

Exposé zur Dissertation

Vorläufiger Arbeitstitel

Die Nacherbschaft auf den Überrest

Verfasser

Mag. iur. Ulrich Krenmayr

01251359

Angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2019

Studienkennzahl laut Studienblatt: UA 783 101

Dissertationsgebiet laut Studienblatt: Zivilrecht

Betreuerin: Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud

Inhaltsverzeichnis

I.	Allgemeines zur Nacherbschaft auf den Überrest.....	3
	A. Historischer Aufriss.....	3
	B. Die Nacherbschaft auf den Überrest vor dem ErbRÄG 2015.....	5
	C. Die Nacherbschaft auf den Überrest nach dem ErbRÄG 2015.....	6
II.	Dissertationsvorhaben	7
III.	Vorläufige Gliederung	12
IV.	Vorläufiger Zeitplan	13
V.	Vorläufiges Literaturverzeichnis	14

I. Allgemeines zur Nacherbschaft auf den Überrest

Die Einsetzung eines Nacherben bedeutet, dass der Verstorbene mehr als einen Erben hintereinander einsetzen möchte. Der Nacherbe soll also nicht (nur) dann die Verlassenschaft erhalten, wenn der voreingesetzte Erbe nicht zum Zug kommt,¹ sondern die Verlassenschaft nach dem Tod des Vorerben oder dem Eintritt des in sonstiger Weise angeordneten Nacherbfalls erhalten. Während bei der vollen Nacherbschaft die Verfügungsbefugnis des Vorerben stark eingeschränkt ist, soll der Vorerbe bei der Nacherbschaft auf den Überrest lediglich nicht letztwillig über das Substitutionsgut verfügen dürfen. Verfügungen unter Lebenden sind möglich, es sei denn, sie erfolgen rechtsmissbräuchlich. Der Nacherbe erhält sohin nur, was beim Nacherbfall noch übrig ist.

A. Historischer Aufriss

Dem römischen Recht war die Anordnung einer Nacherbschaft grundsätzlich fremd, es galt das Prinzip *semel heres, semper heres*.² Nach verschiedenen Entwicklungsschritten waren im römischen Recht aber auch echte nacherbschaftliche Anordnungen im modernen Sinn möglich.³ In älteren römischen Gesetzen (I. 54. D. *Senatus Consultum Trebellianum*) war es bei Anordnung eines *fideicommissum testamentario quid quid supererit*, einer Nacherbschaft auf den Überrest, dem Vorerben erlaubt, über das Substitutionsgut *ad arbitrium boni viri* (nach Gutdünken des Gutgläubigen) frei zu verfügen. Unzulässig waren allerdings Verfügungen, die nur zu dem Zweck erfolgten, das Substitutionsgut dem Nacherben zu unterschlagen.⁴ In

¹ Zur Ersatzerbschaft *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 2 ff.

² „Einmal Erbe, immer Erbe“; dazu *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹ 363; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 133; *Sailer* in Klang³ § 608 Rz 2 mwN. Dieser Grundsatz wurde erst im preußischen ALR endgültig aufgegeben, wobei auch die Unveräußerlichkeit des Substitutionsgutes festgeschrieben wurde (Preußisches Allgemeines Landrecht I 12 §466; dazu *Crelinger*, Preußisches Erbrecht 156 f. Vgl auch *Sailer* in Klang³ § 608 Rz 1, 3 f). Ob die Unveräußerlichkeit noch im Entwurf Martini gelten sollte, ist hingegen unklar (*Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 134).

³ Vom sogenannten Einzelfideikommiss (*fideicommissum*), das anfänglich als formlose Bitte des Erblassers ausgestaltet war und dem erst unter Augustus rechtliche Durchsetzbarkeit verliehen wurde (*Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹ 362 f; *Babusiaux*, Römisches Erbrecht 177), zum Erbschaftsfideikommiss (*fideicommissum hereditatis*), nach dem der Fideikommissar als Nacherbe als Gesamtrechtsnachfolger Rechte und Pflichten unmittelbar vom Erblasser zugewendet bekam (*Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹ 363; *Babusiaux*, Römisches Erbrecht 274, 276).

⁴ *Crelinger*, Preußisches Erbrecht 159.

früherer Zeit unterlag der Vorerbe somit keiner Verfügungsbeschränkung außer jener, die im modernen Recht als Grenze des Rechtsmissbrauchs bezeichnet wird. Justinian änderte diese Verordnung jedoch mit der Novelle 108, worin angeordnet wurde, dass der Vorerbe nur über drei Viertel des Substitutionsgutes frei disponieren könne, dem Nacherben somit zumindest ein Viertel auch tatsächlich zufallen musste.⁵

Diese Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Vorerben galt in Österreich auch vor Inkrafttreten des ABGB⁶ und war in II § 408 Urentwurf des ABGB noch übernommen worden: Dem Nacherben sollte jedenfalls ein Viertel des Substitutionsgutes zukommen, dieses sei auch sicherzustellen.⁷ In den Beratungen wurde jedoch vertreten, dass der Erblasser, wenn er dem Vorerben eine feste Portion hätte zukommen lassen wollen, eine Substitution nur über einen Teil angeordnet hätte und die Regelung also dem Erblasserwillen zuwider laufe. Außerdem sei die Anordnung einer Nacherbschaft auf den Überrest wie eine Bedingung zu verstehen: Der Nacherbe werde unter der Bedingung eingesetzt, dass zum Nacherbfall noch etwas vom Substitutionsgut vorhanden sei. Tritt eine Bedingung nicht ein, muss sich der Nacherbe auch sonst damit zufrieden geben, nichts zu erhalten; dies solle bei der Nacherbschaft auf den Überrest nicht anders sein. Die notwendige Inventierung „kränke“ den Erben, während die vorgesehene gerichtliche Hinterlegung des Viertels die Nutzung der Verlassenschaft stark einschränke. Wenn nun aber die Regeln über das Verfügungsrecht des Vorerben entzogene Viertel und die Hinterlegung wegfielen, würde der Paragraph „nur eine in den allgemeinen Begriffen enthaltene Vorschrift aufstellen“ und sei somit wegzulassen.⁸ Dies wurde nach der Stimmenmehrheit auch beschlossen, weshalb besondere Regeln zur Nacherbschaft auf den Überrest keinen Eingang in das ABGB fanden.

Zeiller nimmt daher auf die Nacherbschaft auf den Überrest nur bei § 614 Bezug: Demnach habe sich der Nacherbe mit „dem Ueberreste“ zu begnügen, wenn der Vorerbe angewiesen wird, „das, was von der übernommenen Verlassenschaft nach seinem Tod noch

⁵ *Crelinger*, Preußisches Erbrecht 160; *Sailer* in Klang³ § 613 Rz 87.

⁶ *Linden*, Einheimisches Recht, Zweiter Teil 28 (§ 608).

⁷ *Ofner*, Urentwurf LXV; *Sailer* in Klang³ § 613 Rz 87.

⁸ *Ofner*, Urentwurf 367.

übrig bleibt, einem bestimmten Erben zu hinterlassen“. In einer Fußnote weist *Zeiller* allerdings darauf hin, dass im römischen Recht und auch im Galizischen Gesetzbuch für den Nacherben wenigstens ein Viertel „aufbewahrt“ werden müsse.⁹

B. Die Nacherbschaft auf den Überrest vor dem ErbRÄG 2015

§ 613 aF¹⁰ ordnete an, dass dem Vorerben bis zum Eintritt des Nacherbfalls das „eingeschränkte Eigentumsrecht“ zukommen soll, „mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers“. Die Rechtsstellung des Vorerben ist außerdem durch die spätere Herausgabepflicht an den Nacherben beschränkt: Er hat bei der Nutzung die Substanz zu schonen, muss die den Fruchtniesser treffenden Aufwendungen auf die Sache aus freiem Vermögen bestreiten, darf das Substitutionsgut weder belasten noch veräußern.¹¹ Gesichert wird das Substitutionsgut einerseits durch die amtswegige Inventarisierung, die Eintragung des Substitutionsbandes bei Liegenschaften und die Bestellung eines Substitutionskurators bei ungeborenen Nacherben.¹²

Obwohl gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, wurde die Substitution auf den Überrest allgemein als zulässig angesehen.¹³ Der Nacherbe bekam dabei nur dasjenige, was im Nacherbfall noch übrig ist. Nach hL war auch bei der Nacherbschaft auf den Überrest das Substitutionsgut wie bei der vollen Nacherbschaft mittels Aufnahme in die Einantwortungsurkunde,¹⁴ Inventarisierung¹⁵ und Eintragung des Substitutionsbandes¹⁶ zu

⁹ *Zeiller*, Kommentar II Band 2, 515.

¹⁰ Paragraphen ohne Angabe beziehen sich auf das ABGB. Unter „aF“ wird die Fassung vor dem Erbrechtsänderungsgesetz 2015, BGBl I 2015/87 (ErbRÄG 2015) verstanden.

¹¹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2181 ff.

¹² *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2186 ff.

¹³ S nur *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2186.

¹⁴ *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 613 Rz 29; *Fritsch in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 222.

¹⁵ RIS-Justiz RS0007776; *Kletečka*, Nacherbschaft 274.

¹⁶ *Ehrenzweig*, System II/22 470; OGH 2 Ob 272/52 = JBl 1953, 125; 6 Ob 66/70 = EvBl 1970/375; *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 613 Rz 27; *Eccher in Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁴ § 614 Rz 7; aA *Kralik*, Erbrecht³ 197; *Schauer*, Rechtsprobleme 465; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 275 f; krit auch *Welser*, NZ 1993, 140 (142); *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 4/115.

sichern. Das Surrogationsprinzip galt nach hA auch bei der Nacherbschaft auf den Überrest,¹⁷ weil es dem typischen Erblasserwillen entspreche, dass dieser dem Nacherben wirtschaftliche Werte, nicht aber konkrete Nachlassgegenstände zukommen lassen wolle.¹⁸

C. Die Nacherbschaft auf den Überrest nach dem ErbRÄG 2015

Das Erbrechtsänderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015)¹⁹ hat den Begriff der Substitution beseitigt und verwendet nun durchgehend „Ersatzerbschaft“ und „Nacherbschaft“. Darüber hinaus wird die Nacherbschaft auf den Überrest nun ausdrücklich geregelt und wurde daher an verschiedenen Stellen in das Gesetz aufgenommen.²⁰ Die Materialien zum Erbrechtsänderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015) sind zur Nacherbschaft auf den Überrest äußerst dünn: Überhaupt ist nur davon die Rede, eine „Definition der heute durchaus gebräuchlichen Nacherbschaft auf den Überrest“ einzufügen.²¹ Vor allem wird zum wichtigen § 613 Abs 4, der die Rechtsstellung des befreiten Vorerben regeln soll, nur gesagt, dass mit der Gesetzesänderung „wichtige Grundfragen der Rechtsstellung des Vorerben“ geklärt werden sollen.²² Diese Klärung solle „im Einklang mit der herrschenden Meinung (vgl. *Eccher*, *Erbrechts* [2014] 4/114)“ geschehen.²³ An der zitierten Stelle²⁴ finden sich jedoch nur Ausführungen zur grundsätzlichen Stellung des Vorerben, die Rechtsstellung des befreiten Vorerben findet sich in der von den Materialien nicht zitierten folgenden Randziffer.²⁵

¹⁷ OGH 7 Ob 196/68 = EvBl 1969/135; *Kralik*, *Erbrechts* 196; *P. Bydlinski*, Offene Fragen der Substitution auf den Überrest, NZ 1988, 241 (245); *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar*⁴ § 613 Rz 3; *Welser* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*⁴ § 613 Rz 4.

¹⁸ *Kletečka*, *Ersatz- und Nacherbschaft* 207.

¹⁹ BGBl I 2015/87.

²⁰ §§ 609, 610 Abs 1, 613 Abs 4.

²¹ ErläutRV 688 BlgNr 25. GP 12.

²² ErläutRV 688 BlgNr 25. GP 13.

²³ ErläutRV 688 BlgNr 25. GP 13.

²⁴ *Eccher*, *Erbrechts* Rz 4/114.

²⁵ *Eccher*, *Erbrechts* Rz 4/115.

II. Dissertationsvorhaben

Zuerst soll die (neue) gesetzliche Definition der Nacherbschaft auf den Überrest untersucht und interpretiert werden: Nach dem Wortlaut des § 609 könnte der Nacherbfall bei der Nacherbschaft auf den Überrest ausschließlich im Tod des Vorerben bestehen.²⁶ Hier soll unter Anwendung der Auslegungsmethoden erforscht werden, ob der Anwendungsbereich der Nacherbschaft auf den Überrest tatsächlich so eng sein soll, wie es der Wortlaut nahelegt. In der Sache geht es darum, ob nach § 609 auch Bedingungen und Befristungen – zB Hochzeit, Geburt des ersten Kindes oder ein bestimmtes Datum – als Nacherbfall bei der Nacherbschaft auf den Überrest möglich sind. Sollte der Inhalt des § 609 tatsächlich so eng sein, wie es der Wortlaut nahelegt, wäre in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob hier eine planwidrige Lücke vorliegt sowie ob und wie diese gegebenenfalls zu schließen ist. In diesem Zusammenhang ist freilich auch (im Rahmen der historischen Interpretation) auf die Entstehungsgeschichte und den Werdegang der Substitution auf den Überrest einzugehen.

Als nächstes soll untersucht werden, wie sich „neutrale“ Nacherbschaftsanordnungen zur Auslegungsregel des § 614 verhalten: Sollen sie als Anordnung einer vollen Nacherbschaft oder eine Einsetzung auf den Überrest verstanden werden? *Kletečka* glättet den scheinbaren Meinungsstreit²⁷, indem er darlegt, dass auch die hL „ausdrücklich betont, daß [sic] Zweifel vorliegen müssen, was ja wohl nur bedeuten kann, daß [sic] nicht jede „neutrale“ Nacherbeneinsetzung zweifelhaft ist“²⁸. Nun ist mE nicht ersichtlich, warum eine solche „neutrale“ Nacherbeneinsetzung zweifelsfrei eine volle sein soll. Vielmehr legt eine solche neutrale Formulierung sicherlich nicht eine so stark in die Richtung des Nacherben ausschlagende Wertung nahe. Diese Frage, ob also eine neutral formulierte Nacherbenberufung bereits Zweifel iSd § 614 ABGB begründet, soll in diesem Kapitel erforscht werden.

²⁶ „[...] was beim **Ableben des Vorerben** noch übrig ist“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

²⁷ Nachweise bei *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 148 FN 738; vgl auch *Sailer* in Klang³ § 614 Rz 8, der unter Heranziehung der Wertung aus § 555 eine Gleichbehandlungsabsicht von Vor- und Nacherben des Verstorbenen annimmt, der durch die Annahme einer vollen Nacherbschaft eher entsprochen wird, weil sich „die Gewichtung von Vor- und Nacherben zueinander [...] bei der befreiten Vorerbschaft ganz in die Richtung des Erstgenannten [verschiebt]“.

²⁸ *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 148.

Im nächsten Teil soll die genaue Rechtsstellung des (befreiten) Vorerben untersucht werden: Nach ganz hA ist der befreite Vorerbe auch zu unentgeltlichen Verfügungen über das Substitutionsgut berechtigt.²⁹ Gleichzeitig ist ebenso unstrittig, dass rechtsmissbräuchliche (arglistige) Verminderung des Substitutionsgutes unzulässig ist und den befreiten Vorerben zum Schadenersatz verpflichtet.³⁰ Hier wird auszuloten sein, wo die Rechtsmissbrauchsgrenze verläuft, weil die „Abgrenzung zwischen zulässigen Schenkungen und unzulässiger Verminderung des Nachlasses fließend“³¹ ist.

Im nächsten Schritt soll das Verhältnis zwischen Verfügungsbefugnis des befreiten Vorerben unter Lebenden und der Schenkung auf den Todesfall untersucht werden: Durch die Erbrechtsreform wurde nun klargestellt,³² dass die Schenkung auf den Todesfall ein Rechtsgeschäft unter Lebenden sei.³³ Damit stellt sich die Frage, ob dies auch im Hinblick auf die Nacherbschaft auf den Überrest gelten soll: Damit könnte der befreite Vorerbe mittels Schenkung auf den Todesfall effektiv letztwillig über das Substitutionsgut verfügen, weil er unter Lebenden ja Verfügungsbefugigt ist.

Weiters soll untersucht werden, ob bei der Nacherbschaft auf den Überrest tatsächlich die dingliche Surrogation gelten soll. Dies entsprach der hA zum alten Erbrecht³⁴ und wird von der hL auch zu den neuen erbrechtlichen Bestimmungen vertreten.³⁵ Allerdings ist vor dem Hintergrund der Verortung des neuen § 613 Abs 3 bei der vollen Nacherbschaft und seiner

²⁹ *Sailer* in Klang³ § 613 Rz 92; *Welser*, Erbrechtskommentar § 609 Rz 1; *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁵ § 614 Rz 4; *Apathy/Neumayr* in KBB⁵ § 613 Rz 9; *Eccher*, Erbrechts⁶ Rz 4/115; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2193.

³⁰ *Sailer* in Klang³ § 613 Rz 92; *Welser*, Erbrechtskommentar § 609 Rz 1; *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁵ § 614 Rz 4; *Apathy/Neumayr* in KBB⁵ § 613 Rz 9; *Eccher*, Erbrechts⁶ Rz 4/115; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2193.

³¹ *Sailer* in Klang³ § 613 Rz 92.

³² Davor war umstritten, ob es sich bei der Schenkung auf den Todesfall um einen Vertrag unter Lebenden oder um eine letztwillige Verfügung (Vermächtnis) handle; s dazu *Rabl*, Die Schenkung auf den Todesfall, NZ 2005/32 (131 ff) mit umfassender Darstellung des Meinungsstandes.

³³ ErläutRV 688 BlgNr 25. GP 12.

³⁴ OGH 7 Ob 196/68 = EvBl 1969/135; *Kralik*, Erbrecht³ 196; *P. Bydlinski*, NZ 1988, 241 (245); *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁴ § 613 Rz 3; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 613 Rz 4.

³⁵ *Sailer* in Klang³ § 613 Rz 97; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015, 41 Anm 3; *Welser*, Erbrechtskommentar § 609 Rz 3; *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁵ § 614 Rz 4;

Ausgestaltung als Zweifelsregel fraglich, ob nicht die Anordnung einer befreiten Vorerbschaft immer auch die Anordnung beinhaltet, dass die dingliche Surrogation nicht gelten soll.³⁶ Das ergibt sich insbesondere aus dem Wortlaut des folgenden § 613 Abs 4: „Ist **jedoch** die angeordnete Nacherbschaft eine solche auf den Überrest, so kann der Vorerbe wie jeder Eigentümer über Sachen der Verlassenschaft unter Lebenden verfügen.“³⁷ Es soll daher untersucht werden, ob für die nunmehr gesetzlich geregelte Nacherbschaft auf den Überrest die dingliche Surrogation gelten soll oder nicht und ob letztwillig davon abgegangen werden kann.

Weiters soll aufgearbeitet werden, wie mit dem Institut der Nacherbschaft auf den Überrest hinsichtlich der Pflichtteilsdeckung umgegangen werden soll. Gem § 774 aF der Pflichtteil „dem Noterben ganz frei bleiben. Jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig.“ „Bedingung und Belastung“ iSd § 774 aF meinte alles, was den Pflichtteilsberechtigten an der freien Verfügung über das Zugewendete hinderte: aufschiebende und auflösende Bedingungen, Befristungen, Vermächtnisse und Auflagen.³⁸ Zur Nacherbschaft auf den Überrest vertrat *Welser*, dass bei dieser eine solche (unwirksame) Belastung vorliege.³⁹ Nach *Eccher* sollte dies nicht der Fall sein, weil der Pflichtteilsberechtigte unter Lebenden frei über das Substitutionsgut verfügen könne.⁴⁰

Nach neuer Rechtslage sind auch bedingte oder belastete Zuwendungen zur Pflichtteilsdeckung geeignet, der durch die Bedingung oder Belastung verminderte oder fehlende Nutzen ist nur auf Ebene der Bewertung der Zuwendung zu berücksichtigen (§ 762).⁴¹

³⁶ Dieser Gedanke schon bei *Rabl*, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 1 (9); vgl auch *Fischer-Czermak*, Die Reform des Erbrechts aus der Sicht der Wissenschaft, in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU 19 (22).

³⁷ Hervorhebung durch den Verfasser.

³⁸ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2299.

³⁹ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 774 Rz 7.

⁴⁰ *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁴ § 609 Rz 3 mwN.

⁴¹ Zum Spannungsverhältnis zum ebenfalls neu eingeführten Stundungsregime für Pflichtteilsansprüche *Rabl*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015/107, 331 f; *Zöchling-Jud*, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht (2015) 71 (82 f); *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015, 97; *Schauer* in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erbrecht NEU (2016) 64 f; *Giller*, Die Gestaltbarkeit der Pflichtteilsdeckung, JEV 2016, 58 (61 ff); *A. Tschugguel*, Pflichtteilsdeckung neu – Zur Auflösung eines (scheinbaren) Normenwiderspruchs, EF-Z 2017/2, 111 f; *Welser*, Erbrechtskommentar § 763 Rz 9.

Somit ist nach neuer Rechtslage auch die Zuwendung einer Nacherbschaft an einen Pflichtteilsberechtigten grundsätzlich pflichtteilsdeckend; dass dieser die Erbschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt erhält, schlägt sich lediglich in der Bewertung der Zuwendung nieder.⁴² In diesem Zusammenhang soll untersucht werden, ob und gegebenenfalls, wie weit die Zuwendung einer befreiten Vorerbschaft oder einer Nacherbschaft auf den Überrest pflichtteilsdeckend ist. *Musger* nimmt an, dass der pflichtteildeckende Wert einer Nacherbschaft auf den Überrest „mit Null anzusetzen“ sei.⁴³ Dies lässt jedenfalls offen, wie der Wert einer befreiten Vorerbschaft anzusetzen ist.

Ein weiterer Teil der Dissertation wird sich mit der Behandlung der Nacherbschaft auf den Überrest im Verlassenschaftsverfahren und der Sicherung des Substitutionsgutes befassen. Die hL⁴⁴ tritt für eine amtswegige Inventarisierung auch bei der Nacherbschaft auf den Überrest ein, während § 165 AußStrG⁴⁵ nur von der „Nacherbschaft“ spricht und die Nacherbschaft auf den Überrest nicht erwähnt. Im selben Kapitel wäre auch zu klären, ob die Anordnung einer Nacherbschaft auf den Überrest eines Ausweises in der Einantwortungsurkunde gem § 178 Abs 2 AußStrG bedarf oder nicht.

Umstrittener ist die Eintragung des Substitutionsbandes bei Liegenschaften: Die Eintragung wird von der hL⁴⁶ bejaht, von einer Mindermeinung⁴⁷ jedoch abgelehnt. Es wäre sohin zu untersuchen, ob das Substitutionsband bei der Nacherbschaft auf den Überrest

⁴² Vgl das Beispiel bei *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht, 78; vgl auch die ErläutRV 688 BlgNr 25. GP 25.

⁴³ *Musger* in KBB⁵ § 762 Rz 2 mit Verweis auf *Schauer* in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU 62 f, der allerdings von der Ermessensbegünstigung spricht. *Musger* folgend *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁵ § 762 ABGB Rz 4.

⁴⁴ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2194; *Apathy/Neumayr* in KBB⁵ § 613 Rz 9; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} Rz 3; *Nemeth/Eccher* in *Schwimann/Neumayr*, Taschenkommentar⁴ § 614 Rz 3; *Welser*, Erbrechtskommentar § 609 Rz 5; krit *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 4/115, der die „Sinnhaftigkeit“ in Frage stellt.

⁴⁵ BGBl I 2003/111 idF BGBl I 2015/87.

⁴⁶ *Eccher* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 614 Rz 7; *Welser*, Erbrechtskommentar § 609 Rz 5; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 613 Rz 27; krit *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 4/115.

⁴⁷ *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 275 f mwN.

einzutragen, ob die Anordnung auf den Überrest auch festzuhalten und an welcher Stelle im Grundbuch die Eintragung vorzunehmen sei.

Aus derselben Grundfrage nach der Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit des Schutzes des Substitutionsgutes heraus wäre zu klären, ob und wenn ja, wann ein Posteritätskurator für noch nicht gezeugte Nacherben zu bestellen wäre.

An passenden Stellen soll zur Abgrenzung und für die bessere Verständlichkeit ein Rechtsvergleich mit den Bestimmungen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches⁴⁸ (insbesondere §§ 2113 ff BGB, § 2136 BGB) angestellt werden. Insbesondere wird dabei auf die verschiedenen Befreiungen einzugehen sein, die der Erblasser⁴⁹ anordnen kann und auf die Beschränkungen, denen auch der befreite Vorerbe *ex lege* unterliegt.⁵⁰

⁴⁸ Bürgerliches Gesetzbuch idF 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2911) geändert worden ist.

⁴⁹ So die Diktion des BGB.

⁵⁰ Dazu *Lange/Kuchinke*, Erbrechts (2011) 581 ff, 606 f mwN.

III. Vorläufige Gliederung

- I. Definition
 - A. Abgrenzung zur vollen Nacherbschaft
 - B. Nacherbfall zwingend Tod des Vorerben?
- II. Behandlung im Verlassenschaftsverfahren nach dem Verstorbenen
 - A. Bestellung von Kuratoren (Posteritätskurator, Kollisionskurator)
 - B. Amtswegige Inventarisierung
 - C. Eintragung des Substitutionsbandes
 - D. Sonstige Sicherungsmaßnahmen
- III. Rechtsstellung des Vorerben
 - A. Dingliche Surrogation
 - B. Schenkung auf den Todesfall
 - C. Rechtsmissbrauchsgrenze
- IV. Befreites Vorerbrecht und Pflichtteil
- V. Rechtsstellung des Nacherben
 - A. Rechtsmissbrauchsklage
 - B. Unterlassungsansprüche etc
- VI. Aufhebung und Beendigung der Substitution auf den Überrest
 - A. Verbrauch des Substitutionsgutes
 - B. Einvernehmliche Aufhebung
- VII. Verjährung
- VIII. Nachvermächtnisse auf den Überrest?

IV. Vorläufiger Zeitplan

SS 2020	Verfassen der Dissertation
WS 2020/21	Verfassen der Dissertation Lehrveranstaltung gem § 4 Abs 1 lit d SE Seminar auf dem Dissertationsfach
SS 2021	Verfassen der Dissertation
WS 2021/22	Verfassen der Dissertation Einreichen der Dissertation und Defensio

V. Vorläufiges Literaturverzeichnis

- Anders, Josef Freiherr von*, Grundriß des Erbrechts, 2. Auflage (1910)
- Apathy, Peter*, Fideikommissarische Substitution und Treuhand, in *Ogris, Werner und Rechberger, Walter* (Hrsg), Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister (1996) 15
- Apathy, Peter*, Teilungsanordnung und Erbeinsetzung, JBl 2006, 137
- Apathy, Peter*, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016/108, 805
- Apathy, Peter*, Die Haftung des Vor- und Nacherben für Erblasserschulden, in *Schurr, Francesco und Umlauf, Manfred* (Hrsg), Festschrift für Bernhard Eccher (2017) 31
- Babusiaux, Ulrike*, Römisches Erbrecht (2015)
- Barth, Peter und Pesendorfer, Ulrich*, Erbrechtsreform 2015 (2015)
- Barth, Peter*, Pflichtteilsrecht neu, in *Barth, Peter und Pesendorfer, Ulrich* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 157
- Bartsch, Robert*, Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von *Swoboda, Ernst*, 2. Auflage, Band IV, Erbrecht (1942)
- Beiser, Reinhold*, Vorerbschaft oder Fruchtgenuss? RdW 1984, 217
- Bielez, Holger und Knötzl, Bettina*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 136/07d, JEV 2009/20, 132
- Blümel, Béatrice*, ErbRÄG 2015 – Die Schenkung auf den Todesfall, Zak 2016/494, 264
- Brandstätter, Natascha*, Die Rechtsstellung des Geschenknehmers auf den Todesfall vor dem Tod des Geschenkgebers – zum schadenersatzrechtlichen Schutz von Anwartschaftsberechtigten, JBl 2018, 556
- Breyer, Wolfgang*, Die zeitlichen Grenzen der Vor- und Nacherbschaft (1997)
- Bruckbauer, Georg*, Die Schenkung auf den Todesfall und das reine Viertel nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – praktische Anwendung der neuen Regelungen durch das Notariat, NZ 2017/103, 290
- Bruckbauer, Georg*, Die Übergangsregelungen für die Anwendung des reinen Viertels auf die Schenkung auf den Todesfall nach dem ErbRÄG 2015, iFamZ 2017, 397

- Buhl, Rachel Christina*, Die Ermächtigung des Vorerben zur Einflussnahme auf die Erbfolge und deren Grenzen (2009)
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage (1991)
- Bydlinski, Peter*, Offene Fragen der Substitution auf den Überrest, NZ 1988, 241
- Crelinger, Ludwig*, System des Preußischen Erbrechts mit vergleichender Hinweisung auf das Römische und gemeine Erbrecht; nebst einem Anhang den Erbschafts-Stempel betreffend (1834)
- Eccher, Bernhard*, Die österreichische Erbrechtsreform (2015)
- Eccher, Bernhard*, Erbrecht, 6. Auflage (2016)
- Ehrenzweig, Armin*, Das System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II, 2. Hälfte, Familien- und Erbrecht, 2. Auflage (1937), bearbeitet von *Ehrenzweig, Adolf*
- Ellinger, Joseph Ritter von*, Handbuch des österreichischen allgemeinen Civil – Rechtes (1887)
- Endemann, Friedrich*, Römisches Privatrecht (1925)
- Fenyves, Attila, Kerschner, Ferdinand und Vonkilch, Andreas* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – 3. Auflage des von *Heinrich Klang* begründeten Kommentars, Teilband §§ 552 – 646 (2017)
- Ferrari, Susanna und Likar-Peer, Gundula Maria*, Erbrecht – Ein Handbuch für die Praxis (2007)
- Ferrari, Susanna*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, 17. ÖJT, Band II/2 (2010)
- Fischer-Czermak, Constanze*, Verträge auf den Todesfall. Neuerungen durch das ErbRÄG 2015, EF-Z 2016/107, 228
- Füger von Rechtborn, Max*, Das Erbrecht nach dem Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (1860)
- Giller, Peter*, Zur Reform der Pflichtteilsdeckung. Problematik des § 744 und Leitlinien für eine zukünftige Gestaltung, iFamZ 2008, 36
- Giller, Peter*, Die Gestaltbarkeit der Pflichtteilsdeckung nach dem ErbRÄG 2015 – eine erste Annäherung, JEV 2016, 58
- Gschnitzer, Franz*, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Erbrecht (1964)

- Hausmaninger, Herbert und Selb, Walter*, Römisches Privatrecht, 9. Auflage (2001)
- Jud, Brigitta*, Der Erbschafts Kauf. Verfügungen des Erben über sein Recht (1998)
- Karollus, Martin*, Die testamentarische Nichtverehelichungsklausel - Gedanken zur dogmatischen Einordnung, zur Auslegung und zur rechtspolitischen Berechtigung des § 700 ABGB, NZ 1988, 293
- Kaser, Max*, Römisches Privatrecht, 17. Auflage (2003)
- Keinert, Elisabeth*, Schenkung auf den Todesfall im ErbRÄG 2015, JEV 2016, 18
- Kirchstetter, Ludwig Ritter von*, Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 5. Auflage (1894)
- Klampfl, Christoph*, Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen – rechtmäßige Ausübung der Testierfreiheit oder sittenwidrige Diskriminierung? JEV 2016, 178
- Klang, Heinrich* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 1. Halbband (1935)
- Klang, Heinrich* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, 2. Auflage (1952)
- Kletečka, Andreas*, Konstruktive Nacherbschaft und Pflichtteilsberechnung. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung 6 Ob 665/94, NZ 1997, 137
- Kletečka, Andreas*, Ersatz- und Nacherbschaft (1999)
- Kletečka, Andreas*, Die materielle Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen, JBl 1999, 277
- Kletečka, Andreas*, Notariatsaktsform für „Befreiungsvereinbarung“ bei der Nacherbschaft. Eine Besprechung der E OGH 27. 2. 2006, 6 Ob 136/07d, JBl 2009, 463
- Kletečka, Andreas und Schauer, Martin* (Hrsg), ABGB-ON (seit 2010)
- Kletečka, Andreas*, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in *Rabl, Christian und Zöchling-Jud, Brigitta* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015), 89
- Kogler, Gabriel*, Der Erbverzicht (2013)
- Kogler, Gabriel*, Pflichtteilsberechtigung und Ausmessung der Pflichtteile, JBl 2018, 141 und 229

- Koziol, Helmut, Bydlinski, Peter und Bollenberger, Raimund* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB, 5. Auflage (2017)
- Kralik, Winfried*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 3. Auflage, 4. Buch Das Erbrecht (1983), zuletzt bearbeitet von *Ehrenzweig, Armin* und *Ehrenzweig, Adolf*
- Krasnopolski, Horaz*, Lehrbuch des österreichischen allgemeinen Privatrechts, V. Band, Erbrecht (1914), aus dessen Nachlaß herausgegeben und bearbeitet von *Kafka, Bruno*
- Kronthaler, Christoph*, Die Besitznachfolgerechte (2019)
- Lange, Heinrich und Kuchinke, Kurt*, Erbrecht, 5. Auflage (2001)
- Lentze, Hans*, Das Wiener Testamentsrecht im Mittelalter, ZGR 69, 98
- Liebwald, Doris*, Erben in Österreich: Heimat großer Töchter und Söhne? JEV 2018, 91
- Linden, Joseph*, Das früher in Österreich übliche gemeine und einheimische Recht nach der Paragraphenfolge des neuen bürgerlichen Gesetzbuches (1815)
- Ludvik, Maximilian*, Kein außerordentliches Erbrecht bei Schenkungen auf den Todesfall, NZ 2016/142, 401
- Mayer-Maly, Theo*, Römisches Privatrecht (1991)
- Meincke, Jens-Peter*, Römisches Privatrecht, 3. Auflage (2019)
- Mondel, Christoph*, Aus der Erbrechtspraxis des Dr. M. – 2016 im Zeichen der Erbrechtsreform. Der nicht mehr so „freie“ Pflichtteil, iFamZ 2016, 180
- Mondel, Christoph*, Tücken der vermuteten Ersatzerbschaft anlässlich der Testamentserrichtung, iFamZ 2018, 112
- Ofner, Julius*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. und 2. Band (1889)
- Perl, Gerald*, Die Nacherbschaft in Österreich, Deutschland und der Schweiz: ein Rechtsvergleich (1999)
- Pfaff, Leopold und Hofmann, Franz*, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, II. Band/1. Abteilung (1877)
- Pfaff, Leopold und Hofmann, Franz*, Excuse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht, II. Band/1. Abteilung (1878)

- Rabl, Christian*, Der unbekannt Nacherbe, NZ 2003/69, 264
- Rabl, Christian*, Die Schenkung auf den Todesfall im Pflichtteilsrecht, NZ 2005/32, 129
- Rabl, Christian*, Das Schicksal der vom Erblasser verfügten Lasten nach Wegfall des belasteten Erben, NZ 2012/67, 193
- Rabl, Christian*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015/107, 321
- Rabl, Christian*, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in *Rabl, Christian* und *Zöchling-Jud, Brigitta* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 1
- Rummel, Peter*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 136/07d, JBl 2009, 441
- Rummel, Peter* und *Lukas, Meinhard* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Teilband §§ 531 – 824 ABGB (Erbrecht), 4. Auflage (2014)
- Sailer, Hansjörg*, Nacherbschaft im 21. Jahrhundert, in *Schurr, Francesco* und *Umlauf, Manfred* (Hrsg), Festschrift für Bernhard Eccher (2017) 995
- Savigny, Friedrich Carl von*, System des heutigen Römischen Rechts, Vierter Band (1841)
- Schacherreiter, Judith*, Die Rechtsposition von Vor- und Nacherben in ausgewählten Streitfällen, JEV 2016, 40
- Schauer, Martin*, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personenhandelsgesellschaften (1999)
- Schauer, Martin*, Pflichtteilsrecht einschließlich Gestaltung der Pflichtteilsdeckung, in *Schauer, Martin* und *Deixler-Hübner, Astrid* (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 55
- Schauer, Martin, Motal, Bernhard, Reiter, Sebastian, Hofmair, Marlene* und *Wöss, Sebastian*, Erbrechtsreform: Paradigmenwechsel oder Window Dressing? JEV 2015, 40
- Schwimann, Michael* und *Kodek, Georg* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 5. Auflage (2018)
- Seidl, Erwin*, Römisches Privatrecht (1963)
- Steinwenter, Artur*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 215/57, JBl 1957, 619
- Stobbe, Otto*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Fünfter Band, Erste und zweite Auflage (1885)

- Stubenrauch, Moritz von*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band I, 8. Auflage (1902) Band II, 8. Auflage (1903)
- Till, Lukas*, Analoge Anwendung des außerordentlichen Erbrechts. Vertragsabschluss als Indiz für das Vorliegen eines besonderen Naheverhältnisses, iFamZ 2016, 32
- Tschugguel, Andreas*, Sind Einschränkungen und Aufhebungen fideikommissarischer Anordnungen formpflichtig? NZ 2010/2, 9
- Tschugguel, Andreas*, Ersatzerbschaft, Transmission und Anwachsung - Überlegungen aus kautelarjuristischer Sicht, EF-Z 2012/156, 257
- Tschugguel, Andreas*, Pflichtteilsdeckung neu – Zur Auflösung eines (scheinbaren) Normenwiderspruchs, EF-Z 2017/45, 111
- Umlauft, Manfred*, Erbrechtsreform 2015: Antinomie zwischen den Regelungen zur Pflichtteilsdeckung und der Pflichtteilsstundung? in *Schurr, Francesco* und *Umlauft, Manfred* (Hrsg), Festschrift für Bernhard Eccher (2017), 1189
- Umlauft, Manfred*, Die Anwendung des § 1253 ABGB auf die Schenkung auf den Todesfall. Ein Auslegungsvorschlag zur Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015, EF-Z 2017/2, 4
- Unger, Joseph*, Das österreichische Erbrecht, 4. Auflage (1894)
- Veelken, Winfried*, Französische substitution und deutsche Vor- und Nacherbschaft – Probleme des internationalen Erbrechts, Rabels Zeitschrift 1985, 1
- Voglhueber, Joseph*, Practische Anleitung, wie eine Verlassenschafts-Abhandlung über ein freyvererbliches Vermögen der Unterthanen in den K.k. deutschen Erbländern eingerichtet werden (1789)
- Welser, Rudolf*, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 137
- Welser, Rudolf*, Befreite Vorerbschaft und „Löschungsklage“ des Nacherben, NZ 1993, 140
- Welser, Rudolf*, Erbschafts Kauf und fideikommissarische Substitution, NZ 2006/12, 65
- Welser, Rudolf*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, in FS Hopf, Zivilrechtsgesetzgebung heute (2007)
- Welser, Rudolf*, Erbrechtsreform, 17. ÖJT, Band II/1 (2010)
- Welser, Rudolf*, Die Entwicklung des Erbrechts, in *Fischer-Czermak, Constanze, Hopf, Gerhard, Kathrein, Georg* und *Schauer, Martin* (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 713

- Welser, Rudolf* und *Zöchling-Jud, Brigitta*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, 14. Auflage (2015)
- Welser, Rudolf*, Der Erbrechts-Kommentar (2019)
- Wesener, Gunter*, Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption, in *Beyerle, Franz* und *Kunkel, Wolfgang* (Hrsg), Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Band 4 (1957)
- Winkler, Alexander*, Erbrecht. Ein Leitfaden für die Praxis, 2. Auflage (2016)
- Zankl, Wolfgang*, Vertretungs- und schadenersatzrechtliche Aspekte der Testamentsvollstreckung, JBl 1998, 293
- Zeiller, Franz Edler von*, Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch: für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (1811)
- Zöchling-Jud, Brigitta*, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015, in *Rabl, Christian* und *Zöchling-Jud, Brigitta* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 71
- Zöchling-Jud, Brigitta*, Pflichtteilsrechtliche Aspekte im neuen Erbrecht, in *Pabel, Katharina* (Hrsg), 50 Jahre JKU (2018) 49