

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 277

Der überschuldete Nachlass

Eine Untersuchung zur Verantwortlichkeit
von Nachlasspflegern und Fiskalerben
bei der Verwaltung überschuldeter Nachlässe

Von

Martin Kaltwasser



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN KALTWASSER

Der überschuldete Nachlass

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 277

Der überschuldete Nachlass

Eine Untersuchung zur Verantwortlichkeit
von Nachlasspflegern und Fiskalerben
bei der Verwaltung überschuldeter Nachlässe

Von

Martin Kaltwasser



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main hat diese Arbeit
im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D30

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-14753-3 (Print)
ISBN 978-3-428-54753-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84753-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2015 von dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Peter von Wilmsowsky, LL.M., für die Betreuung dieser Arbeit und seine vielfältigen Anmerkungen und Hinweise. Ebenso bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M., für wertvolle Anregungen bei der kritischen Auseinandersetzung mit den Thesen dieser Arbeit sowie für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Auch möchte ich meinen Freunden danken, die mich durch eine nicht immer einfache Zeit begleitet haben. Ich danke Herrn Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter Dr. Mario Nöll, der mich zur Behandlung dieses Themas inspiriert hat und mir als Ansprechpartner aus der Insolvenzrechtspraxis stets unterstützend und beratend zur Seite stand. Weiterhin danke ich Herrn Michael Höhne für seine unermüdliche Bereitschaft zur wissenschaftlichen Diskussion, die aufmerksame Durchsicht des Erstentwurfs und seine emotionale Unterstützung. Ich danke Herrn Rechtsanwalt Bernard Karikari, Herrn Rechtsanwalt Dr. David Weller und Herrn Richter Johannes Wolz, LL.M., für ihre Bereitschaft, sich mit meinen Thesen auseinanderzusetzen.

Von Herzen danke ich meiner Frau Susann und meiner Tochter Sophie Elisabeth für ihre Lebensfreude, ihre Liebe, ihre Zuneigung und ihr Verständnis. Ebenso danke ich meinen Eltern, meinen Geschwistern und meinen Großmüttern für ihre bedingungslose Unterstützung.

Diese Arbeit ist meinem Großvater Karl Heinz Kaltwasser gewidmet, der die Fertigstellung leider nicht mehr erleben konnte.

Frankfurt am Main, im Juni 2015

Martin Kaltwasser

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Problemaufriss	19
II. Gang der Untersuchung	23

Teil I

Anfall einer überschuldeten Erbschaft – Handlungsoptionen der Beteiligten	25
A. Allgemeines	25
B. Handlungsoptionen des Erbberechtigten: Annahme oder Ausschlagung	27
I. Allgemeines	27
II. Die Annahme einer überschuldeten Erbschaft in Ansehung des Risikos der Insolvenzverschleppungshaftung aus § 1980 Abs. 1 Satz 2 BGB	28
1. Das Insolvenzantragsrecht des Schuldners, § 13 Abs. 1 InsO	29
2. Die Insolvenzantragspflicht des Erben, § 1980 Abs. 1 Satz 1 BGB	29
a) Allgemeines	29
b) Voraussetzungen der Antragspflicht	30
aa) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Nachlasses	30
bb) Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis – Zusammenspiel von §§ 1980 und 1979 BGB	32
c) Anforderungen an den Insolvenzantrag des Erben	35
d) Folgen des (Eigen-)Insolvenzantrags für den Erben	36
e) Folgen eines Verstoßes gegen § 1980 Abs. 1 Satz 1 BGB	38
f) Zwischenergebnis	40
III. Ausschlagung der Erbschaft: Aktuell zu beobachtende Verfahrensweise von Erbberechtigten überschuldeter Nachlässe aufgrund anzutreffender Beratungspraxis ..	40
C. Handlungsoptionen des Nachlassgerichts	42
I. Anordnung einer Sicherungspflegschaft gem. § 1960 Abs. 2 BGB	43
1. Allgemeines	43
2. Formelle Voraussetzungen	44
3. Materielle Voraussetzungen	44
a) Sicherungsanlass i.S.v. § 1960 Abs. 1: Unklarheit über die Person des endgültigen Erben	44

b) Vorliegen eines Sicherungsbedürfnisses	45
aa) Wann besteht ein Sicherungsbedürfnis i.S.v. § 1960 BGB?	45
bb) Konkretes Sicherungsbedürfnis erforderlich?	47
(1) Sicherungspflegschaft allein zum Zweck der Erbenermittlung?	47
(2) Konkrete Anhaltspunkte der Nachlassgefährdung erforderlich	48
(3) Bewertung und eigene Auffassung	48
cc) Interessen der Nachlassgläubiger sind für das Vorliegen eines Sicherungsbedürfnisses irrelevant	51
dd) Vorliegen eines Sicherungsbedürfnisses bei überschuldetem Nachlass? ..	53
(1) Beurteilung eines Sicherungsbedürfnisses anhand des Aktivvermögens	54
(2) Beurteilung eines Sicherungsbedürfnisses durch eine Gesamtbetrachtung von Aktiva und Passiva – wirtschaftliche Betrachtungsweise	55
(3) Bewertung und eigene Auffassung	56
(a) Vorüberlegungen	56
(b) Für überschuldete Nachlässe besteht kein Sicherungsbedürfnis gem. § 1960 Abs. 1 BGB	57
4. Zwischenergebnis	59
II. Anordnung einer Prozesspflegschaft gem. § 1961 BGB	60
1. Allgemeines	60
2. Formelle Voraussetzungen	60
3. Materielle Voraussetzungen	60
a) Vorliegen eines Sicherungsanlasses i.S.v. § 1960 Abs. 1 BGB	60
b) Gegen den Nachlass gerichteter Anspruch	61
c) Rechtsschutzinteresse des Gläubigers	61
4. Folgen der Anordnung	61
5. Verfahrensweise in der Praxis – Auslegung des Interesses des Antragstellers unterbleibt – Gebotene Vorgehensweise: Differenzieren anhand der Vermögenssituation des Nachlasses	62
a) Bekannte Vermögenssituation des Nachlasses: Werthaltiger, nicht überschuldeter Nachlass	63
b) Unklare Vermögenssituation des Nachlasses – Keine Hinweise auf Überschuldung	63
c) Unklare Vermögenssituation des Nachlasses – Deutliche Hinweise auf Überschuldung	63
d) Bekannte Vermögenssituation des Nachlasses: Überschuldung des Nachlasses steht fest	64
III. Anordnung einer Nachlassverwaltung gem. §§ 1975 ff. BGB	65
1. Allgemeines	65
2. Formelle Voraussetzungen	65

3. Materielle Voraussetzungen der Anordnung einer Nachlassverwaltung auf Antrag eines Nachlassgläubigers	66
4. Folgen der Anordnung	66
IV. Handlungsoption bei erfolgloser bzw. untunlicher Erbenermittlung – Feststellung des Erbrechts des Fiskus gem. § 1964 BGB	67
V. Aktuelle Verfahrensweise der Nachlassgerichte	70
D. Handlungsoptionen der Nachlassgläubiger	71
I. Allgemeines: Zusätzlicher Gläubigerschutz ab dem Erbfall	71
1. Mit dem Erbfall verbundene Risiken für die Nachlassgläubiger	71
2. Gläubigerschutzmechanismen durch die Verantwortlichkeit des Erben für die bisherige Verwaltung des Nachlasses und die Insolvenzantragspflicht des Erben setzen einen Erben voraus	72
II. Handlungsoptionen im Einzelnen	73
III. Zentrales Instrument zur Rechtsverfolgung im Falle feststehender Überschuldung des Nachlasses: Antrag gem. § 317 Abs. 1 InsO auf Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens nach den §§ 1975 ff. BGB, 315 ff. InsO	73
1. Allgemeines	73
2. Aktuelle Situation: Verwaltung überschuldeter Nachlässe durch Nachlasspfleger oder Fiskalerben – Risiken für Nachlassgläubiger?	74

Teil 2

Kompensationsmöglichkeiten für Schmälerungen des Nachlassbestands bei der Verwaltung überschuldeter Nachlässe in Nachlasspflegschaft nach aktuellem Meinungsstand 76

A. Ausgangspunkt der Überlegungen: Die Rechtsstellung des Nachlasspflegers	77
I. Nachlasspflegschaft ist Personalpflegschaft	77
II. Entscheidender Aspekt: Wer ist die Person des Vertretenen?	79
1. Nicht erfolgte Annahme: Vertreten wird derjenige, der endgültiger Erbe wird ..	79
2. Sonderfall Erbprätendentenstreit	81
III. Bedeutung der Vertretung des werdenden Erben für die Pflichtenstellung des Nachlasspflegers	83
IV. Stellungnahme zu BGH IV ZR 199/03 – Erbprätendentenstreit und Erbenstellung	84
B. Die Verantwortlichkeit des Nachlasspflegers nach aktuellem Meinungsstand	85
I. Verantwortlichkeit des Nachlasspflegers gegenüber Nachlassgläubigern	85
1. Keine Haftung des Nachlasspflegers wegen fehlerhafter Verwaltung des Nachlasses	86
2. Keine Verantwortlichkeit wegen verspäteter Insolvenzantragstellung	86
a) Aktueller Meinungsstand zur Insolvenzantragspflicht des Nachlasspflegers ..	87
aa) Einleitung in die Thematik – Entwicklung des Streitstandes	87

bb) Insolvenzantragspflicht des Nachlasspflegers aus § 1980 BGB	87
(1) Die Auffassungen von du Carrois, Jünemann und Poertzgen	87
(2) Position des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Meinung	89
(3) Bewertung und eigene Auffassung	90
cc) Insolvenzantragspflicht des Nachlasspflegers gem. (oder ggf. analog) §§ 1985 Abs. 2, 1980 BGB	91
(1) Position Bundesgerichtshof und Schrifttum	91
(2) Die Auffassung von Nöll	92
(3) Bewertung und eigene Auffassung	93
dd) Insolvenzantragspflicht aus § 317 InsO?	97
ee) Die Auffassung von Ziegler	98
b) Zwischenergebnis: Keine eigenen Ansprüche der Nachlassgläubiger gegen Nachlasspfleger	99
II. Die bestehende Verantwortlichkeit des Nachlasspflegers gegenüber dem Erben ist bei überschuldeten Nachlässen aktuell bedeutungslos	99
C. Kompensation der durch den Nachlasspfleger entstandenen Schäden durch Inan- spruchnahme des Erben – Haftung des Erben über Zurechnung des Fehlverhaltens des Nachlasspflegers über § 278 BGB	100
I. „Pflegerisches tätig werden“ als Voraussetzung einer Zurechnung	100
II. Weitere Voraussetzung: Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen für Handlungen des Nachlasspflegers	101
1. Haftung des Erben vor Annahme der Erbschaft mit seinem Eigenvermögen für fehlerhafte Verwaltung des Nachlasses gem. §§ 1978 Abs. 1 Satz 2, 677 BGB bzw. §§ 1959 Abs. 1, 677 BGB	101
2. Welche Verbindlichkeiten des Erben begründet der Nachlasspfleger im Rahmen seiner Tätigkeit	102
III. Zwischenergebnis: Keine Haftung des Erben für Fehlverhalten des Nachlasspfle- gers mit dem Eigenvermögen	103
D. Zwischenergebnis: Keine Ersatzmöglichkeit von im Zeitraum der Nachlasspflegschaft entstandenen Schäden im Insolvenzverfahren – „Narrenfreiheit“ für Nachlasspfleger?	104
E. Die Einschätzung des Bundesgerichtshofs	105

Teil 3

Lösungsansätze 107

A. Möglichkeiten zur Kompensation von im Zeitraum der Nachlasspflegschaft eingetre- tenen Verkürzungen des Nachlassbestands	107
I. Verantwortlichkeit des Nachlasspflegers – Schadenskompensation im Rahmen der gesetzlichen Vertretung des werdenden Erben	108
1. Ausgangspunkt: Der Nachlasspfleger als gesetzlicher Vertreter des werdenden Erben (also der Person des endgültigen Erben im Zeitraum dessen nur vorläu- figer Erbenstellung)	108

2. Verletzung zentraler Pflichten gegenüber dem werdenden Erben durch den Nachlasspfleger	109
a) Verletzung der Pflicht zur Sicherung und Erhaltung des Nachlasses	110
aa) Inhalt der Pflicht	110
bb) Haftung trotz Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch das Nachlassgericht	112
b) Gläubigerbefriedigung durch den Nachlasspfleger entgegen §§ 1978, 1979 BGB	113
aa) Problemstellung	113
bb) Befugnis des Nachlasspflegers zur Gläubigerbefriedigung	114
cc) Pflicht zur Erfüllung von Ansprüchen der Nachlassgläubiger?	115
(1) Keine Pflicht zur generellen eigeninitiativen Befriedigung	115
(2) Pflicht zur Befriedigung in Einzelfällen – einzig im Interesse des Erben	116
dd) Grenzen der Befugnis zur Gläubigerbefriedigung aus dem Rechtsverhältnis zum Erben	119
(1) Das Auszahlungsverbot des § 1979 BGB – Bedeutung für den vorläufigen Erben	119
(2) Folgen einer Gläubigerbefriedigung entgegen § 1979 BGB für den vorläufigen Erben	120
(3) Prüfungspflichten des vorläufigen Erben um den Fahrlässigkeitsvorwurf aus § 1979 BGB bei Zahlung trotz Überschuldung zu entkräften	121
(4) Anforderungen an die Prüfungspflicht des Nachlasspflegers gegenüber dem Erben vor der Befriedigung von Nachlassverbindlichkeiten	122
ee) Zusammenfassung: Befugnis oder Verbot des Nachlasspflegers zur Gläubigerbefriedigung ist abhängig von der wirtschaftlichen Situation des Nachlasses – Zäsur durch erkennbare Überschuldung	122
c) Verletzung der gegenüber dem Erben bestehenden Insolvenzantragspflicht	123
aa) Pflicht zur Insolvenzantragstellung?	123
(1) Pflicht zur Insolvenzantragstellung aus § 1980 BGB?	124
(2) Pflicht zur Insolvenzantragstellung aus § 317 InsO?	125
(3) Zutreffende Auffassung: Antragspflicht aus gesetzlichem Schuldverhältnis zwischen Erbe und Nachlasspfleger	125
bb) Inhalt der Pflicht: Antragstellung zur Vermeidung einer Verkürzung des Nachlassbestands	126
cc) Wann droht eine Verkürzung des Nachlassbestands, die nur durch eine Insolvenzantragstellung des Nachlasspflegers zu vermeiden ist?	126
(1) Schmälerung des Nachlassbestands durch ein Nichteinschreiten des Nachlasspflegers gegen die Befriedigung von Nachlassgläubigern entgegen § 1979 BGB	126

(2) Umfangreichere Pflicht zur Insolvenzantragstellung bereits ab Eintritt der Überschuldung zur Verhinderung der Überschuldungsver- tiefung?	128
dd) Zwischenergebnis	130
3. Schaden des Erben durch die Pflichtverletzung des Nachlasspflegers	130
a) Vermögensschaden des Erben bei bestehender Überschuldung des Nach- lasses?	131
aa) Meinungsstand: kein Schaden des Erben wegen Überschuldung des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls und der Möglichkeit des Erben, seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken	131
bb) Kritik an den dargestellten Auffassungen	132
(1) Vorüberlegungen	132
(2) Die Minderung des Nachlassbestands ist ein Vermögensschaden des Erben („rechnerischer Schaden“) unabhängig von bereits bestehen- der Überschuldung oder einer Separation der Vermögensmassen Ei- genvermögen und Nachlass	133
(a) Überschuldung schließt einen Vermögensschaden nicht aus ...	134
(aa) Vermögensschaden für vermögenslose Schuldner	134
(bb) Keine Schlechterstellung des Anspruchsgegners – Stärkung der Rechtssicherheit	136
(cc) Zwischenergebnis	137
(b) Auseinanderfallen von Schadenseintritt und Schadensauswir- kung kein Grund einen Schaden zu verneinen	137
cc) Zwischenergebnis: Die Pflichtverletzungen des Nachlasspflegers kön- nen auch bei Nachlassüberschuldung zu einem Schaden des Erben i.S.v. §§ 249 ff. BGB führen	139
b) Durch welche Pflichtverletzungen des Nachlasspflegers entsteht auch dem Erben ein Schaden i.S.v. § 249 ff. BGB?	139
aa) Verkürzungen des Nachlasses wegen wirtschaftlich nachteiliger Ver- waltung des Nachlassbestands	140
bb) Unberechtigte Befriedigung von Forderungen entgegen § 1979 BGB ..	140
(1) Vorüberlegungen: Vermögensschaden durch die Befriedigung der Verbindlichkeit?	140
(2) Vermögensschaden des Erben wegen eigener Inanspruchnahme der Gläubiger gem. §§ 1978 Abs. 1 Satz 2, 1979, 677 BGB durch Zu- rechnung von fehlerhaftem Verhalten des Nachlasspflegers über § 278 Satz 1 BGB	141
cc) Schäden aus verzögerter oder unterlassener Insolvenzantragstellung ...	143
4. Zugehörigkeit des Ersatzanspruchs zum Nachlass – Insolvenzbeschlagn	144
5. Zwischenergebnis: Entgegen der aktuell vertretenen Auffassungen ist eine Schadenskompensation durch die Inanspruchnahme des Nachlasspflegers möglich	147

- II. Problem des bestehenden Haftungsvakuums – Keine Ersatzpflicht des Nachlasspflegers für Insolvenzverschleppungsschäden, die nicht dem Erben, sondern ausschließlich den Nachlassgläubigern entstehen 147
 - 1. Problemstellung: Keine Kompensationsmöglichkeit für Quotenschäden der Nachlassgläubiger im Rechtsverhältnis zwischen Erbe und Nachlasspfleger . . 147
 - 2. Abgrenzung von Quotenschäden und Vermögensschaden des Erben 149
 - a) Vermögensschaden des Erben, der einen Ersatzanspruch gegen den Nachlasspfleger auslöst, schließt Quotenschaden für Insolvenzgläubiger aus 149
 - b) Handlungen oder Unterlassungen des Nachlasspflegers, die keinen Vermögensschaden des Erben begründen, aber zu einer Verminderung der späteren Insolvenzmasse führen, resultieren in Quotenschäden 150
 - c) Mischformen – Vermögensschaden des Erben im Zeitraum der Nachlasspflegschaft, die keine Haftung des Nachlasspflegers auslösen, resultieren teilweise in einem Quotenschaden der Nachlassgläubiger 152
 - d) Zwischenergebnis: Problemgruppe bilden die Quotenschäden der Nachlassgläubiger 154
 - 3. Kompensation von Quotenschäden der Nachlassgläubiger über die Grundsätze der Drittschadensliquidation möglich? 154
 - 4. Lösung des Haftungsvakuums über einen Anspruch der Nachlassgläubiger gegen den Nachlasspfleger aus § 826 BGB 158
 - 5. Kein Erfordernis der Schadenskompensation von Insolvenzverschleppungsschäden 159
- III. Zwischenergebnis 160
- IV. Auswirkungen auf die Praxis 161

- B. Sonderproblem der „kalten Eigenverwaltung“: Die (unberechtigte) Erhebung der Dürftigkeitseinrede durch Fiskalerben und Nachlasspfleger mit anschließender Abwicklung des Nachlasses außerhalb des Insolvenzverfahrens 162
 - I. Einleitung zur Problematik und die Darstellung bei Nöll 162
 - II. Erhebung der Dürftigkeitseinrede durch Fiskalerben 164
 - 1. Fiskalerebrecht für überschuldete Nachlässe? 164
 - a) Erbenermittlungspflicht des Nachlassgerichts bei solventem Nachlass 164
 - aa) Potenziell erberechtigte Person ist bekannt 164
 - bb) Erbe ist unbekannt 165
 - b) Erbenermittlungspflicht des Nachlassgerichts auch bei Überschuldung? . . . 166
 - aa) Komplexe Erbensuche bei Überschuldung des Nachlasses 166
 - bb) Erfolgreiche Erbensuche bei Überschuldung des Nachlasses – Uneinigkeit über den gebotenen Verfahrensgang 166
 - cc) Über das Aufforderungsverfahren gem. § 1965 BGB hinausgehende Erbenermittlungspflicht des Nachlassgerichts aus § 1964 BGB auch bei überschuldetem Nachlass? 167
 - (1) Pro Erbenermittlung 167
 - (2) Die Position des LG Stade 168

(3) Contra Erbenermittlungspflicht	169
(4) Landesrechtliche Besonderheiten	171
(5) Bewertung und eigene Auffassung	172
dd) Zwischenergebnis: Bei Überschuldung besteht keine Erbenermittlungspflicht aus § 1964 BGB	175
c) Erforderlichkeit der Feststellung des Fiskuserbrechts auch bei Überschuldung?	175
aa) Entbehrlichkeit der Feststellung	175
bb) Risiken einer unterlassenen Feststellung des Fiskuserbrechts	176
cc) Verpflichtung zur Feststellung	176
dd) Bewertung und eigene Auffassung	178
(1) Feststellungsbeschluss ist eine gebundene Entscheidung	178
(2) Wahrung der Stellung des Erben im Rechtsverkehr durch den Fiskus – Ordnungsfunktion	179
(3) Zeitlicher Aspekt	180
(4) Unbekannte Erben verlieren ihre Rechte durch den Feststellungsbeschluss des § 1964 BGB nicht	180
(5) Zwischenergebnis	181
d) Zusammenfassung	181
2. Die Dürftigkeitseinrede des Fiskalerben – Regelungsgehalt der Vorschriften §§ 1990 ff. BGB	182
a) Voraussetzungen der Erhebung der Dürftigkeitseinrede	185
aa) Berufung auf die Dürftigkeit des Nachlasses	185
bb) Tatsächliche Dürftigkeit: Die Ermittlung des Nachlassbestands bei der Prüfung der Anwendbarkeit von § 1990 BGB bei überschuldetem Nachlass erfolgt anhand der zukünftigen Insolvenzmasse	186
b) Beweispflicht des Erben	191
c) Zeitpunkt für das Vorliegen der Dürftigkeit	193
d) Folge tatsächlicher Dürftigkeit des Nachlasses: Entfall der Insolvenzantragspflicht aus § 1980 BGB	193
aa) Bei Dürftigkeit des Nachlasses i.S.v. § 1990 BGB besteht keine Antragspflicht (h.M.)	193
bb) Bei Dürftigkeit des Nachlasses i.S.v. § 1990 BGB besteht die Antragspflicht fort (a.A.)	194
cc) Bewertung und eigene Auffassung	194
3. Folgen der Erhebung der Dürftigkeitseinrede	195
a) Haftungsbeschränkung auf den Nachlass nur bei Vorliegen aller Voraussetzungen oder gerichtlicher Feststellung	195
b) Pflicht zur Herausgabe des Nachlasses	197

- c) Verwalterhaftung des Erben als Folge der Dürftigkeitseinrede – Gläubigerschutzmechanismen finden auch ohne Nachlassinsolvenzverfahren oder Nachlassverwaltung Anwendung 199
 - aa) §§ 1991, 1978 BGB 200
 - bb) §§ 1991, 1979 BGB 201
 - cc) §§ 1991, 1980 BGB 202
 - (1) Anwendbarkeit 202
 - (2) Folgen der Anwendbarkeit von § 1980 BGB über § 1991 Abs. 1 BGB 203
- d) Anspruchsberechtigung des einzelnen Gläubigers 205
- e) Folgen einer irrtümlichen oder fehlerhaften Berufung auf die Dürftigkeit des Nachlasses: Verwalterhaftung des Erben 205
 - aa) Keine Haftungsbeschränkung 205
 - bb) Verwalterhaftung des Erben im Insolvenzverfahren insbesondere wegen Insolvenzverschleppungshaftung 206
 - cc) Für Nachlassgläubiger, die Leistungen aus dem Nachlass erhalten haben, besteht Gefahr der Anfechtung 208
 - dd) Zwischenergebnis 209
- 4. Haftung des Fiskalerben bei fehlerhafter Berufung auf die Dürftigkeit des Nachlasses und anschließender „kalter Eigenverwaltung“ gem. §§ 1978, 1979 und 1980 BGB 209
 - a) Die Auffassung von Nöll zur Dürftigkeitseinrede durch Fiskalerben 210
 - b) Gebotenes Gläubigerverhalten bei Leistungsverweigerung des Erben unter Berufung auf die Dürftigkeit 212
- III. Erhebung der Dürftigkeitseinrede durch den Nachlasspfleger 213
 - 1. Einredeerhebung durch den Nachlasspfleger ist die Besorgung eines „erb-schaftlichen Geschäfts“ i.S.v. § 1978 Abs. 1 Satz 2 BGB für den werdenden Erben 214
 - 2. Berufen auf die Dürftigkeit des Nachlasses durch den Nachlasspfleger 216
 - 3. Dürftigkeit wird meist nicht vom Insolvenzgericht festgestellt, sondern vom Nachlasspfleger postuliert und von den Nachlassgläubigern akzeptiert – Wegfall der Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts 218
 - 4. Korrekte Einschätzung der Insolvenzmasse in einem Nachlassinsolvenzverfahren durch einen Nachlasspfleger 222
 - a) Erforderlich ist die Ermittlung der zukünftigen Insolvenzmasse 222
 - b) Entscheidend für die Dürftigkeit ist einzig die Frage der Deckung der Verfahrenskosten im Insolvenzverfahren nach § 54 InsO 224
 - c) Ansprüche des Erben gegen den Nachlasspfleger wegen fehlerhafter Verwaltung, §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1833 Abs. 1 Satz 1 BGB 226
 - d) Zweifel an der notwendigen Kompetenz des Nachlasspflegers zur Beurteilung der Dürftigkeit des Nachlasses 227

5. Folgen der berechtigten Einredeerhebung – Verantwortlichkeit des Nachlasspflegers	227
a) Haftung für fehlerhafte Verwaltung bis zur Erhebung der Einrede	228
b) Haftung ab Erhebung der Einrede für weitere Verwaltung des dürftigen Nachlasses nach § 1990 Abs. 1 Satz 2 BGB – Verwalterhaftung gegenüber den Nachlassgläubigern analog § 1985 Abs. 2 BGB	229
aa) Folgen der Einredeerhebung für die Verantwortlichkeit gegenüber dem werdenden Erben	229
bb) Verantwortlichkeit gegenüber den Nachlassgläubigern	231
6. Fälschliches Berufen auf die Dürftigkeit des Nachlasses – Keine Haftungsbeschränkung für den Erben bei unterlassener Insolvenzantragstellung durch den Nachlasspfleger	231
a) Keine Haftungsbeschränkung für den Erben – Verwalterhaftung des Nachlasspflegers für Verminderung des Nachlassbestands aus §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1833 Abs. 1 Satz 1 BGB	232
b) Anwendbarkeit von § 1980 BGB ab Einredeerhebung?	232
c) Folgen für die Verantwortlichkeit des Nachlasspflegers	234
IV. Zwischenergebnis: Insolvenzzrechtliche Gläubigerschutzvorschriften laufen nicht leer – im Gegenteil	235

Teil 4

Ergebnisse und Ausblick	237
A. Ergebnisse	237
I. Rechtsnatur der Nachlasspflegschaft	237
II. Die Anordnung einer Sicherungspflegschaft bei überschuldetem Nachlass ist in Ermangelung eines Sicherheitsbedürfnisses i.S.d. § 1960 Abs. 1 BGB nicht zulässig	237
III. Verantwortlichkeit des Nachlasspflegers	238
IV. Dürftigkeitseinrede statt Insolvenzantrag	239
V. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs zur Außenhaftung des Nachlasspflegers ist korrekt	240
B. Gesamtergebnis und Ausblick	241
Literaturverzeichnis	243
Stichwortverzeichnis	252

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht
AkDR	Akademie für Deutsches Recht
a.M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landgericht
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründung
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (ab 1999)
ebd.	ebenda
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
ErbR	Zeitschrift für die gesamte Erbrechtliche Praxis
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Halbs.	Halbsatz
h.M.	herrschende Meinung

Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
krit.	Kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LG	Landgericht
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
o.A.	ohne Autor
o.g.	oben genannten
OLG	Oberlandesgericht
RegE-InsO	Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO)
RG	Reichsgericht
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rz.	Randziffer
S.	Seite
u. U.	unter Umständen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZErbb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZINSO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht

Einleitung

I. Problemaufriss

Angesichts der aktuellen Insolvenzstatistiken¹ fällt die Nachlassinsolvenz² praktisch kaum ins Gewicht, sodass der Eindruck entstehen könnte, sie sei volkswirtschaftlich nahezu bedeutungslos. Mit lediglich 1.410 eröffneten Verfahren³ im Jahr 2012⁴ (bei 2.808 Antragsverfahren) fristet sie im Vergleich zur Verbraucherinsolvenz mit 95.560 eröffneten Verfahren ein Schattendasein.⁵ Dies ist im Hinblick auf die aktuellen Überschuldungsstatistiken⁶ in Verbindung mit der Sterberate verwunderlich: Aktuell sind ca. 9,7 Prozent aller Erwachsenen in Deutschland (bezogen auf die Gesamtbevölkerung immerhin noch 8,05 %) überschuldet. Im Jahr 2012 sind ca. 870.000 Menschen verstorben.⁷ Mit dem Todesfall verschlechtert sich die Vermögenslage weiter, da sog. Erbfallschulden (Beerdigungskosten etc.) entstehen und

¹ Vgl. <https://www.creditreform.de/aktuelles/news-list/details/news-detail/schuldneratlas-deutschland-2012.html> (abgerufen am 13.08.2014; 13:44 Uhr).

² Genauere Werte existieren nicht, da Nachlässe in der Statistik gemeinsam mit „Gesamtgut“ aufgeführt werden, vgl. „52411 Statistik über beantragte Insolvenzverfahren“, vgl. https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/data;jsessionid=E733EABB0D4BCC2FCA_F03423BD7220AB.tomcat_GO_2_2?operation=ergebnistabelleInfo&levelindex=3&levelid=1407931339511, (abgerufen am 13.08.2014; 14:06 Uhr).

³ Inklusive Insolvenzanträgen über „Gesamtgut“.

⁴ Die Werte für 2013 (sofern sie bisher vorliegen – Aktuell nur bis 11/2013 verfügbar) unterscheiden sich nicht signifikant, vgl. <https://www.creditreform.de/aktuelles/news-list/details/news/detail/News/schuldneratlas-deutschland-2013.html>, (abgerufen am 17.06.2014; 12:08 Uhr).

⁵ Statistisches Bundesamt: Genesis-Online Datenbank, abrufbar unter: https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/data;jsessionid=E733EABB0D4BCC2FCA_F03423BD7220AB.tomcat_GO_2_2?operation=abrufabelleBearbeiten&levelindex=2&levelid=1407931326497&auswahloperation=abrufabelleAuspraegungAuswaehlen&auswahlverzeichnis=ordnungsstruktur&auswahlziel=werteabruf&selectionname=52411-0009&auswahltext=%23Z-01.01.2012&werteabruf=Werteabruf (abgerufen am 13.08.2014; 14:03 Uhr).

⁶ Creditreform Wirtschaftsforschung „Schuldneratlas Deutschland 2012“, S. 4, abrufbar unter https://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/crefo/download_de/news_termine/wirtschaftsforschung/schuldneratlas/SchuldnerAtlas_Deutschland_2012.pdf, (abgerufen am 13.08.2014; 13:47 Uhr).

⁷ Statistisches Bundesamt: Genesis-Online Datenbank, abrufbar unter: https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/data;jsessionid=25DDD54293DE15E4163CA96E504E433F.tomcat_GO_1_1?operation=abrufabelleBearbeiten&levelindex=2&levelid=1407930541374&auswahloperation=abrufabelleAuspraegungAuswaehlen&auswahlverzeichnis=ordnungsstruktur&auswahlziel=werteabruf&selectionname=12613-0002&auswahltext=&werteabruf=Werteabruf, (abgerufen am 13.08.2014; 13:52 Uhr).

Ansprüche, die als Haupteinnahmequelle fungierten (Gehalt, Rente), entfallen, sodass die Wahrscheinlichkeit einer Überschuldung mit dem Todesfall weiter ansteigt. Daher ist davon auszugehen, dass die Zahl überschuldeter Nachlässe die Zahl der aktuell eingeleiteten Insolvenzantragsverfahren für Nachlässe in erheblichem Maße übersteigt. Bei Übertragung der Überschuldungsquote unter Lebenden von ca. 8 % auf die Sterberate in Deutschland ergibt sich ein erschütterndes Bild von ca. 70.000 überschuldeten Nachlässen, die pro Jahr entstehen.

Führt man sich vor Augen, dass lediglich für maximal⁸ 4 % aller überschuldeten Nachlässe ein Insolvenzantrag gestellt wird, ist aufgrund des Vorstehenden nahelegend, dass die überwältigende Mehrheit überschuldeter Nachlässe außerhalb des Insolvenzverfahrens abgewickelt wird. Der Gesetzgeber hat die Nachlassinsolvenz allerdings in den §§ 1975 ff. BGB und §§ 315 ff. InsO umfangreich kodifiziert, um Gläubigerinteressen zuverlässig zu schützen und die ordnungspolitische Funktion des Insolvenzverfahrens hervorzuheben und weiter zu festigen.⁹ Dies bestätigt die vom Gesetzgeber geregelte Insolvenzantragsverpflichtung des Erben: Trifft den Schuldner zu Lebzeiten keine Antragspflicht sondern lediglich ein Antragsrecht, ist dessen Erbe demgegenüber gem. § 1980 Abs. 1 Satz 1 BGB ab dem Zeitpunkt, in dem er von der Überschuldung des Nachlasses hätte Kenntnis haben müssen, zur unverzüglichen Insolvenzantragstellung verpflichtet. Andernfalls haftet er den Nachlassgläubigern neben dem Nachlass auch mit seinem Eigenvermögen für die durch die verzögerte Insolvenzantragstellung entstandenen Schäden, § 1980 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ferner trifft den Erben ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Antragspflicht auch die verschuldensunabhängige Verwalterhaftung für fehlerhafte Verwaltung des Nachlasses gem. §§ 1978, 1979 BGB. Der Gesetzgeber hat also für überschuldete Nachlässe den Weg ins Insolvenzverfahren vorgezeichnet und diesen Wunsch durch die Antragspflicht des Erben untermauert. Gläubigerinteressen werden ab erkennbarer Überschuldung konsequent geschützt, da den Gläubigern der Nachlasswert durch die Verantwortlichkeit des Erben und der Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger auf dessen Eigenvermögen auch nach erfolgter Haftungsbeschränkung des Erben erhalten bleibt.

Dass lediglich 4 % der überschuldeten Nachlässe den Weg in das Nachlassinsolvenzverfahren finden, bedeutet freilich nicht, dass eine Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten durch den Erben, der als Gesamtrechtsnachfolger auch für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftet (§§ 1922, 1967 BGB), erfolgte. Im Gegenteil: Regelmäßig werden Forderungen von Nachlassgläubigern nur rudimentär oder überhaupt nicht erfüllt, obwohl es nur in Ausnahmefällen zu einem Nachlassinsolvenzverfahren kommt. Eine tatsächliche Prüfung des Nachlasses in Form einer Begutachtung des Nachlassbestands durch einen Sachverständigen, der mit den Regelungen zur Nachlassinsolvenz besonders vertraut ist, findet zumeist nicht statt. Das ist insbesondere deshalb problematisch, weil zu dem Wert des Nachlasses im

⁸ Da die Verfahrenszahlen nicht vom Gesamtgut getrennt sind, vgl. Fn. 2 und 3.

⁹ Vgl. Begr. RegE InsO BT-Drs. 12/2443, S. 229 f.

Nachlassinsolvenzverfahren noch diejenigen Ansprüche hinzuzurechnen sind, die erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen, wie beispielsweise Ansprüche aus Insolvenzanfechtung und Ansprüche gegen den Erben wegen fehlerhafter Verwaltung des Nachlasses aus §§ 1978 ff. BGB. Deshalb bleiben Vermögensverschiebungen vor dem Erbfall, die in einem Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter hinsichtlich ihrer insolvenzrechtlichen Zulässigkeit geprüft werden, meist unentdeckt und daher für die Begünstigten folgenlos. Leidtragende sind die Nachlassgläubiger von Nachlässen ohne durchgeführtes Nachlassinsolvenzverfahren. Der aufgrund nicht durchgeführter Nachlassinsolvenzverfahren den Nachlassgläubigern auf diese Weise jährlich entstehende Schaden wird mit 8 Milliarden Euro bzw. bis zu einem zweistelligen Milliardenbetrag beziffert.¹⁰ Die Insolvenzstatistiken bestätigen diese Vermutungen: In den 2.808 beantragten Insolvenzverfahren im Jahr 2012 betrug die Summe der voraussichtlichen Forderungen, die von den Amtsgerichten zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über den Insolvenzantrag ermittelt und zur genannten Statistik gemeldet wurden, ca. 508 Millionen Euro. Die durchschnittliche Forderungssumme in einem Nachlassinsolvenzverfahren beträgt folglich ca. 180.000 Euro. Bei Berücksichtigung dieser durchschnittlichen Forderungssumme bei den ca. 70.000 überschuldeten Nachlässen zeigt sich, dass pro Jahr Forderungen im Wert von ca. 12 Milliarden Euro gegen überschuldete Nachlässe bestehen, was das volkswirtschaftliche Ausmaß der Problematik deutlich macht:

2.808 Nachlassinsolvenzverfahren mit einem Forderungsvolumen von 500 Millionen Euro stehen 70.000 überschuldeten Nachlässen mit einer Forderungssumme im zweistelligen Milliardenbereich gegenüber, die außerhalb des Insolvenzverfahrens abgewickelt werden, ohne dass die Möglichkeiten des Insolvenzverfahrens zur Durchsetzung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes genutzt würden. Die Gründe, warum eine Insolvenzantragstellung unterbleibt, sind zahlreich. Grundsätzlich besteht für Erben eine Insolvenzantragspflicht gem. § 1980 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese kommt jedoch kaum zum Tragen. Regelmäßig schlagen die ermittelten Erben die ihnen angetragene Erbschaft aus – unter Hinweis auf die überwiegend wahrscheinliche bzw. vermutete Überschuldung des Nachlasses. Die Nachlassgerichte reagieren auf die Situation des nun unbekanntenen Erben entweder mit der weitreichendsten Sicherungsmaßnahme nach § 1960 Abs. 2 BGB – sie bestellen einen Nachlasspfleger oder sie stellen das Fiskuserbrecht fest. Haftungsrechtlich unterscheiden sich beide Vorgänge erheblich. Treffen den Fiskus die gleichen Verantwortlichkeiten, wie jeden anderen Erben auch (weshalb dieser – wie jeder andere Erbe auch – für den Gläubigern entstehende Schäden wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht haftet), zeichnet sich bei Nachlasspflegschaften für überschuldete Nachlässe ein völlig anderes Bild:

Trotz oftmals bestehender Insolvenzantragspflicht des Nachlasspflegers gegenüber dem von ihm vertretenen Erben, unterbleibt der fällige Insolvenzantrag. Die

¹⁰ *Nöll*, ZInsO 2012, 814 (ebd.).