob 50/02z das Sorgerecht für ein siebenjähriges Kind Tante und Onkel übertragen, die das Kind nach weiteren sieben Jahren adoptieren wollte, nachdem der Onkel verstorben war.

### F. Schwägerschaft

Bruder oder Schwester des eigenen Ehegatten sind gem § 40 Satz 2 ABGB keine Verwandten, sondern Schwager oder Schwä-

gerin (oben A.4.). Eine erst durch Adoption herzustellende Rechtsstellung kann daher noch nicht vorliegen. Da Ehegatten gem § 191 Abs 2 ABGB idR nur gemeinsam an Kindes statt annehmen dürfen, werden die Adoption von Geschwistern (oben C.) und Schwägern regelmäßig zusammenfallen.

Nun könnte man dieser Konstellation entgegenhalten, dass bspw eine adoptierte Schwiegertochter zugleich Adoptivtochter werde und die Adoption der Schwiegertochter die Ehe des Sohnes der Adoptiveltern und der potenziellen Adoptivtochter zur Geschwisterehe machen würde. Da aber auch die gleichzeitige Adoption eines Ehepaares als Wahlkinder nicht ausgeschlossen ist,<sup>61</sup> kann umso weniger die Adoption der Schwiegertochter oder des Schwiegersohnes von vornherein ausgeschlossen sein. Somit ist auch Schwägerschaft kein Adoptionshindernis, derlei Adoptionen sind zulässig.<sup>62</sup>

Bei der Annahme an Kindesstatt von verschwägerten Personen kann insb der Versorgungsgedanke eine Rolle spielen. So lag 6 Ob 68/61<sup>63</sup> der Fall zugrunde, dass der Vater die Witwe seines jung verstorbenen Sohnes adoptiert hatte (obwohl diese nicht einmal zwei Jahre nach dem Tod erneut geheiratet hat).

### G. Verwandtschaft substituiert keine Adoptionsvoraussetzungen

Das Vorliegen eines Verwandtschaftsverhältnisses substituiert allerdings keine der sonstigen Adoptionsvoraussetzungen, insb jene des § 194 Abs 1 ABGB. Diese Bestimmung stellt auf eine dem Verhältnis zw leibl Eltern und Kindern entsprechende Beziehung ab, sodass andere Verwandtschaftsverhältnisse in gerader und insb in Seitenlinie schon per definitionem nicht diese Intensität erreichen. Dies gilt umso mehr, wenn es sich nicht um Verwandtschaft, sondern Schwägerschaft handelt.

### Ein verwandtschaftliches Verhältnis reicht nicht aus, um die Kriterien des § 194 Abs 1 ABGB zu erfüllen.

Dementsprechend ist das von § 194 Abs 1 ABGB geforderte Verhältnis stets im Einzelfall zu prüfen und wird auch nicht durch ein Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis indiziert. Vielmehr zeigt der Verweis auf die Eltern-Kind-Beziehung, dass ein bloß verwandtschaftliches Verhältnis gerade nicht ausreicht,

<sup>54</sup> *Al-Dubai*, EF-Z 2024, 101.

<sup>55</sup> 5 Ob 332/60; 5 Ob 139/03 g SZ 2003/68; 3 Ob 141/04 p EF 107.833; LGZ Wien 42 R 458/04 w EF 107.831; 45 R 16/17 m EF 152.990; aus der L *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.07</sup> § 191 Rz 2; *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger* § 191 ABGB Rz 5.

<sup>56</sup> Aus diesem Grund noch gegen die Zulässigkeit *Krasnopolski*, Lehrbuch des österreichischen Privatrechts IV (1911) 287 in FN 6.

<sup>57</sup> 5 Ob 139/03 g SZ 2003/68.

<sup>58</sup> 3 Ob 141/04 p EF 107.833.

<sup>59</sup> 1 Ob 193/63 NZ 1965, 122 (außerehel Kind der ehel Tochter der Großmutter); 3 Ob 198/17 i EF-Z 2018/101; *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger* § 191 ABGB Rz 5; *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang* § 179 Rz 16.

<sup>60</sup> 6 Ob 50/02 z EF 100.414; 9 Ob 58/04 a EF 107.865; 15. 2. 2006, 3 Ob 20/06 x. Diese Entscheidungen behandeln die Zulässigkeit der Adoption nicht ausdrücklich, sondern setzen sie implizit voraus.

<sup>61</sup> 8 Ob 61/62 EvBl 1962/225.

<sup>62</sup> 5 Ob 139/03 g SZ 2003/6; 10 Ob 7/04 h ZfRV 2004/23 (*Ofner*); LGZ Wien 42 R 458/04 w EF 107.831; 45 R 16/17 m EF 152.990.

<sup>63</sup> SZ 34/42.

um die Kriterien des § 194 Abs 1 ABGB zu erfüllen.<sup>64</sup> So lassen etwa Verwandtenbesuche (auch in Kombination mit Geldgeschenken) nicht auf ein entsprechendes Naheverhältnis schließen.<sup>65</sup>

## H. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Adoption von Verwandten zulässig ist, solange nicht schon ein rechtl Verwandtschaftsverhältnis ersten Grades in gerader Linie besteht. In diesem Fall kann die Rechtsstellung von Wahl Eltern und Wahlkind im Vergleich zur bestehenden Rechtslage nicht mehr verbessert werden, eine Adoption wäre dann unzulässig. Bei lediglich biologischer Abstammung in derselben Intensität gibt es aber keinen Vorrang des Abstammungsrechts, wenngleich die Herstellung der Rechtsbeziehung kraft Abstammungsrecht mit weniger Auf-

wand verbunden ist. Da ein Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis die von § 194 Abs 1 ABGB geforderte Eltern-Kind-Beziehung weder indiziert noch ersetzt, ist auf dieses Kriterium besonderes Augenmerk zu richten. Als Fazit bleibt somit, dass eine Adoption von Verwandten in manchen Konstellationen zwar ungewöhnlich erscheinen mag, aber zu bewilligen ist, wenn die gesetzl Voraussetzungen vorliegen.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> IdS auch LGZ Wien 44 R 542/04 g EF 107.830; daran anknüpfend Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 179 Rz 15; Höllwerth in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 191 ABGB Rz 17; Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Goldringer<sup>4</sup> § 191 ABGB Rz 5; vgl auch Nademleinsky in Schwimann/Neumayr, TK<sup>6</sup> § 191 Rz 6.

<sup>65</sup> 9 Ob 58/04 a EF 107.849.

<sup>66</sup> Vgl 5 Ob 139/03 g SZ 2003/68.

# Pflichtteilsdeckung und Nacherbschaft

## Der Beitrag schnell gelesen

Der Beitrag untersucht die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einsetzung eines Pflichtteilsberechtigten zum Vor- oder Nacherben (auf den Überrest) zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist, und wie die damit verbundenen Bewer-

tungsfragen zu lösen sind. Dabei wird gleichzeitig auf das Verhältnis von § 762 zu §§ 766 f ABGB eingegangen.

## Erbrecht und Verlassenschaftsverfahren

EF-Z 2025/94



Univ.-Prof. Dr. BRIGITTA ZÖCHLING-JUD Universitätsprofessorin am Institut für Zivilrecht der Universität Wien. brigitta.zoechling-jud@univie.ac.at

## Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung
- B. Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015
  1. Lehre
  2. Rechtsprechung
- C. Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015
  1. Neuregelung der Pflichtteilsdeckung
  2. Verhältnis von § 762 zu § 766 Abs 1 Satz 2
  3. Eigene Ansicht
    - a) Kein Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten
    - b) Keine Stärkung des Pflichtteilsrechts durch das ErbRÄG 2015
    - c) Zuwendung eines Rechts und sukzessive Erfüllung eines Anspruchs
    - d) Vergleich mit sonstigen Zuwendungen
    - e) Verwertbarkeit der Zuwendung
    - f) Zwischenergebnis
  4. Nochmals zum Verhältnis von § 762 zu § 766
  5. Bewertungsfragen
    - a) Zeitpunkt
    - b) Vor- und Nacherbe haben gemeinsam volles Recht
    - c) Differenzierung nach der Art der Nacherbschaft und den Besonderheiten des Einzelfalls
    - d) § 273 ZPO
- D. Zusammenfassung

## A. Problemstellung

Die §§ 608 ff ABGB<sup>1</sup> ermöglichen bekanntlich die Anordnung einer Nacherbschaft. Der letztwillig Verfügende kann nach § 608 Abs 1 einen Erben so einsetzen, dass dieser erst nach einem anderen Erben erbt. Letzterer wird Vorerbe genannt. Auch der Nacherbe beerbt den letztwillig Verfügenden. Auf diese Weise kann der letztwillig Verfügende in den zeitlichen Grenzen des § 612 über mehrere Generationen hinaus über seine Verlassenschaft verfügen. Fraglich ist aber, wie sich eine solche Nacherbschaft mit dem Pflichtteilsrecht verträgt.

Grds gilt, dass der Pflichtteil durch eine Zuwendung von Todeswegen (§ 780) oder eine Schenkung unter Lebenden (§ 781) gedeckt werden kann (§ 761 Abs 1), wobei § 780 Abs 1 explizit anordnet, dass alles, was ein Pflichtteilsberechtigter als Erbteil oder Vermächtnis erhält, auf den Geldpflichtteil angerechnet, also von diesem abgezogen wird. Dass anderes für eine Vor- oder Nacherbschaft gelten soll, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Dennoch bestehen Zweifel: Man denke nur an einen Erbl, der seinen Ehegatten zum alleinigen Vorerben und sein einziges Kind zum alleinigen Nacherben einsetzt. Ist durch eine solche letztwillige Verfügung wirklich sowohl der Pflichtteil des Ehegatten als auch der Pflichtteil des Kindes (vollständig) gedeckt? Ge-

<sup>1</sup> Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verfasserin bei der Jahrestagung Erbrecht 2025 der Manz Rechtsakademie am 16. 5. 2025 in Anif bei Salzburg gehalten hat. Paragrafenangaben ohne explizite Nennung eines Gesetzes beziehen sich auf das ABGB (JGS 1811/946) idF BGBl I 2024/33.