

**Beachte**

Ein eingesetzter **Nacherbe** ist im Zweifel **zugleich** auch **Ersatzerbe** (§ 608 Abs 1 Satz 2)!

Beispiel

Der letztwillig Verfügende V trifft folgende Anordnung: Meine Tochter Anna soll meine Alleinerbin sein. Nach ihrem Tod soll ihr Sohn Benedikt meine Verlassenschaft erhalten. In der Folge stirbt Anna vor ihrem Vater V. Der eigentlich als Nacherbe eingesetzte Benedikt ist nun Ersatzerbe für Anna; er erbt an ihrer Stelle nach V.

Eine besondere Konstruktion der Ersatzerbschaft ist die **vermutete Ersatzerbschaft** (§ 605).²¹⁰³ Spezielle Ausprägungen der Nacherbschaft sind hingegen die **konstruktive Nacherbfolge** und die **Nacherbschaft auf den Überrest**.²¹⁰⁴

- 5.195** Gem § 614 ist für den Fall, dass eine Ersatz- oder Nacherbschaft undeutlich ausgedrückt ist, diese auf eine solche Art auszulegen, wodurch die Verfügungsfreiheit des Erben **am geringsten eingeschränkt** wird. Dies gilt nach § 614 Satz 2 auch für die Frage, ob überhaupt eine Ersatz- oder Nacherbschaft angeordnet wurde und nicht etwa eine bloße Bedingung, ein Fruchtgenussvermächtnis, ein Veräußerungs- und Belastungsverbot oder eine Miterbenberufung.²¹⁰⁵ Ein bloßer Rat oder eine einfache Empfehlung, die Verlassenschaft einer bestimmten Person zu überlassen, ist keine Nacherbschaft, wenngleich die Verwendung der Befehlsform zur Anordnung einer solchen nicht erforderlich ist.²¹⁰⁶
- 5.196** Des Weiteren ist im Zweifel nicht von einer Nacherbschaft, sondern von einer Ersatzerbschaft auszugehen; deutet die Auslegung hingegen in Richtung einer Nacherbschaft, ist im Zweifel eine Nacherbschaft auf den Überrest anzunehmen.²¹⁰⁷ § 614 stellt nur eine widerlegbare Auslegungsregel dar.²¹⁰⁸

Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist bei **Streitigkeiten** über derartige Auslegungsfragen – wenn sich daraus widerstreitende Erbantrittserklärungen ergeben –²¹⁰⁹ nach den §§ 160 ff AußStrG vorzugehen.²¹¹⁰

2103 Siehe dazu Rz 5.205.

2104 Siehe näher Rz 5.217 und 5.230 ff.

2105 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 13; RIS-Justiz RS0012555; OGH 2 Ob 272/52 SZ 25/85; 1 Ob 561/84 NZ 1985, 26; *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ § 614 Rz 2; *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 614 Rz 1; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*² § 19 Rz 14; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 614 ABGB Rz 2.

2106 OGH 1 Ob 561/84 NZ 1985, 26; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 614 ABGB Rz 2.

2107 OGH 3 Ob 592/87 EvBl 1988/117; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 614 ABGB Rz 3; *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ § 614 Rz 2.

2108 OGH 7 Ob 733/86 SZ 60/7; 5 Ob 22/09k, 5 Ob 23/09g NZ 2009/101; *Sailer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 614 Rz 3; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 614 Rz 1; *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ § 614 Rz 1; *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 614 Rz 1; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 614 ABGB Rz 1.

2109 Siehe aber auch Rz 12.72 zur analogen Anwendung der §§ 160 ff AußStrG, wenn keine widerstreitenden Erbantrittserklärungen vorliegen

2110 Vgl *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 614 Rz 3 mit dem zutr Hinweis, dass idZ aber auch eine Erbschaftsklage in Betracht kommt, wenn hierüber im Verlassenschaftsverfahren nicht rechtskräftig entschieden wird.

Es kann auch ein **Ersatz-** oder **Nachvermächtnis** angeordnet werden. Dafür gelten die Regelungen über die Ersatz- und Nacherbschaft sinngemäß (§ 652).²¹¹¹ **5.197**

b) Die Ersatzerbschaft (§§ 604 ff)

Der letztwillig Verfügende kann für den Fall, dass der **eingesetzte** oder **gesetzliche** Erbe die Erbschaft nicht erlangt, **beliebig viele** Ersatzerben berufen (§ 604).²¹¹² Der eingesetzte Erbe, an dessen Stelle der Ersatzerbe treten soll, wird auch **Institut** genannt. **5.198**

Die Ersatzerben gehen **Anwachsungsberechtigten**²¹¹³ jedenfalls vor (§ 604 Abs 2) und die Ersatzerbschaft verhindert den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge. **5.199**

Der Ersatzerbe tritt an die Stelle des eingesetzten bzw gesetzlichen Erben, wenn dieser die Erbschaft nicht erlangt, weil er nicht nicht erben kann (zB wegen Vorversterbens oder Erbunwürdigkeit, oder wegen ungültiger oder widerrufener Einsetzung) oder nicht erben will (zB Ausschlagung, Erbverzicht, Nichteinhaltung von Bedingungen).²¹¹⁴ Es steht dabei dem Verfügenden frei, den **Ersatzerbfall** zu bestimmen, also festzulegen, in welchen Fällen der Ersatzerbe berufen sein soll.²¹¹⁵ **5.200**

Der Ersatzerbe **beerbt** den **letztwillig Verfügenden** und muss daher dessen **Tod erleben**, nicht aber auch den Zeitpunkt, zu dem das Erbrecht des Instituten nach dem Tod des Verstorbenen wegfällt.²¹¹⁶ Es genügt daher bspw bei Ausschlagung der Erbschaft durch den ersteingesetzten Erben, dass der Ersatzerbe den Verstorbenen überlebt hat; er muss nicht auch den Zeitpunkt der Ausschlagung erlebt haben.²¹¹⁷ **5.201**

Verstirbt der Ersteingesetzte **vor Abgabe der Erbantrittserklärung**, so wird durch die Anordnung einer Ersatzerbschaft eine **Transmission ieS** an die Erben des Ersteingesetz-

5.202

2111 Siehe dazu *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 126 ff, 277 ff mwN; s auch Rz 6.14.

2112 Wird ein Ungeborener zum Ersatzerben berufen, ist ihm gem § 277 Abs 1 Z 2, § 5 Abs 2 Z 2 a AußStrG ein Kurator (Substitutions- oder Posteritätskurator) zu bestellen: OGH 6 Ob 603/77 ÖJZ 1978/97.

2113 Siehe zur Anwachsung nach § 560 Rz 5.268 ff.

2114 Zu den einzelnen Ersatzerbfällen s *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 54 ff.

2115 *Apathy/Riss*, Erbrecht⁶ Rz 10/27.

2116 Der Gerichtskommissär hat den Ersatzerben vom Verlassenschaftsverfahren zu verständigen, zumal der Eintritt des Ersatzerbfalls im Rahmen des Erbrechtsstreits festzustellen ist: *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 604 Rz 9. Nach der Rsp verliert der Ersatzerbe seine Beteiligtenstellung aber wieder, wenn der Erbe eine Erbantrittserklärung abgibt: RIS-Justiz RS0006035, zuletzt OGH 3 Ob 141/12z Zak 2012/792.

2117 *Ehrenzweig*, System II/2² 456 mwN zur älteren I; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 182 f; *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II¹⁴ Rz 2166; *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 4/102; *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ § 604 Rz 3. Zu älteren aA s die Nw bei *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 182 FN 23. Danach differenzierend, ob der Institut mit ex-tunc-Wirkung wegfällt oder nicht: *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 100 f. Zwfl auch *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 604 ABGB Rz 7, nach dessen Auffassung es in erster Linie auf den Willen des Verstorbenen ankommen soll; nur, wenn dieser nicht festgestellt werden könne, falle dem Ersatzerben das Recht mit dem Tod des Testators unter der Bedingung an, dass der Erbe vor Abgabe einer positiven Erbantrittserklärung wegfalle. So im Ergebnis auch *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 604 Rz 5.

ten **verhindert**.²¹¹⁸ Es kommt der **Ersatzerbe** zum Zug.²¹¹⁹ Dies gilt selbst dann, wenn der Ersatzerbe zwar erst nach dem Tod des Verfügenden, aber noch vor dem Ableben des Ersteingesetzten verstorben ist. Es erben dann im Zweifel die Transmissare des Ersatz-
erben.²¹²⁰

5.203 Eine angeordnete Ersatzerbschaft **erlischt** jedoch **im Zweifel**, „sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat“ (§ 615 Abs 1 Satz 1).²¹²¹ Verstirbt daher der ersteingesetzte Erbe **nach Abgabe der Erbantrittserklärung**, vererbt er sein Erbrecht an seine Erben weiter (**Transmission iwS**). Die Transmission iwS schließt die Ersatzerbschaft daher im Zweifel aus, sodass die Erben des Ersteingesetzten zum Zug kommen (§ 537 Abs 2).

5.204 Erlangt der Erbe die Erbschaft oder tritt an dessen Stelle der Ersatzerbe oder kommt es zu einer Transmission, sind Anwachsungsberechtigte, gesetzliche Erben, Vermächtnisnehmer als außerordentlich Erbberechtigte und der Bund als Aneignungsberechtigter²¹²² ausgeschlossen.²¹²³

Vor diesem Hintergrund kann daher folgende **Reihung der potenziell Erbberechtigten** bzw des aneignungsberechtigten Bundes vorgenommen werden:

- vertraglicher, testamentarischer Erbe,
- Transmissar iwS,
- Ersatzerbe,
- Transmissar ieS,
- Anwachsungsberechtigter,
- gesetzlicher Erbe (einschließlich der Lebensgefährte),
- Lebensgefährte als Erbberechtigter,
- Vermächtnisnehmer als außerordentlich Erbberechtigter,
- Bund als Aneignungsberechtigter.

5.205 Der Fall einer gesetzlich angeordneten Ersatzerbenberufung ist in § 605 enthalten: Wenn ein letztwillig **eingesetztes Kind** als Erbe wegfällt, so wird vermutet, dass der Verstorbene

2118 Zur Transmission ieS und iwS s Rz 3.32 ff.

2119 § 537 Abs 2 e contrario; OGH 1 Ob 285/46 JBl 1947, 154; 6 Ob 115/69 SZ 42/93; Ehrenzweig, System II/2² 457; Weiß in Klang, ABGB III² 76; Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht³ 181; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht² 85 f; Welser/Zöchling-Jud, Grundriss II¹⁴ Rz 1900; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁵ § 809 Rz 3; Kletečka, Ersatz- und Nacherbschaft 55 ff mwN zu älteren aA; krit A. Tschugguel, EF-Z 2012, 257 (257 ff).

2120 Apathy/Neumayr in KBB⁶ § 604 Rz 3 mwN; s auch schon Rz 3.36.

2121 RIS-Justiz RS0006035; OGH 3 Ob 141/12 z NZ 2013, 250; Apathy/Neumayr in KBB⁶ § 615 Rz 1; Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 615 Rz 1; Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 615 Rz 4. Nach Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht³ 181 bringt nur eine Erbantrittserklärung, die auch zu einem endgültigen Erbschaftserwerb führt, die Ersatzerbschaft zum Erlöschen; s weiters Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁵ § 604 Rz 6; Kletečka, Ersatz- und Nacherbschaft 117 ff.

2122 Die Republik Österreich kann kein Erbrecht des Transmittenten nach dem Verstorbenen geltend machen, wenn sie sich die Verlassenschaft des verstorbenen Transmittenten als erbloses Gut aneignet (RIS-Justiz RS0008088, zuletzt OGH 2 Ob 58/17 v). Siehe dazu näher Rz 7.4.

2123 Welser/Zöchling-Jud, Grundriss II¹⁴ Rz 2167. Siehe näher Rz 3.36 f.

dessen Nachkommen zu Ersatzerben einsetzen wollte. Man spricht in diesem Fall von der „**gesetzlich vermuteten Ersatzerbschaft**“.²¹²⁴ Eine Anwachsung nach § 560 scheidet in dieser Konstellation aus (§ 604 Abs 2), sofern der Wille des Verstorbenen im Einzelfall nicht Gegenteiliges nahelegt.²¹²⁵ So ist der Tatbestand der leg cit etwa erfüllt, wenn das eingesetzte Kind vor dem Verfügenden verstorben ist, es sich als erbunwürdig erweist oder die Erbschaft ausschlägt.²¹²⁶ Schließlich gelangt § 605 auch zur Anwendung, wenn eine angeordnete Ersatzerbschaft nach § 617 erlischt.²¹²⁷

Die dem Erben auferlegten **Pflichten** (Erbteilungsanordnungen, Auflagen, Vermächtnisse, Nacherbschaften) muss im Zweifel auch der Ersatzerbe **übernehmen** (§ 606).²¹²⁸ Hin- gegen müssen **Bedingungen**, die dem Erben auferlegt wurden, im Zweifel vom Ersatz- erben nicht erfüllt werden (§ 606 Satz 2 iVm § 702).²¹²⁹

5.206

2124 Unter eingesetzten „Kindern“ des Verstorbenen sind auch dessen Adoptiv- und die Enkelkin- der zu verstehen. Zu den „Nachkommen“ des eingesetzten Kindes zählen dessen Kinder und Enkelkinder. Auch die Adoptivkinder gehören mE dazu, weil nun nach der eindeutigen Ab- sicht des Gesetzgebers § 617 idF ErbRÄG 2015 auch für adoptierte Kinder des eingesetzten Kindes gilt (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 13), obwohl zwischen dem Verstorbenen und dem adoptierten Kind seines Kindes kein Verwandtschaftsverhältnis besteht. Für die Parallelität der Erlöschensbestimmung nach § 617 (s Rz 5.208 und 5.236) mit der stillschweigenden Er- satzerbschaft nach § 605 spricht, dass sich die Ziele der Bestimmungen decken; in beiden Fällen vermutet das Gesetz, dass der Verstorbene die irrtümlich nicht berücksichtigen Kinder seines Kindes nicht benachteiligen wollte: *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 125, allerdings noch zur alten Rechtslage und mit dem Ergebnis, dass beide Bestimmungen, also § 617 aF und 779 aF, nicht für Adoptivkinder gelten. Für Einbeziehung der Adoptivkinder nach neuem Recht auch *Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 605 Rz 15; *Arnold/Schwar- zenegger*, JBl 2017, 152 (158 ff); *Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 605 Rz 2; aA *Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 605 Rz 1; *Apathy/Neumayr in KBB*⁶ § 605 Rz 1 und *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 605 ABGB Rz 1 unter mE nach neuem Recht nicht mehr zutr Berufung auf *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 30. Eine analoge Anwen- dung von § 605 auf andere Personen, wie bspw vorverstorbene Geschwister, wird von der Rsp zutr verneint: OGH 8 Ob 657/88 SZ 61/227; zust *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 31 ff mwN; *Apathy/Neumayr in KBB*⁶ § 605 Rz 2.

2125 OGH 1 Ob 674/89 EF 63.052; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/ Schauer*² § 19 Rz 27; *Apathy/Neumayr in KBB*⁶ § 605 Rz 2.

2126 Zu weiteren Fällen s *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 45 ff.

2127 Siehe Rz 5.208.

2128 *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II¹⁴ Rz 2168; *Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 606 Rz 2. Siehe dazu auch *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 108 ff.

2129 Zum Verhältnis zwischen Pflichten nach § 606 Satz 1 und § 702 kommt es für *Kletečka*, Er- satz- und Nacherbschaft 112 ff, darauf an, ob für den Testator die Person des Instituten oder die Einhaltung der Bedingung selbst im Vordergrund stand. Ersteres spreche gegen, Letzteres für eine Erstreckung der Anordnung auf den Ersatzerben. So auch *Kletečka/Holzinger in Kle- tečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 606 Rz 8. Enger wohl die hA: Die Bedingung soll nur dann übergehen, wenn durch sie ein Dritter eine Zuwendung erhalten soll: *Sailer in Fenyves/Kersch- ner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 606 Rz 5; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 606 ABGB Rz 1 iVm §§ 560–563 ABGB Rz 12; *Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 606 Rz 4; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 183.

5.207 Wurden nur **Miterben gegenseitig** als Ersatzerben eingesetzt, so gelten im Zweifel die vom Verstorbenen angeordneten **Erbquoten** auch für den Erbteil, für den der Ersatz-erbfall eintritt. Wurden hingegen **auch andere Personen** zu Ersatzerben berufen, so erben alle den Erbteil, für den der Ersatzerbfall eintritt, im Zweifel **zu gleichen Teilen** (§ 607).

5.208 Die Ersatzerbschaft **erlischt** bei **Transmission iwS** (s Rz 3.36) oder, wenn der Ersatzerbe **vorverstorben** oder **erbunwürdig** ist oder die Erbschaft **ausschlägt**.²¹³⁰

Hat der letztwillig Verfügende seinem **Kind** eine Ersatzerbschaft (oder Nacherbschaft) in einem Zeitpunkt angeordnet, in dem dieses noch keine Kinder hatte, so **erlischt** diese Anordnung im Zweifel **eo ipso**,²¹³¹ wenn es später doch erbfähige²¹³² Kinder²¹³³ hinterlassen hat (§ 617). Voraussetzung ist allerdings, dass die Kinder des mit der Ersatzerbschaft belasteten Kindes den Ersatzerbfall erleben.²¹³⁴ Sie nehmen dann nach § 605 den Platz des Ersatzerben ein.²¹³⁵ § 617 enthält jedoch nur eine **widerlegbare Auslegungsregel** (arg „im Zweifel“).²¹³⁶

c) Die Nacherbschaft (§§ 608ff)

aa) Allgemeines

5.209 Nach § 608 Satz 1 kann der letztwillig Verfügende einen Erben so einsetzen, dass dieser erst **nach** einem anderen Erben erbt. Anders ausgedrückt handelt es sich bei der Nacherbschaft um die Anordnung, dass ein Nacherbe vom ersteingesetzten Vorerben die Erbschaft zu einem **vom Verfügenden** bestimmten **Zeitpunkt (Nacherbfall)** übernehmen soll.²¹³⁷

2130 Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 615 Rz 1 mwN.

2131 Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 617 Rz 3, 5 mwN.

2132 Dabei kommt es auf die Erbfähigkeit der Kinder gegenüber dem (eingesetzten) Kind des Verfügenden an: s dazu Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 617 Rz 5 mwN.

2133 Dazu zählen auch Adoptivkinder: ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 13. Vgl auch Apathy/Neumayr in KBB⁶ § 617 Rz 1; Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁵ § 617 Rz 5; krit dazu etwa Welser, Erbrechts-Kommentar § 617 ABGB Rz 1.

2134 Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 617 Rz 6; Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁵ § 617 Rz 2 mwN.

2135 Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 617 Rz 2.

2136 Siehe zu einem erkennbaren abweichenden Willen des Verfügenden 2 Ob 15/19y NZ 2020/16: Anordnung der Nacherbschaft für den Fall, dass das eingesetzte Kind ohne Hinterlassung leiblicher Kinder verstirbt. Das eingesetzte Kind hinterließ (nur) adoptierte Kinder. Der Ersatz- (bzw Nach)erbe kann außerdem im Verfahren über das Erbrecht (§§ 160ff AußStrG) beweisen, dass der Verstorbene die Ersatz- (bzw Nach)erbschaft auch für den Fall aufrechterhalten wollte, dass das eingesetzte Kind nachträglich Kinder bekommt: OGH 7 Ob 733/86 SZ 60/7; 3 Ob 92/58 SZ 31/47; RIS-Justiz RS0012570; Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 617 Rz 3 mwN auf Lit.

2137 Apathy/Neumayr in KBB⁶ 608 Rz 1.

Der Nacherbe ist **Erbe des Verstorbenen**,²¹³⁸ gelangt aber erst nach dem Ersteingesetzten, dem **Vorerben**, zur Erbschaft.²¹³⁹ In dieselbe Verlassenschaft findet also in zeitlicher Aufeinanderfolge eine mehrfache Gesamtrechtsnachfolge statt.²¹⁴⁰

Beispiel 1

Meine Frau Sissi soll meine Erbin sein, nach ihrem Tod soll mein Sohn Peter mein Erbe sein.

Beispiel 2

Meine Tochter Anna soll meine Erbin sein bis mein Enkel Heimo das 27. Lebensjahr vollendet hat; danach soll dieser mein Erbe sein.

Hat der Verstorbene nichts anderes angeordnet, tritt der **Nacherbfall**, also der Zeitpunkt, in dem der Nacherbe das Recht hat, die Erbschaft zu übernehmen, mit dem **Tod des Vorerben** ein (§ 608 Abs 2).²¹⁴¹

Beispiel

Zuerst soll mein Gatte mein Erbe sein, dann meine Schwester Rosi.

Die Anordnung einer Nacherbschaft bezieht sich immer nur auf das **Vermögen**,²¹⁴² das **vom Verstorbenen** stammt, nie auf die Verlassenschaft des Vorerben.²¹⁴³

So wie der letztwillig Verfügende die Bestimmung seines Erben grds selbst vornehmen muss (§ 564), hat er auch den **Nacherben selbst zu bestimmen**.²¹⁴⁴ Allerdings genügt **5.210**

2138 OGH 8 Ob 316/66 SZ 39/194; 1 Ob 243/72 SZ 45/118; 1 Ob 185/01 i NZ 2002, 330; 5 Ob 121/07s JBl 2008, 176; vgl auch *Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 608 Rz 5 mwN; *Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 608 Rz 1; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 608 ABGB Rz 2.

2139 Auch einem gesetzlichen Erben kann ein Nacherbe bestimmt werden: OGH 2 Ob 429/51 EvBl 1951/465.

2140 *Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 608 Rz 5. Durch den Nacherbfall verliert der Vorerbe seine Erbenstellung ipso iure und die Nacherbschaftsmasse wird wieder zur ruhenden Verlassenschaft: OGH 3 Ob 177/06k Miet 58.748; *Apathy/Neumayr in KBB*⁶ § 608 Rz 2. Wurde die Einantwortung mit Hinweis auf die Nacherbschaft vorgenommen, ist das Abhandlungsverfahren nach dem Testator erneut aufzunehmen (Nacherbschaftsabhandlung). Ist die Einantwortung an den Vorerben hingegen ohne Beschränkung durch die Nacherbschaft erfolgt, hat der Nacherbe mit der Erbschaftsklage vorzugehen: Siehe dazu Rz 5.242.

2141 Vgl *Sailer in FS Eccher* 995 (1005).

2142 Die Nacherbschaft kann sich dabei auf die ganze Verlassenschaft oder bloß auf Teile davon beziehen: OGH 1 Ob 243/72 Miet 25077; 4 Ob 546/80 SZ 54/48; *Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 608 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 608 ABGB Rz 1.

2143 *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*² § 19 Rz 9; *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II¹⁴ Rz 2174.

2144 OGH 5 Ob 121/07s JBl 2008, 176. Der Nacherbe muss im Todeszeitpunkt des Testators noch nicht existieren: OGH 3 Ob 539/94 EF 75.308; 1 Ob 630/94 SZ 68/61; *Apathy/Neumayr in KBB*⁶ § 608 Rz 1; s dazu Rz 5.213 ff. Die Einsetzung ungeborener Nacherben führt auch dann nicht zur Ungültigkeit des Testaments, wenn im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bereits offenkundig war, dass solche Nacherben nicht mehr zu erwarten waren: OGH 7 Ob 495/56 SZ 29/79; *Apathy/Neumayr in KBB*⁶ § 608 Rz 1.

auch in diesem Fall, dass der Nacherbe beim Anfall **bestimmbar** ist²¹⁴⁵ oder der Verfügende die Auswahl einem Dritten nach **sachlichen Kriterien** überlässt.²¹⁴⁶ Der Verfügende darf die Auswahl des Nacherben jedoch nicht dem Belieben des Vorerben überlassen,²¹⁴⁷ selbst dann nicht, wenn er den Personenkreis für die Auswahl, bspw auf die Blutsverwandten des Vorerben, beschränkt.²¹⁴⁸ Tut er dies trotzdem, liegt keine Nacherbschaft vor; eine solche Anordnung kann auch nicht in eine Auflage, dass der Vorerbe das Vermögen des Verstorbenen einem anderen hinterlassen muss, umgedeutet werden, weil darin ein unzulässiger Eingriff in die Testierfreiheit des Vorerben läge.²¹⁴⁹

- 5.211** Hat der Verfügende dem Erben verboten oder zugunsten einer bestimmten Person geboten, über die vom Verfügenden stammende Verlassenschaft zu testieren, wäre dies eine unzulässige Einschränkung der Testierfreiheit. Eine solche **Testieranordnung** ist jedoch gem § 610 im Zweifel in die Anordnung einer **Nacherbschaft auf den Überrest umzudeuten**²¹⁵⁰ und zwar im Fall des Verbots zugunsten der gesetzlichen Erben des eingesetzten Erben und im Fall des Gebots zugunsten der bestimmten Person.

Beispiel

„A erbt mein Vermögen. Er muss jedoch diesbezüglich den B als Erben einsetzen.“ Diese Verfügung wird im Zweifel in eine Vorerbschaft zugunsten des A und eine Nacherbschaft auf den Überrest zugunsten des B umgedeutet.

- 5.212** Ein letztwillig oder vertraglich begründetes **Veräußerungsverbot** schließt im Zweifel nicht die Möglichkeit aus, über die betreffende Sache letztwillig zu verfügen (§ 610 Abs 2);²¹⁵¹ es schließt also kein Testierverbot ein, das in ein Nachvermächtnis umzudeuten wäre.²¹⁵²

2145 OGH 10 Ob 1517/93 NZ 1994, 115; Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² § 19 Rz 13.

2146 Ehrenzweig, System II/2² 407f; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht² 27; Welser/Zöchling-Jud, Grundriss II¹⁴ Rz 2068f, 2173; krit Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht³ 93f und Kletečka, Ersatz- und Nacherbschaft 153ff.

2147 Welser, Erbrechts-Kommentar § 608 ABGB Rz 1.

2148 OGH 1 Ob 90/01v EF 98.839; 5 Ob 121/07s JEV 2008/5.

2149 OGH 10 Ob 14/04p NZ 2006/34; 5 Ob 121/07s JEV 2008/5; Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht³ 266 FN 9; Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² § 19 Rz 13; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht² 27; Kletečka, Ersatz- und Nacherbschaft 163ff; Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁵ § 608 Rz 4; Welser, Erbrechts-Kommentar § 608 ABGB Rz 1; Welser/Zöchling-Jud, Grundriss II¹⁴ Rz 2173; anders noch die ältere Rsp: OGH 3 Ob 353/60 EvBl 1961/1; 8 Ob 582/86 NZ 1987, 130; 3 Ob 516/87 SZ 60/225.

2150 Vgl dazu Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² § 19 Rz 13; Sailer in FS Eccher 995 (1006 FN 62); s auch Rz 5.217 und 5.230ff.

2151 Ob eine letztwillige Verfügung als Veräußerungsverbot oder als Nacherbschaft bzw Nachvermächtnis anzusehen ist, ist eine Auslegungsfrage: Apathy/Neumayr in KBB⁶ § 610 Rz 2; s auch Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 610 Rz 6.

2152 Siehe dazu näher Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 610 Rz 6; Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 610 Rz 11 ff.

bb) Gesetzliche Grenzen der Nacherbeneinsetzung

Um langfristige Vermögensbindungen zu verhindern, sieht das Gesetz für die Nacherbeneinsetzung Begrenzungen vor. **5.213**

Der letztwillig Verfügende kann zwar **beliebig viele Zeitgenossen** zu Nacherben einsetzen (§ 611), die Nacherbeneinsetzung von **Nichtzeitgenossen** ist jedoch **begrenzt**:

- Handelt es sich um **Geld** oder sonstiges **bewegliches Vermögen**, so kann der letztwillig Verfügende Nacherbschaften zugunsten von Nichtzeitgenossen **bis zu zwei Nacherbfällen** wirksam anordnen,
- handelt es sich um **unbewegliches Vermögen**, so ist die Berufung von Nichtzeitgenossen auf **einen Nacherbfall** beschränkt (§ 612).²¹⁵³

Zeitgenossen sind all jene **natürlichen** Personen, die zum **Zeitpunkt der Testamentserrichtung** bereits **gezeugt** (§ 22)²¹⁵⁴ oder **geboren** sind (§ 611 Satz 2). **5.214**

Kryokonservierte entwicklungsfähige Zellen zählen nicht zu den Zeitgenossen, weil Sinn des § 611 ist, lange Bindungen von Vermögen zu verhindern.²¹⁵⁵ Aus dem gleichen Grund sind auch **juristische Personen nicht** als Zeitgenossen zu betrachten (§ 611 Satz 2 e contrario).²¹⁵⁶

Zur Bestimmung der **Nacherbfälle** nach § 612 werden der ersteingesetzte Vorerbe und die Nacherben, die Zeitgenossen des letztwillig Verfügenden sind, nicht gezählt, sondern nur die **nichtzeitgenössischen Nacherben**, die die Erbschaft **annehmen**.²¹⁵⁷ Werden **5.215**

²¹⁵³ Unternehmen und Gesellschaftsanteile werden hier den unbeweglichen Sachen zugeordnet: *Schauer*, Rechtsprobleme 427 ff; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 185; *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ §§ 611–612 Rz 1. Die Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen kann innerhalb einer Verlassenschaft somit zu unterschiedlichen Bindungen führen, wobei durch spätere Veränderungen des Nacherbguts weder eine Verkürzung noch eine Verlängerung der jeweiligen Bindungsdauer bewirkt wird: Siehe *Welser*, Erbrechts-Kommentar §§ 611, 612 ABGB Rz 4. So bleibt etwa die Beschränkung auf den ersten Nacherbfall auch dann maßgeblich, wenn an die Stelle einer unbeweglichen Sache eine bewegliche tritt: OGH 1 Ob 849/33 SZ 15/202; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 185 ff.

²¹⁵⁴ Der Hinweis auf § 22 in § 611 erlaubt mE nach wie vor die Auslegung, dass gezeugte Ungeborene nur dann als Zeitgenossen zu behandeln sind, wenn es ihnen zum Vorteil gereicht: *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 186. Ein *nasciturus* ist daher als Zeitgenosse anzusehen, wenn er für unbewegliche Güter einem Ungezeugten als zweiter Nacherbe substituiert ist, nicht hingegen, wenn er ohne die Nacherbschaft freier gesetzlicher Erbe würde: *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 178 mit differenzierenden Beispielen. Nach Auffassung von *Welser*, Erbrechts-Kommentar §§ 611, 612 ABGB Rz 2 ist die Zahl möglicher Nacherben für die Ungeborenen hingegen weder vorteilhaft noch nachteilig.

²¹⁵⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 13.

²¹⁵⁶ OGH 1 Ob 849/33 SZ 15/202; *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ §§ 611, 612 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar §§ 611, 612 ABGB Rz 1; *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II¹⁴ Rz 2172; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 178 ff; *Winkler*, Erbrecht² Rz 174.

²¹⁵⁷ *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ §§ 611–612 Rz 2; *Apathy/Riss*, Erbrecht⁶ Rz 10/35; nach aA ist auf die Einantwortung abzustellen: *Sailer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) §§ 611, 612 Rz 30 iVm Rz 12; wohl auch *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ §§ 611, 612 Rz 3.

Zeitgenossen und Nichtzeitgenossen zu Nacherben berufen, sind nur die Nacherbfälle der Nichtzeitgenossen iSd § 612 relevant.²¹⁵⁸

Beispiel 1

A hat zwei Söhne (B und C). Diese haben zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch keine Nachkommen. A verfügt Folgendes: „B und C sollen meine Erben sein. Nach ihrem Tod sollen Bs Kinder mein Vermögen erhalten, nach deren Tod Cs Kinder und nach deren Ableben Bs Enkel.“ – Hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens ist nur die erste Nacherbeinsetzung wirksam, also nur jene zugunsten der Kinder des B; betreffend das bewegliche Vermögen ist sowohl die erste Nacherbeinsetzung zugunsten von Bs Kindern als auch die zweite zugunsten der Kinder von C wirksam (Tod von Bs Kindern = 2. Nacherbfall), nicht mehr jedoch jene zugunsten der Enkel des B (der Tod von Cs Kindern wäre schon der 3. Nacherbfall). Hat C jedoch keine Kinder, so zählt die zweite Nacherbeinsetzung nicht mit – in diesem Fall kommen beim Tod von Bs Kindern Bs Enkel zum Zug.

Beispiel 2

A hat einen kinderlosen Sohn B und eine junge Geliebte D. Das Testament des A lautet folgendermaßen: „Ich bestimme B zu meinem Erben. Nach seinem Tod sollen seine Kinder alles erben. Nach deren Tod erhält meine liebe D mein Vermögen. Wenn auch sie nicht mehr lebt, sollen die Enkel des B mein Erbe bekommen.“ – Hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens ist wiederum nur die erste Nacherbschaft zugunsten der Kinder des B wirksam (Tod des B ist der erste Nacherbfall). Als zweiter Nacherbfall gilt jedoch erst der Tod der D, weil D Zeitgenossin ist und daher nicht unter § 612 fällt, also bei der Bestimmung der Nacherbfälle der Nichtzeitgenossen nicht mitgezählt wird. Die Enkel des B erben daher das bewegliche Vermögen von A.

cc) Nacherbschaft und Pflichtteilsrecht

- 5.216** Hat der Testator bei der Anordnung einer Nacherbschaft einen **Pflichtteilsberechtigten nicht bedacht**, so hat der Vorerbe den Pflichtteil zu berichtigen, wobei nach der Rsp bei der Pflichtteilsberechnung die Nacherbschaft nicht zu berücksichtigen ist. Sie mindert daher nicht den Wert der Verlassenschaft.²¹⁵⁹

Fraglich ist, was zu gelten hat, wenn der Vor- oder Nacherbe selbst pflichtteilsberechtigt ist. IdZ sind die §§ 762 und 766 und das vieldiskutierte Spannungsfeld dieser Bestimmungen zueinander zu beachten. Nach § 762 ist eine Zuwendung, der Bedingungen oder Belastungen anhaften, grds zur Pflichtteilsdeckung geeignet.²¹⁶⁰ Es ist also zulässig, den Pflichtteil auch durch bedingte und befristete Zuwendungen zu decken. Auf der anderen Seite sieht § 766 Abs 1 Satz 2 vor, dass eine Deckung des Pflichtteils durch eine Zuwendung nur auf maximal fünf Jahre erstreckt werden kann. Je nachdem, welcher der zahl-

2158 OGH 7 Ob 88/65 SZ 38/65; Sailer in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) §§ 611, 612 Rz 12; Welser, *Erbrechts-Kommentar* §§ 611, 612 ABGB Rz 1; *Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ §§ 611, 612 Rz 3; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 180. Dass mehrere Personen gemeinsam zur Nacherbschaft berufen werden, ist lediglich als ein Nacherbfall zu werten: Welser, *Erbrechts-Kommentar* §§ 611, 612 ABGB Rz 5.

2159 OGH 6 Ob 226/70 JBl 1971, 136. So auch *Ehrenzweig*, System II/2² 488; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 190.

2160 Anders noch § 774 aF ABGB, nach dem der Pflichtteil „ganz frei bleiben“ musste.

reich vertretenen Auffassungen²¹⁶¹ man zu dem Verhältnis zwischen den §§ 762 und 766 folgt, kommt man zu jeweils unterschiedlichen Ergebnissen.

ME ist jener Auffassung, die nach dem Gestaltungs- und dem Stundungsinteresse des Verstorbenen unterscheidet, der Vorzug zu geben. Habe der Verstorbene eine Stundung beabsichtigt, komme § 766 zur Anwendung, wollte er aber die Pflichtteilsdeckung (auch zeitlich) gestalten, sei § 762 heranzuziehen.²¹⁶² Bei der Anordnung einer Vor- bzw Nacherbschaft steht wohl jedenfalls das Gestaltungsinteresse des Verstorbenen im Vordergrund, sodass § 766, folgt man der erwähnten A, keine Rolle spielt.

Ist ein **Pflichtteilsberechtigter** als **Vorerbe** eingesetzt, steht ihm, sofern der Verstorbene keine Nacherbschaft auf den Überrest angeordnet hat, nur ein Fruchtgenussrecht an der Verlassenschaft zu.²¹⁶³ Nach § 762 iVm § 780 Abs 2 ist der Wert des dem Pflichtteilsberechtigten zugewendeten Vorerbrechts, der sich am Wert des ihm zukommenden Fruchtgenussrechts orientiert,²¹⁶⁴ zu ermitteln. Ist der Pflichtteil dadurch nicht gedeckt, gebührt dem Pflichtteilsberechtigten dessen Ergänzung in Geld (§ 763).²¹⁶⁵

Ist der Pflichtteilsberechtigte als **Nacherbe** eingesetzt, so ist das Nacherbrecht wiederum nach § 762 iVm § 780 Abs 2 zu bewerten und der pflichtteilsberechtigte Nacherbe kann, falls sein Pflichtteil nicht gedeckt ist, Ergänzung nach § 763 iVm § 765 verlangen.²¹⁶⁶ Tritt der Nacherbfall nur bedingt ein oder liegt bei einer Befristung der Termin (möglicherweise) in weiter Zukunft, so hat das Nacherbrecht einen entsprechend geringen Wert, der bis zu Null gehen kann.²¹⁶⁷

dd) Die konstruktive Nacherbfolge

Wurde ein Erbe **bedingt** oder **befristet** eingesetzt (§§ 707, 708), kommen ebenfalls die **5.217** Regeln der Nacherbschaft zur Anwendung (sog „**konstruktive Nacherbfolge**“).

2161 Siehe dazu Rz 10.31.

2162 Siehe Rz 10.32. Ein Indiz für das Stundungsinteresse ist es mE, wenn sich aus der Anordnung des Verstorbenen ergibt, dass er dem Pflichtteilsberechtigten wertmäßig genau den Pflichtteil – zeitlich verzögert – zukommen lassen wollte.

2163 Siehe Rz 5.220.

2164 Siehe dazu OGH 2 Ob 167/16x EF-Z 2017/63 (A. Tschugguel): In dieser Entscheidung nahm der OGH sogar schon vor Geltung des ErbRÄG 2015 die Möglichkeit der Pflichtteilsdeckung durch ein Vorerbrecht an; ebenso 2 Ob 105/17 f NZ 2018/123 zum Vorvermächtnis (Vorlegat) einer Liegenschaft nach § 652.

2165 Ähnlich Sailer in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 608 Rz 5 FN 14.

2166 AA Musger in KBB⁶ § 762 Rz 6, der zumindest für letztwillige Zuwendungen mit letztwillig verfügbaren Belastungen der Auffassung vom Vorrang des § 766 gegenüber § 762 folgt und sich va an *Umlauf*, Erbrechtsreform 2015: Antinomie zwischen den Regelungen der Pflichtteilsdeckung und der Pflichtteilsstundung? in *Schurr/Umlauf* (Hrsg), Festschrift Bernhard Echer (2017) 1189 (1198ff) orientiert. Ein zum Nacherben eingesetzter Pflichtteilsberechtigter könne nach Ablauf des (allenfalls verlängerten Stundungszeitraums) den Geldpflichtteil fordern, müsse dafür aber die Nacherbschaft ausschlagen. Diese Ansicht steht aber in Widerspruch zu § 808 Abs 2, wonach eine pflichtteilsberechtigte Person die Erbschaft nicht unter dem Vorbehalt ihres Pflichtteils ausschlagen kann.

2167 Siehe dazu auch *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*² § 9 Rz 128 FN 396.