

Das Nachlassinsolvenzverfahren als Königsweg zur Auseinandersetzung streitiger Erbengemeinschaften und Pflichtteilsansprüche¹

Unter Erbrechtlern ist das Nachlassinsolvenzverfahren zumeist nur als Verfahren zur Abwicklung überschuldeter Nachlässe bekannt. Dass es ein äußerst vielgestaltiges Instrumentarium zur Lösung schwieriger erbrechtlicher Probleme wie der Bewältigung von Pflichtteilsansprüchen und der Auseinandersetzung streitiger Erbengemeinschaften zur Verfügung stellt, ist dagegen weitgehend unbekannt. Die Nachlassabwicklung kann in vielen Fällen über ein Nachlassinsolvenzverfahren wesentlich zügiger, einfacher und kostengünstiger bewerkstelligt werden, als es durch erbrechtliche Mechanismen unter Einschluss aufwendigen Prozessierens der Fall ist. Die Möglichkeiten der Auseinandersetzung der am Nachlass Beteiligten im Wege des Nachlassinsolvenzverfahrens aufzuzeigen, ist das Anliegen des folgenden Beitrags.

I. Nachlassverteilung im Nachlassinsolvenzverfahren

Um einen kleinen Teil der Pointe einmal vorwegzunehmen: Das Nachlassinsolvenzverfahren hält ein gut strukturiertes Verfahren vor, in dem die Verwertung der Nachlassgegenstände erfolgt. Aus den Verwertungserlösen werden zunächst die „normalen“ Nachlassverbindlichkeiten befriedigt, dann die besonderen wie Pflichtteilsansprüche und Ansprüche aus Vermächtnissen und schließlich erfolgt die Verteilung des Überschusses an die Erben nach Erbquoten. Die beiden letztgenannten Aspekte der Verteilung im Nachlassinsolvenzverfahren werden in der Praxis nicht genug geschätzt. Dass der Pflichtteilsberechtigte sich mit prozessgerichtlicher Hilfe „abmühen“ muss, um seinen Pflichtteilsanspruch durchzusetzen und auf dem Weg bis zu einem Titel das sich in der Hand des Erben befindende Vollstreckungssubstrat zu sichern, kann bei einem Vorgehen über das Nachlassinsolvenzverfahren gut vermeidbar sein. Dass ein Miterbe sich jahrelang mit den übrigen Miterben in einer Erbengemeinschaft darüber streitet, ob und wie welche Nachlassgegenstände verwertet und Erlöse schlussendlich verteilt werden, ist jedenfalls vermeidbar. Unschädlich ist es für das Nachlassinsolvenzverfahren sogar, dass andere Miterben oder deren Erbquoten unbekannt sind. All dies braucht den am Nachlass Berechtigten nicht zu kümmern.

II. Verteilungsreihenfolge

Im Nachlassinsolvenzverfahren werden zunächst die Nachlassgläubiger im Rang von § 38 InsO befriedigt. Diesen Rang nehmen die Gläubiger der meisten Nachlassverbindlichkeiten (§ 1967 BGB) ein. Dazu zählen in erster Linie die Erblasserschulden, zudem aber auch die Erbfallschulden und sogar die Nachlassverwaltungsschulden/Nachlasserbenschulden. Insoweit unterscheidet sich die Lage für die Erben und sonstigen am Nachlass Beteiligten nicht von der erbrechtlichen Rechtslage gem. §§ 2046, 2047 BGB. Der allgemeine insolvenzrechtliche Nachrang (§ 39 InsO) spielt im Nachlassinsolvenzverfahren eine untergeordnete Rolle, weil Verbindlichkeiten in diesem Rang Nachlässe regelmäßig nicht treffen. Soweit Verbindlichkeiten in den Rängen der §§ 38, 39 InsO voll befriedigt sind, werden danach die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten, der Vermächtnisnehmer und der Berechtigten aus Auflagen befriedigt (§ 327 Abs. 1 InsO). Dabei besteht wiederum ein Rangverhältnis dergestalt, dass zuerst die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten erfüllt werden (§

¹ Prof. Dr. Jan Roth ist RA/FAErbR/FAInsR/FASteuerR, Honorarprof. an der Christian-Albrecht-Universität zu Kiel, Partner der Kanzlei Wellensiek, Frankfurt a.M./Köln.

327 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und erst wenn diese vollständig befriedigt worden sind, die Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen befriedigt werden (§ 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

Der nach Befriedigung dieser Nachlassverbindlichkeiten verbleibende Überschuss wird gem. § 199 InsO an die Erben verteilt. Dabei hat der Nachlassinsolvenzverwalter die Erbquoten zu berücksichtigen und jedem Miterben denjenigen Teil am Überschuss herauszugeben, der seiner Erbquote entspricht.² Dabei ist es unschädlich, wenn nicht alle Miterben bekannt oder erreichbar sind. Ist nämlich beispielsweise nur ein Miterbe erreichbar und dessen Erbquote bekannt, dann gibt der Nachlassinsolvenzverwalter an ihn den seiner Erbquote entsprechenden Teil am Überschuss heraus, während er den auf die Quoten unerreichbarer oder unbekannter Miterben bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts hinterlegt. So erübrigt sich die Auseinandersetzung nach § 2042 BGB, die sich in der Praxis bekanntlich in vielen Fällen sehr kompliziert und zeitaufwendig darstellt.

III. Abwicklung der Nachlassgegenstände

Im Insolvenzverfahren werden alle zum Nachlass gehörenden Gegenstände grundsätzlich verwertet – also in Geld umgesetzt (§ 159 InsO). Bewegliche Sachen werden in der Regel durch den Insolvenzverwalter bestmöglich freihändig verkauft, Forderungen eingezogen und Rechte geltend gemacht bzw. veräußert. Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte sind zwar nach der gesetzlichen Ausgangslage durch öffentliche Versteigerung zu verwerten; die Gläubigerversammlung kann aber – und das ist der Regelfall – dem Insolvenzverwalter gestatten, auch diese durch freihändigen Verkauf zu verwerten (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Dabei sind sogar dingliche Rechte Dritter, im Insolvenzverfahren sog. Absonderungsrechte (§ 49ff. InsO), kein Verwertungshindernis, weil die Verwertungsbefugnis dessen ungeachtet beim Insolvenzverwalter liegt. Ein rein tatsächlicher Aspekt sollte dabei nicht übersehen werden: Da die bestmögliche Verwertung von Gegenständen das Tagesgeschäft eines Insolvenzverwalters ist, verfügt er – anders als Miterben üblicherweise – über bewährte Strukturen und Netzwerke aus Sachverständigen für die Feststellung von Werten für die unterschiedlichsten Gegenstände und Verwertern, die optimale Verwertungserlöse erzielen.

Die Veräußerung der Nachlassgegenstände an Dritte ist dabei jedoch keineswegs zwingend notwendig. Selbstverständlich kann auch ein Miterbe oder sonstiger am Nachlass Beteiligter einen Nachlassgegenstand von dem Nachlassinsolvenzverwalter erwerben. Da der Insolvenzverwalter zum Schutz der Masse verpflichtet ist, können sich die übrigen am Nachlass Beteiligten darauf verlassen, dass eine solche Veräußerung zu marktüblichen Preisen erfolgt. Zudem wirkt die Gläubigerversammlung als Korrektiv und – was nicht zu unterschätzen ist – steht der Insolvenzverwalter unter der Aufsicht des Insolvenzgerichts (§ 58 InsO). Das bei der Verwertung von Gegenständen aus Erbengemeinschaften regelmäßig auftretende und nicht selten in schwierigen Prozessen endende „Gezerre“ unter den Miterben wird durch dieses verfahrensrechtliche Instrumentarium zuverlässig vermieden. Schließlich ist es im Nachlassinsolvenzverfahren wie auch in jedem anderen Insolvenzverfahren möglich, völlig andere Verwertungsmaximen zu statuieren – durch Insolvenzplan. Das eröffnet z.B. die Möglichkeit, Gegenstände dauerhaft in der Hand eines oder mehrerer Miterben zu belassen und die übrigen auszuzahlen. Im Grunde genommen können alle Erscheinungsformen der Erbauseinandersetzung von der Teilerbauseinandersetzung, über die

² Roth/Wozniak, ZEV 2021, 489, 491.

Abschichtung bis hin zur vollständigen Auseinandersetzung durch Insolvenzplan erfolgen (dazu näher unten V.).

IV. Befriedigung von Pflichtteilsansprüchen und Vermächtnissen

Gemessen an der hohen Zahl an Pflichtteilsrechtsstreiten ist es höchst verwunderlich, dass nicht flächendeckend Nachlassinsolvenzverfahren zum Zwecke der Erledigung der Pflichtteilsansprüche betrieben werden. Gleiches gilt für Vermächtnisse. Im allgemeinen ist die Durchsetzung eines Pflichtteilsanspruchs bekanntlich mit erheblichen Hürden verbunden: Es dauert lange, das mehrgliedrige System der Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs bestehend aus Auskunftsklage, Wertermittlung, u.U. eidesstattlicher Versicherung und anschließend der Zahlungsklage zu absolvieren. Zudem kann der Verpflichtete gegen jedes Teilurteil der Stufenklage Rechtsmittel einlegen. Ist der Instanzenweg ausgeschöpft und der Erbe immer noch nicht zahlungswillig, folgt das Zwangsvollstreckungsverfahren. Und parallel dazu muss der Pflichtteilsberechtigte bangen, dass er für den Obsiegensfall überhaupt noch ein Vollstreckungssubstrat vorfindet. Will er dafür vorsorgen, muss er zusätzlich ein Arrestverfahren nach §§ 916ff. ZPO betreiben.³ Für all diese Verfahren muss er Kostenvorschüsse leisten.

Einen eleganten und höchst effizienten Weg zur Erledigung der Pflichtteilsansprüche findet man dem gegenüber im Nachlassinsolvenzverfahren. Der Pflichtteilsanspruch gehört zu den Nachlassverbindlichkeiten, kann also im Nachlassinsolvenzverfahren geltend gemacht werden (§ 325 InsO). Zwar ist der Pflichtteilsanspruch nachrangig (§ 327 Abs. 1 Nr. 1 InsO), das ändert aber nichts daran, dass sein Gläubiger zur Nachlassinsolvenzantragstellung berechtigt ist⁴ und dass der Pflichtteilsanspruch bei der Beurteilung der Insolvenzeröffnungsgründe einzubeziehen ist – und zwar sowohl bei der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)⁵ als auch bei der Überschuldung (§ 19 InsO)⁶. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens kann der Pflichtteilsanspruch nach entsprechender Aufforderung durch das Insolvenzgericht (§ 174 Abs. 3 InsO) zur Insolvenztabelle angemeldet werden und wird von dem Insolvenzverwalter geprüft. Dem Pflichtteilsberechtigten steht Akteneinsicht zu. Freilich kann der Insolvenzverwalter einem angemeldeten Pflichtteilsanspruch, den er dem Grund oder der Höhe nach nicht für berechtigt hält, widersprechen. Aber erstens prüft diesen Anspruch eine neutrale Person und zweitens sichert dessen ungeachtet die Insolvenzeröffnung das gesamte Nachlassvermögen als Befriedigungssubstrat gegen Schmälerungen durch andere Nachlassbeteiligte, indem es der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterworfen wird (§ 80 Abs. 1 InsO). Falls der Insolvenzverwalter dem angemeldeten Pflichtteilsanspruch widersprechen sollte, kann der Pflichtteilsberechtigte dagegen die Feststellungsklage erheben und hat als Prozessgegner einen emotional nicht involvierten Insolvenzverwalter als Prozessgegner.

Von großer Bedeutung ist für den Pflichtteilsberechtigten zudem die Nachlassermittlung, die im Fall der Nachlassinsolvenzeröffnung durch den Nachlassinsolvenzverwalter erfolgt – und die sich auch auf Vorgänge vor der Insolvenzantragstellung und sogar vor dem Erbfall zu erstrecken hat. Der Zeitraum

³ Ausführlich dazu Schneider, NJW 2010, 3401.

⁴ Roth in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 19; Wiester in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 25, Rn. 10.

⁵ Roth in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 61.

⁶ Siegmann in: Münchener Kommentar InsO, § 320, Rn. 4; Roth in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 68 m.w.Nw.

zwischen Tod und Insolvenzantragstellung ist insofern von Belang, als der Insolvenzverwalter Abflüsse aus dem Nachlass, die seit dem Tod erfolgt sind, rückabwickeln (insbesondere § 1978 Abs. 1 BGB) und Befriedigungen anderer Pflichtteilsberechtigter anfechten kann (§ 322 InsO). Der Zeitraum vor dem Tod ist insbesondere in solchen Fällen von Interesse, in denen der Erblasser in den letzten vier Jahren unentgeltliche Leistungen an Dritte vorgenommen hat – denn die kann der Nachlassinsolvenzverwalter gemäß § 134 InsO anfechten und zur Masse zurückführen. Dadurch können sich aufwendige Prozesse um Pflichtteilsergänzungsansprüche erübrigen. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch hat im Insolvenzverfahren sogar den allgemeinen Rang des § 38 InsO⁷ und steht damit im Rang vor den nachrangigen Verbindlichkeiten des § 39 InsO und vor den Pflichtteilsansprüchen und Vermächtnissen.

V. Insolvenzplan

Ein Nachlassinsolvenzverfahren muss nicht unbedingt zur vollständigen Verwertung aller Nachlassgegenstände führen und es muss auch nicht lange Zeit in Anspruch nehmen. Wie auch im „normen“ Insolvenzverfahren können Verwertung der Masse und ihre Verteilung durch Insolvenzplan gem. §§ 217 ff. InsO individuell und abweichend von den allgemeinen Bestimmungen der Insolvenzordnung geregelt werden. Dass auch im Nachlassinsolvenzverfahren Insolvenzplanverfahren durchgeführt werden können, ergibt sich aus dem insoweit klaren Wortlaut des § 1989 BGB. Von praktischem Nutzen kann das Insolvenzplanverfahren im Nachlassinsolvenzverfahren insbesondere bei der beabsichtigten Fortführung eines Erblasserunternehmens sein; aber auch dort, wo Nachlassgegenstände ohne Verwertung auf einzelne Miterben oder sonstige am Nachlass Berechtigte verteilt werden sollen, bietet das Insolvenzplanverfahren eine kostengünstige und schnelle Gestaltungsalternative – insbesondere, wenn sich einzelne Miterben einer Auseinandersetzung sperren, die von der Mehrheit in einer bestimmten Weise gewollt ist. Anders als bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung gilt nämlich im Insolvenzplanverfahren das Mehrheitsprinzip – und es kann durch die Möglichkeit der Gruppenbildung sogar eine obstruierende Mehrheit überstimmt bzw. deren Zustimmung durch das Insolvenzgericht ersetzt werden.

Das Planvorlagerecht gemäß § 218 Abs. 1 InsO steht jedenfalls dem Insolvenzverwalter zu.⁸ Einem Testamentsvollstrecker steht das Planvorlagerecht dann zu, wenn er gemäß § 2205 Satz 1 BGB zur Verwaltung des Nachlasses berechtigt ist.⁹ Der Testamentsvollstrecker verliert durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nämlich nur seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, bleibt aber ansonsten und auch nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens gemäß § 2203 BGB dazu berufen, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Hierfür kann die Herbeiführung eines Insolvenzplanes u.U. nicht nur nützlich, sondern sogar notwendig sein.

⁷ Roth in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 42f.

⁸ Wiester in Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 25, Rn 68 (dort Fn. 108); a.A. (Planvorlagerecht nur des Erben und des Insolvenzverwalters, nicht aber des Nachlasspflegers und des Testamentsvollstreckers) Braun in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 67, Rn. 8f.; Siegmann in: Münchener Kommentar zur InsO, § 317, Rn 4, Vorbemerkungen vor §§ 315 bis 331, Rn 10.

⁹ Wiester in Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 25, Rn 68 (dort Fn. 108).

Jedenfalls planvorlageberechtigt ist auch die Erbengemeinschaft. Nicht ganz eindeutig und soweit ersichtlich nicht entschieden ist die Frage, ob auch ein einzelner Miterbe planvorlageberechtigt ist. M.E. sprechen die besseren Argumente dafür, weil der einzelne Miterbe in vielerlei Hinsicht die verfahrensmäßigen Rechte des Schuldners wahrnehmen kann. Also liegt es nahe, ihm auch das schuldnerseitige Planvorlagerecht zuzuerkennen. Darauf wird es allerdings kaum jemals ankommen, weil ein Nachlassinsolvenzverwalter sich einem interessengerechten Insolvenzplanentwurf kaum verschließen wird, so dass er einen Insolvenzplan, den eine Mehrheit mitträgt, selbst im Rahmen seines eigenen Planvorlagerechts vorlegen wird.

VI. Insolvenzantragsberechtigung

Die Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens setzt stets einen Insolvenzeröffnungsantrag voraus. Zur Antragstellung berechtigt sind gem. § 317 InsO die Nachlassgläubiger sowie „jeder Erbe“, der Nachlasspfleger, Nachlassverwalter und der (verwaltende) Testamentsvollstrecker.

Berechtigte Nachlassgläubiger sind nicht nur diejenigen, die im Fall der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens „normalrangige“ Forderungen im Rang von § 38 InsO haben (also i.W. die Gläubiger von Erblasserschulden), sondern es sind auch alle Gläubiger von Erbfallschulden (einschließlich der Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmer) sowie sogar die Gläubiger von Nachlasserbenschulden. Nachlassgläubiger haben allerdings die zweijährige Antragsfrist des § 319 Abs. 1 InsO zu beachten, die ab dem Zeitpunkt der Annahme der Erbschaft durch den Alleinerben bzw. den letzten Miterben zu laufen beginnt. Wie auch im „normalen“ Insolvenzverfahren braucht der Gläubiger nicht einen Titel, um antragsberechtigt zu sein. Es reicht aus, dass er das Bestehen seines Anspruchs glaubhaft machen kann. Deswegen braucht der Pflichtteilsberechtigte im Rahmen seiner Antragstellung nur die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich sein Pflichtteilsanspruch ergibt; es ist nicht erforderlich, dass er darüber bereits einen Rechtsstreit geführt oder gar einen Titel erwirkt hat. Gleiches gilt auch für den Pflichtteilsergänzungsberechtigten.¹⁰ Selbst Vermächtnisnehmer und Vollzugsberechtigte aus Auflagen sind zur Insolvenzantragstellung berechtigt¹¹, was sich nicht zuletzt daraus ergibt, dass ihnen die Insolvenzordnung die Stellung eines Insolvenzgläubigers zuerkennt (§ 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

Nachlassseitig ist antragsberechtigt der Alleinerbe, aber auch jeder einzelne Miterbe. In letzterem Fall hat der Miterbe den Eröffnungsgrund glaubhaft zu machen und es sind die übrigen Miterben zum Insolvenzeröffnungsantrag zu hören (§ 317 Abs. 2 InsO). Der einzelne Miterbe ist sogar bei bloß drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) des Nachlasses zur Insolvenzantragstellung berechtigt¹², was erheblichen Gestaltungspielraum zur Vermeidung einer Erbauseinandersetzung mit erbrechtlichen Mitteln und stattdessen Übergang zur Auseinandersetzung im Rahmen eines Nachlassinsolvenzverfahrens bietet.

¹⁰ Roth in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 19.

¹¹ Roth in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 19.

¹² Siegmann/Scheuing in: Münchener Kommentar InsO, § 317, Rn. 3; Döbereiner in: Gottwald, InsO-HdB, § 113 Rn. 5; Böhm in: HambKomInsO, § 317, Rn. 3; Roth in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 64.

VII. Insolvenzeröffnungsgründe

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Insolvenzeröffnungsgrundes

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung eines Insolvenzeröffnungsgrundes stichtagsbezogen auf den Zeitpunkt der Insolvenzverfahrenseröffnung stattfindet. Es kommt nicht darauf an, ob der Nachlass im Todeszeitpunkt bereits zahlungsunfähig und/oder überschuldet war. Der Nachlass ist keine statische Vermögensmasse, sondern ein Sondervermögen (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO), das vielfältigen Veränderungen unterliegt, die nach dem Tod des Erblassers eintreten. Werden aus Nachlassgegenständen Früchte gezogen, so können diese Nachlassbestandteil werden, wenn sie eindeutig und nachhaltig unterscheidbar der Nachlassmasse zugeordnet werden können – und nicht etwa mit dem Vermögen des oder der Erben zugeführt werden. Werden zum Nachlass gehörende Gegenstände veräußert und tritt keine dingliche Surrogation ein (wie es beim Alleinerben regelmäßig der Fall ist), so verringert sich die Nachlassaktivmasse. Durch solche Vorgänge kann ein Nachlass, der im Todeszeitpunkt überschuldet war, später zureichend werden. Umgekehrt kann ein Nachlass, der im Todeszeitpunkt nicht überschuldet war, durch Vermögensabflüsse überschuldet werden. Gleiches gilt für die Zahlungsunfähigkeit und viel mehr noch für die drohende Zahlungsunfähigkeit.

2. Überschuldung

Gemäß § 320 Abs. 1 InsO ist die Überschuldung des Nachlasses Insolvenzeröffnungsgrund. Damit ist auf § 19 Abs. 1 InsO verwiesen.

a. Aktiva

Zu berücksichtigende Aktiva sind zunächst die vom Erblasser herrührenden positiven Vermögensgegenstände, soweit sie noch nicht veräußert worden sind. Sind sie veräußert worden, so treten die Surrogate in bestimmten Situationen im Wege dinglicher Surrogation an die Stelle des weggegebenen Vermögensgegenstandes. Dies sind insbesondere die Fälle der Vor- und Nacherbschaft (§ 2111 BGB) und der Miterbengemeinschaft (§ 2041 BGB). Aber auch in den Fällen, in denen der Nachlass einen abgeschlossenen Vermögenskreis bildet, wie dies etwa in den Fällen der Testamentsvollstreckung, der Nachlasspflegschaft und der Nachlassverwaltung der Fall zu sein hat, sind die Surrogate Bestandteil des Nachlasses. Für die Fälle der Alleinerbschaft gilt dies nur, wenn der Erbe den Nachlass strikt von seinem Eigenvermögen getrennt gehalten hat und die Surrogate erkennbar dieser Vermögenssphäre zugeordnet hat.

Des Weiteren sind die nach dem Todesfall in das Sondervermögen Nachlass gelangten Gegenstände zu aktivieren. Entscheidend für ihre Nachlasszugehörigkeit ist ihre tatsächliche Vermögenszuordnung. Hat beispielsweise ein Mieter der zum Nachlass gehörenden Wohnung Mietzins entrichtet, so kommt es für die Nachlasszugehörigkeit des entsprechenden Geldbetrages darauf an, wohin er tatsächlich gelangt ist. Hat etwa eine Erbengemeinschaft oder ein Testamentsvollstrecker ein Nachlasskonto eingerichtet und die Mieten hierauf eingezogen, so sind die entsprechenden Beträge Bestandteil des Nachlasses geworden. Sind die Mieten trotz Bestehens einer Erbengemeinschaft an einen Miterben gezahlt worden, so gilt dies nicht. Die Mieterträge sind dann in das Eigenvermögen des Miterben gelangt, also nicht mehr Nachlass i.S. des insolvenzrechtlichen Sondervermögens.

Alle Gegenstände sind mit ihren Verkehrswerten zu aktivieren.

Etwaige schuldrechtlichen Ansprüche aus §§ 1978, 1980 BGB i.V.m. dem Auftragsrecht bzw. dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag können im Überschuldungsstatus nicht aktiviert werden, da sie erst und *conditio sine qua non* durch die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens entstehen. Gleiches gilt für Ansprüche des Erblassers, die gegen den Erben gerichtet waren und durch den Tod im Wege der Konfusion erloschen sind. Da die Nachlassgläubiger außerhalb von Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz (vgl. § 1976 BGB) auf solche Ansprüche des Nachlasses nicht zugreifen können, müssen sie dem Gläubigerzugriff erschlossen werden, wenn der übrige Nachlass nicht ausreicht, um alle Nachlassverbindlichkeiten zu befriedigen. Dies ist nur dann möglich, wenn die entsprechenden Ansprüche in der Überschuldungsbilanz nicht aktiviert werden.

b. Passiva

Zu passivieren sind alle Verbindlichkeiten, die Nachlassverbindlichkeiten im Sinne von §§ 1967 Abs. 2 BGB, 325 InsO sind. Dazu gehören zuerst die Erblasserschulden, also diejenigen Verbindlichkeiten, die vom Erblasser bereits begründet wurden. Zweitens gehören die Erbfallschulden dazu; darunter sind diejenigen Verbindlichkeiten zu verstehen, die durch den Tod des Erblassers entstanden sind. Hierzu zählen insbesondere Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisansprüche und auch Erbschaftsteuerforderungen. Schließlich zählen die Nachlasserbenschulden dazu. Hierunter sind die Verbindlichkeiten zu verstehen, die der Erbe nach dem Tod des Erblassers in Verwaltung des Nachlasses begründet hat. Nachlasserbenschulden sind zugleich Nachlassverbindlichkeiten und Verbindlichkeiten des Eigenvermögens des Erben. Ihre Doppelnatur erklärt sich daraus, dass der Dritte, demgegenüber der Erbe eine Verbindlichkeit eingeht, in aller Regel nicht erkennen kann, dass ein Erbe für einen Nachlass handelt, so dass sein Vertrauen in die Person und die Bonität des Erben schutzbedürftig ist.

Hat ein Erbe Forderungen gegen den Nachlass, so sind diese grundsätzlich unabhängig von eingetretener Konfusion zu passivieren, wenn der Erbe auf sie nicht verzichtet. Konfusion tritt stets in den Fällen der Alleinerbschaft ein. In den Fällen einer Erbengemeinschaft tritt Konfusion nur dann ein, wenn den an ihr Beteiligten im selben Anteilsverhältnis zueinander eine Forderung gegen den Nachlass zusteht oder eine Forderung des Nachlasses gegen die an der Erbengemeinschaft Beteiligten zusteht, wobei auch hier identische Beteiligungsverhältnisse der an der Erbengemeinschaft Beteiligten und der Schuldnerschaft bestehen müssen. Die Konfusion fällt nur dann gemäß § 1976 BGB weg, wenn die Nachlassverwaltung angeordnet oder die Nachlassinsolvenz eröffnet wird. Ist dies nicht der Fall, bleibt sie bestehen; dies gilt sogar in den Fällen der Nachlasspflegschaft und der Testamentsvollstreckung. Zwar besteht somit im Insolvenzeröffnungsverfahren in der Hand des Erben in Folge Konfusion keine Forderung, wenn nicht die Nachlassverwaltung angeordnet ist. Gleichwohl muss die durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehende Forderung bereits im Überschuldungsstatus passiviert werden, weil der Erbe nur dann die in einem Insolvenzverfahren nachrangig zu befriedigenden Gläubiger verdrängen kann. Der Erbe kann nämlich gemäß § 326 InsO im Nachlassinsolvenzverfahren seine gegen den Nachlass gerichtete Forderung geltend machen. Soweit es sich dabei um eine Forderung handelt, die bereits vor dem Tod gegen den Erblasser gerichtet war, wird regelmäßig eine Forderung im Rang des § 38 InsO vorliegen. Wäre die durch Konfusion erloschene Forderung des Erben im Überschuldungsstatus nicht zu passivieren, so könnte die widersinnige Situation eintreten, dass der

Nachlass an die übrigen Nachlassgläubiger und sogar an Pflichtteilsberechtigte und Auflagenbegünstigte verteilt wird und der Erbe mit seiner an sich vollwertigen Forderung ausfiele. Da dies der durch den Insolvenzrechtsgesetzgeber intendierten Befriedigungsreihenfolge zuwiderläuft, müssen auch durch Konfusion erloschene Forderungen im Überschuldungsstatus passiviert werden.

Nachlassverbindlichkeiten, die im Insolvenzverfahren nur nachrangig gemäß § 39 InsO zu befriedigen wären, sind im Überschuldungsstatus bezüglich eines Nachlasses ebenfalls zu passivieren. Zu passivieren sind zudem auch diejenigen Nachlassverbindlichkeiten, die im Insolvenzverfahren den Rang des § 327 InsO einnehmen würden, also Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisse und Auflagen.¹³

Somit gehören zu den im Rahmen eines Überschuldungsstatus bezüglich des Nachlasses zu berücksichtigenden Verbindlichkeiten auch alle nachrangigen Verbindlichkeiten. Daran ändert auch § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO n.F. nichts. Da im Nachlassinsolvenzverfahren die Gläubiger im Rang des § 327 InsO existieren, gibt es nämlich eine Gläubigergruppe, die den durch Vereinbarung in den Rang nach den Gläubigern gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO nachfolgt. Nur wenn ein Gläubiger im Nachlassinsolvenzverfahren durch Vereinbarung in den Rang hinter die Gläubiger im Rang des § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO zurücktritt, ist seine Forderung nicht mehr zu passivieren. Dahingehend kann allerdings nur eine klare und unmissverständliche Vereinbarung des Gläubigers mit dem Erben verstanden werden.

3. Zahlungsunfähigkeit

Viel gravierender als die Überschuldung ist die Zahlungsunfähigkeit: Liegt sie vor, besteht nicht nur ein Insolvenzeröffnungsgrund, sondern es besteht auch die schadenersatzpflichtbewehrte Insolvenzantragspflicht jedes einzelnen Miterben (§ 1980 Abs. 1 BGB). Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses tritt in vielen Fällen ein, ohne dass es die (Mit-)Erben bemerken.

Als verfügbare Liquidität sind (nur) die im Nachlass vorhanden flüssigen Mittel zu berücksichtigen.¹⁴ Zahlungsunfähigkeit liegt nach der Legaldefinition in § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO vor, wenn der Schuldner (hier also „der isoliert separierte Nachlass“) nicht in der Lage ist, alle fälligen Zahlungspflichten (d.h. Nachlassverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 BGB) zu erfüllen.

Die Zahlungsunfähigkeit ist anhand einer Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten und der liquiden finanziellen Mittel zu ermitteln. Die Fälligkeit der Verbindlichkeiten richtet sich nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere § 271 BGB.¹⁵ Die Dreimonatseinrede gemäß § 2014 BGB schiebt die Fälligkeit der Nachlassverbindlichkeiten nicht auf. Ergibt die Gegenüberstellung, dass die fälligen Verbindlichkeiten die vorhandenen und kurzfristig erreichbaren liquiden Mittel übersteigen, so ist von Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses auszugehen. Geringfügige Deckungslücken (bis zu 10%) sind dabei allerdings unbeachtlich, es sei denn, es ist absehbar, dass diese auf Dauer nicht geschlossen werden kann.¹⁶

¹³ Ausführlich Roth, ZInsO 2009, 2265ff.

¹⁴ So ausdrücklich die Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drs. 12/2443, S. 231.

¹⁵ Kirchhof in: Heidelberger Kommentar zur InsO, § 17, Rn. 9.

¹⁶ BGH v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04 - ZInsO 2005, 807, 809.

a. Verbindlichkeiten

Maßgeblich sind für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses ausschließlich Nachlassverbindlichkeiten im Sinne der §§ 1967 Abs. 2 BGB, 325 InsO. Nachlasserschulden, die zugleich Verbindlichkeiten des Nachlasses und des Erben selbst darstellen, sind in Ansatz zu bringen, weil der Gläubiger dieser Ansprüche sie aus dem Nachlass verlangen kann. Streitige Verbindlichkeiten sind mit dem Grad der Wahrscheinlichkeit ihres Bestehens zu berücksichtigen;¹⁷ das gilt auch für nachrangige Verbindlichkeiten wie Pflichtteilsansprüche.

b. Liquide Nachlassmasse

Auf der anderen Seite sind die liquiden Mittel des Nachlasses in den Liquiditätsstatus einzustellen. Für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit ist Geldilliquidität maßgeblich.¹⁸ Liquide sind nur solche Mittel, die entweder in Form von Bargeld oder Kontoguthaben frei verfügbar sind, oder die sich innerhalb kürzester Zeit zu Bargeld machen lassen.¹⁹ Als angemessen kurzer Zeitraum können drei Wochen gelten.²⁰ Soweit der voraussichtliche Erlös aus einer Veräußerung von Nachlassgegenständen ungewiss ist, ist ein vorsichtiger Ansatz vorzunehmen. Zu den liquiden Mitteln zählen auch Forderungen, die dem Nachlass zustehen, wenn davon auszugehen ist, dass sie innerhalb von drei Wochen realisiert werden können.

Dem Nachlass gegen den Erben zustehende Ansprüche sind zu berücksichtigen, soweit sie zur Zeit der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit – also vor Insolvenzeröffnung – bereits bestehen (also insbesondere nicht durch Konfusion erloschen sind) und innerhalb des eben genannten Dreiwochenzeitraumes mit einer Zahlung des Erben aus seinem Eigenvermögen in den bereits separierten Nachlass zu rechnen ist. Mangels Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Nachlass bestehen beispielsweise die Herausgabe- und Ersatzansprüche gemäß § 1978 Abs. 1 BGB, Ansprüche wegen verspäteter Insolvenzantragstellung gemäß § 1980 Abs. 1 Satz 2 BGB und Anfechtungsansprüche noch nicht, so dass auf sie keinesfalls geleistet werden kann, so dass diese Ansprüche bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit außer Ansatz zu lassen sind.

Zu beachten ist stets, dass nur solche liquiden Mittel angesetzt werden dürfen, die zweifelsfrei dem insolvenzrechtlichen Sondervermögen Nachlass zugeordnet werden können. Liquidität des Eigenvermögens des oder der Erben kann auch dann nicht berücksichtigt werden, wenn diese ursprünglich aus dem Nachlass herrührt. Hat also beispielsweise der Erbe ein Bankkonto des Erblassers auf sich selbst als Kontoinhaber umschreiben lassen, dann handelt es sich nicht mehr um ein Konto, das dem Nachlass als insolvenzrechtlichem Sondervermögen zuzuordnen wäre, sondern um ein Konto des Eigenvermögens, weswegen dort vorhandenes Guthaben nicht im Rahmen des insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeitsstatus angesetzt werden kann.

¹⁷ Ausführlich hierzu *Schmidt/Roth*, ZInsO 2006, 236 ff.

¹⁸ *Schmerbach* in: Frankfurter Kommentar zur InsO, § 17, Rn. 30.

¹⁹ BGH v. 03.12.1998 - IX ZR 313/97 - NZI 1999, 70.

²⁰ Vgl. BGH v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04 - ZInsO 2005, 807, 809.

4. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Auch die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) ist im Nachlassinsolvenzverfahren Insolvenzeröffnungsgrund.

Nach der Legaldefinition in § 18 Abs. 2 InsO droht die Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses, wenn dieser voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, bestehende Zahlungspflichten im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Fälligkeiten zu erfüllen. Im Gegensatz zu der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit werden hier auch diejenigen Zahlungspflichten des Nachlasses mit betrachtet, die zwar schon bestehen aber noch nicht fällig sind. Es wird also auf eine Zeitraumilliquidität und nicht auf eine Zeitpunktilliquidität abgestellt.²¹ Die Formulierung „voraussichtlich“ ist so auszulegen, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher sein muss als deren Vermeidung.²² Um drohende Zahlungsunfähigkeit festzustellen, muss also ein Liquiditätsplan aufgestellt werden, in dem die Finanzlage des Nachlasses und alle bestehenden Schulden unabhängig von ihrer Fälligkeit aufgeführt werden.²³ Als äußerste Grenze für den Prognosezeitraum ist der Zeitpunkt des Fälligwerdens der letzten gegenwärtig bestehenden Verbindlichkeit anzusehen.²⁴ Handelt es sich auch um Dauerschuldverhältnisse wie beispielsweise langfristige Kredite, so kann sich der Prognosezeitraum unter Umständen auf Jahrzehnte hinaus erstrecken.

Liegt drohende Zahlungsunfähigkeit vor, ist zwar nicht ein Nachlassgläubiger (wie etwa Pflichtteilsberechtigter) zur Insolvenzantragstellung berechtigt, sehr wohl aber ein einzelner Miterbe.²⁵ Bei drohender Zahlungsunfähigkeit kann deswegen auch ein Insolvenzverfahren gegen den Willen anderer Miterben eröffnet werden.

VIII. Fazit

Die Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens kann der Pflichtteilsberechtigte mit dem Ziel beantragen, dass der Nachlass zusammengehalten und gesichert und sein Anspruch durch den Nachlassinsolvenzverwalter als externem Dritten befriedigt wird.

Ein einzelner Miterbe kann die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens schon bei bloß drohender Zahlungsunfähigkeit beantragen, um die Sicherung des Nachlasses und eine einheitliche Verwaltung zu gewährleisten.

Die Verwertung von Nachlassgegenständen erfolgt im Nachlassinsolvenzverfahren durch den Nachlassinsolvenzverwalter. Nach Befriedigung der Nachlassverbindlichkeiten wird der wertmäßige

²¹ Hüsemann, Das Nachlassinsolvenzverfahren, S. 55.

²² Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Kapitel 17 Rn. 23; Obermüller/Hess, Insolvenzordnung, Rn. 92.

²³ Obermüller/Hess, Insolvenzordnung, Rn. 95.

²⁴ Müller in: Jaeger, Insolvenzordnung, § 18, Rn. 7; Kirchhof in: Heidelberger Kommentar zur InsO, § 18, Rn. 8.

²⁵ Siegmann/Scheuing in: Münchener Kommentar InsO, § 317, Rn. 3; Döbereiner in: Gottwald, InsO-HdB, § 113 Rn. 5; Böhm in: HambKommInsO, § 317, Rn. 3; Roth in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 64.

Überschuss der Nachlassgegenstände an die Miterben nach Erbquoten verteilt. Eine Erbauseinandersetzung bzw. Auseinandersetzungsklage nach § 2042 BGB wird obsolet.

Das Insolvenzplanverfahren bietet flexible Möglichkeiten, die Veräußerung von Nachlassgegenständen und die Auseinandersetzung zwischen den Erben individuell zu gestalten. Dabei kann der Widerstand einzelner obstruierender Miterben unschwer überwunden werden.