

1. Kapitel Einleitung

I. Erbschaftserwerb nach ABGB

A. Verlassenschaftsverfahren und Einantwortung

Das ABGB definiert das **Erbrecht** in § 532 Satz 1 ABGB¹⁾ als „das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen [...] Teil derselben [...] in Besitz zu nehmen.“ Das Erbrecht ist das subjektive Recht des Erben²⁾, in die Rechtsposition des Erblassers einzutreten und dessen Gesamtrechtsnachfolger zu werden.³⁾ Es entsteht mit dem Erbanfall (§ 536). Dieser Zeitpunkt ist in der Regel der Tod des Erblassers.⁴⁾ Unter dem Begriff „Nachlass“ oder „Verlassenschaft“ ist gemäß § 531 die Summe der vererblichen Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen zu verstehen. Aus Sicht des Erben ist dies die **Erbschaft** (§ 532 Satz 3).

Obgleich es der Wortlaut des § 532 Satz 1 nahelegt, darf gemäß § 797 Satz 1 niemand eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Vielmehr hat die **Einantwortung** des Nachlasses durch Gerichtsbeschluss zu erfolgen, also eine Übergabe in den rechtlichen Besitz (§ 797 Satz 2). Erst mit Rechtskraft der Einantwortung gehen sämtliche vererblichen Rechte und Pflichten des Erblassers auf die Erben über und es kommt zur Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge).⁵⁾

Die Erben erwerben den Nachlass daher nicht unmittelbar im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, sondern erst durch ein besonderes gerichtliches Verfahren, in dem die Übergabe der Erbschaft durch Gerichtsbeschluss stattfindet. Im Zeitraum zwischen Tod des Erblassers und Einantwortung spricht man vom sogenannten „**ruhenden Nachlass** (*hereditas iacens*)“. Dieser ist eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit.⁶⁾

¹⁾ Paragraphenzitate ohne nähere Gesetzesbezeichnung sind im Folgenden solche des ABGB.

²⁾ Im Sinne der leichteren Lesbarkeit wird im Folgenden bei geschlechtsspezifischen Begriffen die männliche Form verwendet, was geschlechtsneutral zu verstehen ist und selbstverständlich auch die weibliche Form umfasst.

³⁾ Kralik, Erbrecht³ 30; Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 37.

⁴⁾ Bei aufschiebend bedingter Erbeinsetzung (Suspensivbedingung) fällt dem Erben das Erbrecht jedoch erst mit Bedingungseintritt an (§ 703; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 454; Welser in Rummel, ABGB³ § 536 Rz 1; Fritsch in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 43).

⁵⁾ Der Zeitpunkt des Eintritts der Universalsukzession war längere Zeit strittig. Hierfür käme nämlich dem Gesetzwortlaut nach auch der Erbanfall (vgl § 537) oder die Erbantrittserklärung (vgl § 547) in Betracht. Nach hM ist der maßgebende Zeitpunkt für die Gesamtrechtsnachfolge des Erben jedoch die Rechtskraft der Einantwortung (vgl zB Ehrenzweig, System II/2² 361; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 566; Welser in Rummel, ABGB³ § 532 Rz 3 mwN und § 547 Rz 1 und § 797 Rz 5; Eccher, Erbrecht⁴ Rz 6/1; Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 2).

⁶⁾ Vgl ua Ehrenzweig, System II/2² 364; Kralik, Erbrecht³ 26; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 566; Welser in Rummel, ABGB³ § 547 Rz 2; Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 2.

Das für den Erbschaftserwerb vorgesehene gerichtliche Verfahren regelt das ABGB nicht selbst. Vielmehr verweist § 798 auf die verfahrensrechtlichen Vorschriften und somit auf die das **Verlassenschaftsverfahren** regelnden Bestimmungen des AußStrG (§§ 143 – 185 AußStrG). Demgegenüber enthielt der Urentwurf⁷⁾ zum ABGB nicht bloß die materiell-rechtlichen Bestimmungen über den Erbschaftserwerb, sondern regelte darüber hinaus den gesamten Ablauf und Gang des Verlassenschaftsverfahrens.⁸⁾ Das AußStrG 2003 (BGBl I 2003/111) ist seit 1. 1. 2005 in Kraft und löste jenes aus dem Jahr 1854⁹⁾ ab. Im Zuge dieser grundlegenden Reform des Außerstreitverfahrens wurden auch wesentliche Teile des Verlassenschaftsverfahrens neu geregelt.

B. Erbantritts- und Ausschlagungserklärung

Will ein potentieller Erbe die Erbschaft erwerben, hat er sein Erbrecht gemäß § 799 im Verlassenschaftsverfahren nachzuweisen.¹⁰⁾ Eine weitere Voraussetzung für die Einantwortung ist die Abgabe einer **Erbanttrittserklärung**.¹¹⁾ Der Erbe hat ausdrücklich zu erklären, dass er die Erbschaft (bedingt oder unbedingt)¹²⁾ annehmen möchte (§§ 799, 800).

Das Gesetz zwingt den Erben jedoch nicht, die Erbschaft zu erwerben.¹³⁾ Er kann die Erbschaft innerhalb des Verlassenschaftsverfahrens auch gemäß § 805 **ausschlagen** (Erbsentschlagung).¹⁴⁾ Daneben hat der Erbe die Möglichkeit, untätig zu bleiben und keinerlei Erklärung abzugeben.¹⁵⁾

Sowohl der Erbantritts- als auch der Ausschlagungserklärung kommt erhebliche praktische Bedeutung zu.¹⁶⁾ Das Gesetz stellt dem Erben vom Erblasserwillen unabhängige Entscheidungs- und Gestaltungsinstrumente zur Verfügung und legt das Letztentscheidungsrecht über die erbrechtliche Vermögensnachfolge in dessen Hände.

⁷⁾ Abgedruckt in *Ofner*, Ur-Entwurf I (1888).

⁸⁾ Siehe *Ofner*, Ur-Entwurf I LXXXII (§§ 589 – 639).

⁹⁾ RGBl 1854/208.

¹⁰⁾ Vgl auch §§ 176, 177 AußStrG.

¹¹⁾ Vor Inkrafttreten des AußStrG 2003 (BGBl I 2003/111) wurde die Erbantrittserklärung als „Erbserklärung“ bezeichnet. Der Reformgesetzgeber empfand dies jedoch als sprachlich unschön und sachlich unzutreffend. Es könne sich nämlich niemand selbst zum Erben erklären. Denkbar sei lediglich eine Erklärung der Partei, die Erbschaft antreten zu wollen (ErlRV 224 BlgNR 22. GP 102; *Langer*, AußStrG² 312).

¹²⁾ Vgl dazu FN 210 und 211.

¹³⁾ OGH I Ob 494/57 EvBl 1958/113; *Ferrari-Hofmann-Wellenhof*, Erbschaftsklage 8.

¹⁴⁾ Teilweise wird die Ausschlagung auch „negative“ Erbantrittserklärung genannt (so zB *Echer* in *Schwimann*, ABGB³ § 805 Rz 1; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 805 Rz 1; *Schilchegger/Gruber*, Verlassenschaftsverfahren 81). Kritisch zu dieser Bezeichnung *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 567.

¹⁵⁾ Vgl dazu unten Punkt B, s Seite 30.

¹⁶⁾ Schon *Bartsch*, Erbrecht² 103 bezeichnete die Erb(antritt)serklärung als den wichtigsten Akt im Abhandlungsverfahren.

II. Gegenstand und Aufbau der Arbeit

Die Abgabe einer Erbantritts- oder Ausschlagungserklärung findet innerhalb des Verlassenschaftsverfahrens statt. Dennoch erfuhren diese Rechtshandlungen sowohl im AußStrG (§§ 157 ff AußStrG) als auch im ABGB (§§ 799 ff) einer gesetzlichen Regelung.¹⁷⁾ Dadurch eröffnet sich eine **Schnittstelle** an der Grenze zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht, die eine Reihe von Fragen aufwirft, welche teilweise kontrovers diskutiert werden oder noch nicht systematisch dargestellt wurden.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, die mit **dem Antritt und der Ausschlagung einer Erbschaft** zusammenhängenden Problemstellungen möglichst umfassend zu beleuchten und eigene Lösungsansätze zu finden. Sie soll insbesondere zur wissenschaftlichen Diskussion beitragen, darüber hinaus aber auch einen Beitrag für die Praxis leisten.

Zunächst erfolgt eine nähere Analyse der Rechtsnatur einer Erbantritts- oder Ausschlagungserklärung (2. Kapitel, s Seite 5), zumal von dieser Qualifikation die Lösung weiterer Fragen abhängt, wie insbesondere jene nach der Anfechtbarkeit der Erklärungen wegen Willensmängeln. Erörtert wird hierbei auch die Abgrenzung zwischen der Ausschlagung einer Erbschaft und der Veräußerung des Erbrechts iSd §§ 1278 ff. Anschließend werden die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Erbantritts- oder Ausschlagungserklärung dargestellt (3. Kapitel, s Seite 25). Dabei wird sowohl auf deren Inhalts- und Formerfordernisse als auch auf die sich an die Untätigkeit eines potentiellen Erben im Verlassenschaftsverfahren knüpfenden Rechtsfolgen eingegangen. In diesem Zusammenhang ist etwa zu klären, bis zu welchem Zeitpunkt eine Erbantrittserklärung abgegeben werden kann, damit diese vom Verlassenschaftsgericht (noch) im Abhandlungsverfahren berücksichtigt wird, und ob die absichtliche Untätigkeit des Erben unter Umständen als „stillschweigende“ Ausschlagung anzusehen ist. Herausgearbeitet wird ferner, inwieweit bei der Abgabe einer Erbantritts- oder Ausschlagungserklärung durch gesetzliche Vertreter minderjähriger Erben etwaige Zustimmungs- und Genehmigungserfordernisse zu beachten sind. In diesem Zusammenhang werden insbesondere auch unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Besonderheiten beleuchtet. Darüber hinaus wird der Frage nachgegangen, ob der Erbe die Wirksamkeit seiner Erbantritts- oder Ausschlagungserklärung von dem Eintritt einer Bedingung abhängig machen kann. Das 4. Kapitel (s Seite 79) ist der Untersuchung der (Un-)Zulässigkeit eines bloß teilweisen Antritts der Erbschaft gewidmet. Anschließend wird auf die Möglichkeit einer nachträglichen Beseitigung der

¹⁷⁾ Erst im Zuge der Beratungen zum ABGB 1811 wurden große Teile der Bestimmungen über das Verlassenschaftsverfahren aus dem ursprünglichen Urentwurf ausgeschieden und in die „Gerichtsordnung außer Streitsachen“ aufgenommen (*Ofner*, Ur-Entwurf I [494]; vgl auch FN 8). *Zeiller* wies darauf hin, dass hinsichtlich der Verlassenschaftsabhandlung „jenes, was bei Unternehmung solcher Geschäfte jedem Bürger zu wissen nöthig ist, in das Gesetzbuch, jenes hingegen, was nur das amtliche Verfahren des Richters und der Gerichtspersonen betrifft, in die Gerichtsordnung aufzunehmen“ sei (vgl *Ofner*, Ur-Entwurf II [472]). Es gehöre „viele [...] bei Verlassenschaftsabhandlungen zum Amte des Richters, somit in die Gerichtsordnung außer Streitsachen, vieles in den rechtlichen Wirkungskreis der Privaten, somit in das Privatrecht“ (vgl *Ofner*, Ur-Entwurf I [494]). Daher blieben die Regelungen über die „Erbserklärung“ als „dem vermeinten Erben zukommende Rechte und Pflichten“ im ABGB erhalten (vgl *Ofner*, Ur-Entwurf I [495]).

Erbantritts- oder Ausschlagungserklärung eingegangen (5. Kapitel, s. Seite 97). Dabei wird insbesondere die Anfechtbarkeit der Erklärungen wegen Willensmängeln einer umfassenden Untersuchung unterzogen. Abschließend erfolgt eine Darstellung ausgewählter Fragen zu den Rechtsfolgen einer Ausschlagungserklärung (6. Kapitel, s. Seite 123). Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Frage zu, ob und inwiefern sich die Wirkungen einer Ausschlagungserklärung auch auf die Nachkommen des Ausschlagenden erstrecken.

2. Kapitel

Rechtsnatur einer Erbantritts- oder Ausschlagungserklärung

I. Erbantrittserklärung

Die Erbantrittserklärung ist die ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Verlassenschaftsgericht (dem Gerichtskommissär)¹⁸⁾, die Erbschaft anzunehmen (§ 799, § 157 AußStrG).¹⁹⁾ Der Erbe äußert den Willen, von seinem Recht zur Inbesitznahme der Erbschaft durch Einantwortung (§ 819) Gebrauch machen zu wollen.²⁰⁾ Er erklärt sich nicht selbst zum Erben. Die Erbenstellung wird nämlich erst durch den Einantwortungsbeschluss erlangt.²¹⁾ Vielmehr bezieht sich die Erklärung darauf, dass der potentielle Erbe die Erbschaft antreten will.²²⁾ Der Erklärende strebt die Gesamtrechtsnachfolge nach dem Erblasser an, weshalb die Erbantrittserklärung eine **Willenserklärung** darstellt.²³⁾ Eine solche ist nämlich – im Gegensatz zu einer bloßen Wissenserklärung²⁴⁾ – eine Willensäußerung in dem Bewusstsein, Rechtsfolgen auszulösen,²⁵⁾ wobei es für den Rechtsfolgewillen genügt, dass sich der Erklärende bewusst ist, mit seiner Erklärung irgendwelche Rechtsfolgen zu erzeugen (gemäßigte Rechtsfolgentheorie).²⁶⁾ Von einer **rechtsgeschäftlichen** Willenserklärung unterscheidet sie sich als prozessualer Vorgang jedoch dahingehend, dass sie nicht den Willen zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts beinhaltet.²⁷⁾

¹⁸⁾ Vgl zum korrekten Adressat der Erklärung unten Punkt II, s Seite 28.

¹⁹⁾ ErlRV 224 BlgNR 22. GP 102; *Bartsch*, Erbrecht² 104; *Welser* in *Rummel*, ABGB³ §§ 799, 800 Rz 1; *Ferrari* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 448; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 567; OGH 6 Ob 699/86.

²⁰⁾ *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 799 Rz 6; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB³ § 799 Rz 1; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 799 Rz 1.

²¹⁾ ErlRV 224 BlgNR 22. GP 102. AA *Eccher* in *Schwimann*, ABGB³ § 799 Rz 1; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 799 Rz 1: „Mit dieser Erklärung wird der berufene (§ 533), gewissermaßen potentielle Erbe tatsächlich Erbe, nimmt also den Rechtstitel zur Inbesitznahme der Erbschaft (Modus = Einantwortung; § 819) in Anspruch.“

²²⁾ ErlRV 224 BlgNR 22. GP 102.

²³⁾ Vgl ErlRV 224 BlgNR 22. GP 102.

²⁴⁾ Vgl dazu *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 863 Rz 4.

²⁵⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 96; *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁵ Rz 4/4; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 863 Rz 3; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 863 Rz 8; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ § 863 Rz 6; *Bollenberger* in *KBB*³ § 859 Rz 8; jeweils mwN.

²⁶⁾ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 97; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 869 Rz 14 mwN.

²⁷⁾ „Parteivorbringen bzw Parteiaussage [sind als] Prozesshandlungen und ihrem Inhalte nach wohl auch Willensäußerungen, nicht aber rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, da sie als prozessuale Vorgänge den Willen zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes nicht erkennen lassen“ (OGH 7 Ob 205/68 SZ 41/149).

Teilweise wird die Erbantrittserklärung als Verfahrenshandlung mit zivilrechtlichen Wirkungen charakterisiert.²⁸⁾ Die Materialien zum AußStrG bezeichnen sie auch als „doppelfunktionelle Verfahrenshandlung“.²⁹⁾ Auf den ersten Blick sprechen aber auch gute Gründe für die Annahme, dass es sich bei der Erbantrittserklärung um einen **rein prozessualen Akt** handelt,³⁰⁾ der lediglich einen Antrag auf Erteilung der Einantwortung³¹⁾ beinhaltet und dem Erben Parteistellung verschafft. Die Erbantrittserklärung hat nämlich – im Gegensatz zur Ausschlagungserklärung³²⁾ – keinerlei unmittelbaren Einfluss auf die materiell-rechtliche Erbenstellung, den Erbanfall und somit auch nicht auf das Erbrecht des Erklärenden.

Bei genauerer Betrachtung muss man aber die Bereitschaft zur Gesamtrechtsnachfolge³³⁾ oder die unwiderrufliche Annahme der Erbschaft³⁴⁾ als „materielle Seite“ der Erbantrittserklärung anerkennen. Ferner übernimmt der Erbe durch Abgabe der Erbantrittserklärung auch materiell-rechtliche Pflichten,³⁵⁾ insbesondere die Haftung gegenüber den Erbschaftsgläubigern. Diese Pflichten sind zwar noch an die Einantwortung und die daran anschließende Universalsukzession geknüpft, was der Erbantrittserklärung jedoch nichts von ihrem (materiell) verpflichtenden Charakter nimmt (vgl § 806).³⁶⁾ Insgesamt ist die Erbantrittserklärung somit als **einseitige Verfahrenshandlung mit materiellen Wirkungen** zu qualifizieren.³⁷⁾

II. Ausschlagungserklärung

Bereits zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers hat ein potentiell Erbberechtigter die Möglichkeit, auf sein in Zukunft unter Umständen entstehendes Erbrecht zu verzichten. Er kann mit dem Erblasser gemäß § 551 einen Erbverzichtsvertrag abschließen. Dieser beseitigt den potentiellen Berufungsgrund und verhindert in weiterer Folge den Erbanfall.³⁸⁾ Auch nach dem Tod des Erblassers zwingt das ABGB den Erben nicht dazu, den Nachlass zu erwerben. Er hat innerhalb des Verlassenschaftsverfahrens die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen (§ 805). Der Erbverzicht nach § 551 und die Ausschlagung sind insofern miteinander vergleichbar, als der Erbe in beiden Fällen aus eigenem Willen auf einen ihm zustehenden erbrechtlichen

²⁸⁾ Schell in *Klang* II/1 761; Kralik, *Erbrecht*³ 323; Eccher in *Schwimann*, ABGB³ § 799 Rz 3; Nemeth in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 799 Rz 3; Spruzina in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰¹ § 799 Rz 11; Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 799, 800 Rz 1; ErlRV 224 BlgNR 22. GP 102.

²⁹⁾ ErlRV 224 BlgNR 22. GP 102 und 103.

³⁰⁾ So Feil/Marent, AußStrG² § 157 Rz 10.

³¹⁾ Feil/Marent, AußStrG² § 157 Rz 10; Schell in *Klang* II/1 761; Bartsch, *Erbrecht*² 103 f.

³²⁾ Vgl dazu sogleich unten Punkt II, s Seite 6.

³³⁾ ErlRV 224 BlgNR 22. GP 102; Bittner/Hawel, § 10, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* Rz 79; Maurer/Schrott/Schütz, AußStrG § 157 Rz 2; vgl so auch OGH 6 Ob 699/86.

³⁴⁾ Bartsch, *Erbrecht*² 103; Feil/Marent, AußStrG² § 157 Rz 10. Anzumerken ist, dass Feil/Marent in derselben Rz weiter oben noch davon ausgehen, dass die Erbantrittserklärung ein „rein prozessualer Akt“ ist.

³⁵⁾ Schell in *Klang* II/1 787.

³⁶⁾ Schell in *Klang* II/1 787 FN 3.

³⁷⁾ Vgl auch Schell in *Klang* II/1 761.

³⁸⁾ Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht* II¹³ 462; Welser in *Rummel*, ABGB³ § 551 Rz 1; Ehrenzweig, *System* II/2² 379.

Anspruch³⁹⁾ verzichtet.⁴⁰⁾ Dennoch unterscheidet sich die Erbsentschlagung nicht nur in zeitlicher Hinsicht sondern auch im Hinblick auf ihre Rechtsnatur grundlegend vom Erbverzicht des § 551. Letzterer ist nämlich ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zu Lebzeiten des Erblassers und keine einseitige Erklärung im Zuge des Verlassenschaftsverfahrens.⁴¹⁾

In Literatur und Rechtsprechung wird die Erbsentschlagung als einseitige Erklärung gegenüber dem Verlassenschaftsgericht, die Erbschaft nicht anzunehmen (sie auszuschlagen), definiert.⁴²⁾ Der Ausschlagende äußert den Willen, sein Erbrecht nicht geltend machen zu wollen und löst dadurch die entsprechenden Rechtsfolgen⁴³⁾ aus. Daher ist die Ausschlagung als **Willenserklärung** zu qualifizieren.⁴⁴⁾ Die sich an die Ausschlagung knüpfenden Rechtsfolgen treten nicht erst im Zusammenhang mit einer zweiten Willenserklärung eines anderen ein, weshalb es sich bei der Ausschlagung um eine **einseitige** Erklärung handelt.⁴⁵⁾

Die Ausschlagungserklärung wird gegenüber dem Gericht (bzw gegenüber dem Gerichtskommissär⁴⁶⁾)⁴⁷⁾ im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens abgegeben (vgl § 157 AußStrG).⁴⁸⁾ Sie ist eine **Verfahrenshandlung** (Prozesshandlung).⁴⁹⁾ Eine außergerichtlich und daher privat abgegebene „Ausschlagungserklärung“ ist keine Ausschlagung iSd § 805.⁵⁰⁾ Für das Verlassenschaftsverfahren an sich ist sie bedeutungslos.⁵¹⁾

Gleichzeitig zieht die Ausschlagung aber auch im **materiellen Recht** unmittelbare Wirkungen nach sich: Es kommt zu einer rückwirkenden Beseitigung des Erbanfalls.⁵²⁾ Infolge der Ausschlagung fällt die Erbschaft (unwiderruflich)⁵³⁾ jenen

³⁹⁾ Genau genommen kann man vor dem Tod des Erblassers freilich noch nicht von einem dem Erben „zustehenden Anspruch“ sprechen.

⁴⁰⁾ Fenzl, ÖJZ 1949, 32 (32); Hofmann-Wellenhof, NZ 1984, 17 (17).

⁴¹⁾ HHB 78 BlgHH 21. Session 83; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 464.

⁴²⁾ Bartsch, Erbrecht² 105; Ehrenzweig, System II/2² 501; Gschmitzer/Faistenberger, Erbrecht² 63; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 570; Welser in Rummel³ §§ 799, 800 Rz 1; Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 450; Eccher, Erbrecht⁴ Rz 2/32; OGH 5 Ob 628/81 SZ 54/98 = EvBl 1981/229 = NZ 1982, 155; OGH 10 Ob S 37/94 JBl 1995, 396; OGH 6 Ob 193/98w NZ 1999, 124 = SZ 71/152 = JBl 1999, 108.

⁴³⁾ Vgl dazu unten 6. Kapitel, s Seite 123.

⁴⁴⁾ So schon Brunner, NZ 1979, 96 (99). Vgl FN 25.

⁴⁵⁾ Vgl zu einseitigen Willenserklärungen Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 96; P. Bydliński, Allgemeiner Teil⁹ Rz 5/7.

⁴⁶⁾ Als Gerichtskommissär wird ein Notar tätig. Er nimmt den überwiegenden Teil der Aufgaben im Verlassenschaftsverfahren wahr (vgl § 1 GKOärG). Entscheidungsbefugnis kommt ihm jedoch keine zu (Bittner/Hawel, § 10, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge Rz 31).

⁴⁷⁾ Vgl zum korrekten Adressat der Erklärung unten Punkt II, s Seite 28.

⁴⁸⁾ Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 450; Eccher in Schwimann, ABGB³ § 805 Rz 1; Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 805 Rz 1; Schilchegger/Gruber, Verlassenschaftsverfahren 81.

⁴⁹⁾ Schell in Klang II/1 786; Kralik, Erbrecht³ 48; Eccher, Erbrecht⁴ Rz 2/33; Eccher in Schwimann, ABGB³ § 805 Rz 1; Ferrari-Hofmann-Wellenhof, Erbschaftsklage 98.

⁵⁰⁾ Bartsch, Erbrecht² 105; OGH ZBl 1917/272.

⁵¹⁾ Schell in Klang II/1 785 FN 4.

⁵²⁾ Vgl unten Punkt A, s Seite 123.

⁵³⁾ Vgl dazu unten Punkt A, s Seite 97.

Personen zu, die bei Nichtvorhandensein des ausschlagenden Erben die Nächstberufenen⁵⁴⁾ wären.⁵⁵⁾ Deshalb ist davon auszugehen, dass ihnen das Erbrecht schon zum Todeszeitpunkt des Erblassers angefallen ist.⁵⁶⁾ Die Ausschlagungserklärung zieht also – obgleich sie eine Verfahrenshandlung darstellt – den Ausschluss vom Erbrecht nach sich.⁵⁷⁾ Da sie somit nicht bloß verfahrensrechtliche, sondern auch materiellrechtliche Wirkungen entfaltet,⁵⁸⁾ ist die Ausschlagungserklärung (entsprechend der Erbantrittserklärung) als **einseitige Verfahrenshandlung mit materiellen Wirkungen** zu qualifizieren.

III. Abgrenzung zwischen Ausschlagung und Erbschafts Kauf/-schenkung iSd §§ 1278 ff

A. Erbschafts Kauf und Erbschaftsschenkung

Der Erbe kann über sein **Erbrecht**⁵⁹⁾ zwischen Erbanfall und Einantwortung vertraglich verfügen und dieses gegen Entgelt veräußern (Erbschafts Kauf; §§ 1278 ff).⁶⁰⁾ Bei unentgeltlicher Veräußerung des Erbrechts spricht man von einer Erbschaftsschenkung.⁶¹⁾ Sie ist vom Gesetz nicht besonders geregelt, die §§ 1278 ff sind aber grundsätzlich⁶²⁾ entsprechend anzuwenden.⁶³⁾

⁵⁴⁾ Vgl dazu unten Punkt B, s Seite 123.

⁵⁵⁾ Schell in Klang II/1 785, 789.

⁵⁶⁾ FN 943.

⁵⁷⁾ Ferrari-Hofmann-Wellenhof, Erbschaftsklage 98; Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 451.

⁵⁸⁾ Bartsch, Erbrecht² 105; Schell in Klang II/1 786; Eccher in Schwimann, ABGB³ § 805 Rz 3; Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 805 Rz 3; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 805 Rz 8; Welser in Rummel, ABGB³ §§ 799, 800 Rz 1; Feil/Marent, AußStrG² § 157 Rz 1; Bittner/Hawel, § 10, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge Rz 79 FN 172; OGH 5 Ob 628/81 SZ 54/98 = EvBl 1981/229 = NZ 1982, 155; OGH 6 Ob 193/98w NZ 1999, 124 (B. Jud) = SZ 71/152 = JBl 1999, 108; OGH 6 Ob 189/98g SZ 71/166 = eolex 1999, 267 = NZ 2000, 44 = RdW 1999, 68; OGH 3 Ob 229/02a.

⁵⁹⁾ Gegenstand des Erbschaftskaufs ist – entgegen seiner Bezeichnung – das Erbrecht und nicht der Nachlass oder einzelne Nachlasssachen (Welser in Rummel, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 1; B. Jud, Erbschafts Kauf 4 ff; Nowotny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1278 Rz 1; Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1278 Rz 9 jeweils mwN; RIS-Justiz RS0022346).

⁶⁰⁾ Ehrenzweig, System II/2² 605; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 581; Welser in Rummel, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 1; Nowotny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1278 Rz 1.

⁶¹⁾ Welser in Rummel, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 8; Linder, § 11, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge Rz 43; Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1278 Rz 2 mwN.

⁶²⁾ Das Formgebot des § 1278 Abs 2 gilt nach hA sowohl für den Erbschafts Kauf als auch für die Erbschaftsschenkung (Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1278 Rz 5 und 36 mwN). Auch die solidarische Haftung des § 1282 kommt bei einem Erbschafts Kauf und bei einer Erbschaftsschenkung zur Anwendung (Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1282 Rz 3). Die Gewährleistungspflicht des § 1283 trifft den Erbschaftsschenker jedoch nicht. Er haftet lediglich gemäß § 945 bei wissentlicher Schenkung eines fremden Erbrechts (B. Jud, Erbschafts Kauf 69; Ehrenzweig, System II/2² 603 FN 2; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht² 109; Kralik, Erbrecht³ 56; Hofmann-Wellenhof, NZ 1984, 17 [24]; Welser in Rummel, ABGB³ § 1283 Rz 6; Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1283 Rz 9).

⁶³⁾ Welser in Rummel, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 8; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 582; Welser, NZ 2006, 65 (66); B. Jud, Erbschafts Kauf 37; Linder, § 11, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer,

Gemäß § 1278 Abs 2 bedarf der Erbschafts Kauf zu seiner Gültigkeit der Einhaltung einer bestimmten Form, nämlich der Aufnahme eines Notariatsakts oder der Beurkundung durch gerichtliches Protokoll. Letzterem steht die Protokollierung durch den Notar als Gerichtskommissär in der Verlassenschaftsabhandlung gleich.⁶⁴⁾ Der Erbschaftskäufer tritt vollständig in die Position des veräußernden Erben ein und wird dessen Gesamtrechtsnachfolger.⁶⁵⁾ Im Verlassenschaftsverfahren tritt der Erwerber an die Stelle des Erben und übernimmt es in dem Stand, in dem es sich gerade befindet.⁶⁶⁾ Auch die Einantwortung erfolgt an den Erwerber.⁶⁷⁾ Im Außenverhältnis soll für die Erbschafts- und Erbfallsgläubiger durch die Veräußerung des Erbrechts keine Verschlechterung eintreten, weshalb § 1282 anordnet, dass der Erbe und der Erbschaftskäufer – zwingend⁶⁸⁾ – solidarisch haften.⁶⁹⁾

B. Qualifikation der Ausschlagung als Erbschafts Kauf oder Erbschaftsschenkung?

Die Ausschlagung führt zur Beseitigung der Erbenstellung des Ausschlagenden.⁷⁰⁾ Dieser „verliert“ sein Erbrecht, die Erbschaft fällt den nächstberufenen Personen⁷¹⁾ an, welche nun zum Zug kommen. Insofern stellt die Erbsentschlagung in gewisser Weise auch eine **Zuwendung** an denjenigen dar, der als nächstberufener Erbe zur Erbschaft gelangt oder dessen Erbteil sich infolge der Ausschlagung zumin-

Erbrecht und Vermögensnachfolge Rz 43; Ehrenzweig, System II/2² 603; Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1278 Rz 2; OGH 6 Ob 16/06f ZIK 2006, 139; OGH 6 Ob 136/07d JBl 2009, 441 = NZ 2009/102 = JEV 2009/20 (*Bielesz/Knötzl*) = iFamZ 2009/174 = Zak 2009/271 = EF-Z 2009/145.

⁶⁴⁾ B. Jud, Erbschafts Kauf 37; Linder, § 11, in *Gruber/Kals/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge Rz 12 mwN; Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 3; Karner in KBB³ §§ 1278 ff Rz 3; Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1278 Rz 34; OGH 1 Ob 110/50 SZ 23/46; OGH 6 Ob 738/80 RPfISlgA 6241 = EFSlg 36.147; OGH 6 Ob 193/98w NZ 1999, 124 (B. Jud) = SZ 71/152 = JBl 1999, 108.

⁶⁵⁾ Kralik, Erbrecht³ 54; Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 4; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 581; B. Jud, Erbschafts Kauf 21 ff; Binder in *Schwimmann*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 13.

⁶⁶⁾ Kralik, Erbrecht³ 55; Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 6; Binder in *Schwimmann*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 13; Karner in KBB³ §§ 1278 ff Rz 6; Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1278 Rz 20; RIS-Justiz RS0025410.

⁶⁷⁾ Kralik, Erbrecht³ 55; B. Jud, Erbschafts Kauf 17; Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 6; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 581; Binder in *Schwimmann*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 13; Fenzl, ÖJZ 1949, 32 (34).

⁶⁸⁾ Ehrenzweig, System II/2² 605; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht² 110; Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 1282 Rz 1; B. Jud, Erbschafts Kauf 75; Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1282 Rz 4;

⁶⁹⁾ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 582; Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 1282 Rz 1; Karner in KBB³ § 1282 Rz 1; Binder in *Schwimmann*, ABGB³ § 1282 Rz 1; Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1282 Rz 2; B. Jud, Erbschafts Kauf 75.

⁷⁰⁾ Vgl unten Punkt A, s Seite 123.

⁷¹⁾ Vgl dazu unten Punkt B, s Seite 123.

dest vergrößert.⁷²⁾ Vor diesem Hintergrund könnte man die Ansicht vertreten, dass der Ausschlagende über sein Erbrecht zugunsten des Nächstberufenen „verfügt“.⁷³⁾

Grundsätzlich können auch **nicht ausdrücklich als Erbschaftsverkauf oder Erbschaftsschenkung bezeichnete Rechtsgeschäfte** zwischen Erbanfall und Einantwortung eine Verfügung über das Erbrecht iSd §§ 1278 ff darstellen.⁷⁴⁾ So wird bspw in der Lehre vertreten, dass auch die sogenannte Anerkennung formungültiger Testamente den Regeln der §§ 1278 ff unterliegt.⁷⁵⁾ Ebenso seien Erbteilungsübereinkommen vor der Einantwortung als Erbschaftsverkauf zu qualifizieren, wenn es dadurch zu einer Veränderung der Erbquoten kommt.⁷⁶⁾ Auch ein Anerkenntnis, Vergleich oder Verzicht unter potentiellen Erben, wodurch die Erbberechtigung im Verhältnis zur wahren Rechtslage abgeändert wird, sei eine Erbrechtsveräußerung.⁷⁷⁾ Sogar eine Vereinbarung nach Einantwortung, in welcher der wahre Erbe auf den mit Erbschaftsklage (§§ 823 f) geltend zu machenden Erbschaftsanspruch⁷⁸⁾ gegenüber dem Scheinerben verzichtet, wird als Erbschaftsverkauf oder Erbschaftsschenkung angesehen.⁷⁹⁾

Die Erbsentschlagung ist jedoch keine Erbrechtsveräußerung iSd §§ 1278 ff: Deren zentrale Voraussetzung wäre nämlich die **Übertragung eines Erbrechts**.⁸⁰⁾ Der Erwerber tritt bei Veräußerung des Erbrechts in das Erbrecht des Veräußerers ein.⁸¹⁾ Genau dieses Kriterium fehlt aber im Fall der Erbsentschlagung. Zwar ist die Ausschlagung kausal für den „Übergang“ des Erbrechts auf den Nächstberufenen. Dieser leitet seine Erbberechtigung aber nicht vom Ausschlagenden, sondern aus seiner **eigenen Erbberechtigung** ab, die auf dem Gesetz⁸²⁾ oder dem Willen des Erblassers⁸³⁾ beruht.⁸⁴⁾ Der Ausschlagende bestimmt somit nicht selbst, wer den erledigten Erbteil erhalten soll.⁸⁵⁾ Die Ausschlagung hat keine „rechtsübertragende“ (translatorische) Wirkung, zumal der Nächstberufene nicht das Erbrecht des Ausschlagenden erhält.⁸⁶⁾ Daher ist mit der hA⁸⁷⁾ davon auszugehen, dass die bloße Erbsentschlagung keine

⁷²⁾ Weiß in *Klang* III² 998; Brunner, NZ 1979, 96 (100); Spruzina in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 805 Rz 6; Binder in *Schwimmann*, ABGB³ § 938 Rz 19.

⁷³⁾ B. Jud, Erbschaftsverkauf 99.

⁷⁴⁾ Vgl dazu insbesondere B. Jud, Erbschaftsverkauf 95 ff mwN.

⁷⁵⁾ B. Jud, Erbschaftsverkauf 108 ff; Binder in *Schwimmann*, ABGB³ § 1278 Rz 10; Kletečka, JBl 2009, 463 (466); aA Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 3; offenlassend OGH 6 Ob 66/01a JBl 2002, 242.

⁷⁶⁾ B. Jud, Erbschaftsverkauf 134 ff; Welser in *Rummel*, ABGB³ § 550 Rz 5.

⁷⁷⁾ B. Jud, Erbschaftsverkauf 118 ff; kritisch Ferrari in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 468.

⁷⁸⁾ Dazu Ferrari-Hofmann-Wellenhof, Erbschaftsklage 173 ff, 200 ff.

⁷⁹⁾ B. Jud, Erbschaftsverkauf 126 f; Welser in *Rummel*, ABGB³ §§ 1278 ff Rz 3; Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1278 Rz 28.

⁸⁰⁾ Welser, NZ 2006, 65 (66 und 68); A. Tschugguel, NZ 2010, 9 (10); Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1278 Rz 11; vgl dazu auch B. Jud, Erbschaftsverkauf 95 ff.

⁸¹⁾ Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1278 Rz 11.

⁸²⁾ §§ 560, 562, 726, 760.

⁸³⁾ Ersatz- und Nacherbschaft (vgl dazu unten Punkt 1, s Seite 124).

⁸⁴⁾ B. Jud, Erbschaftsverkauf 99 f; Welser, NZ 2006, 65 (66).

⁸⁵⁾ B. Jud, Erbschaftsverkauf 100.

⁸⁶⁾ Welser, NZ 2006, 65 (66).

⁸⁷⁾ B. Jud, Erbschaftsverkauf 99 f; Welser, NZ 2006, 65 (66); Sailer in *KBB*³ §§ 799, 800 Rz 11; Stefula in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1278 Rz 3 und 44; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht² 63 f; Ehrenzweig, System II/2² 502; Ferrari in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 480; Hofmann-Wellenhof, NZ 1984, 17 (24); Linder, § 11, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht