

## GUTACHTEN

**Dokumentnummer:** 12139  
**letzte Aktualisierung:** 21.09.2006

**BGB §§ 1954 ff.; InsO §§ 83, 92, 295**

**Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist für Erbschaftsausschlagung;  
Auswirkungen des Insolvenzverfahrens**

### I. Sachverhalt

A ist gesetzlicher Erbe nach seiner im Jahr 1994 verstorbenen Mutter. A möchte die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist und die Nachholung der Ausschlagung erlangen. Über das Vermögen des A ist das Insolvenzverfahren anhängig.

### II. Frage

Kann A die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist und die Nachholung der Ausschlagung trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklären?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Anfechtung der Annahme der Erbschaft (§§ 1954 ff. BGB)

Das Gesetz geht in §§ 1954 – 1957 BGB von der Möglichkeit einer Anfechtung der Annahme der Erbschaft aus, enthält jedoch dort keine besondere Bestimmung zu den Gründen, die eine solche Anfechtung rechtfertigen. Rechtsprechung und Literatur folgern hieraus, dass die allgemeinen Anfechtungsvorschriften der §§ 119 ff. BGB gelten (vgl. nur BayObLG DNotI-Report 1999, 139 = FamRZ 1999, 1172 = MittBayNot 1999, 571 = MittRhNotK 1999, 153 = NJW-RR 1999, 590, 591). Ob ein Anfechtungsgrund vorliegt, kann von hier aus nicht beurteilt werden.

Nach § 1956 BGB kann auch die **Versäumung der Ausschlagungsfrist** in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden. Im Hinblick darauf, dass § 1943 BGB die Versäumung der Ausschlagungsfrist als Erklärung der Annahme fingiert, fingiert § 1956 BGB diese Fristversäumung gleichzeitig als „Willenserklärung“, die nach den Voraussetzungen der §§ 119 ff. BGB angefochten werden kann.

Die Anfechtung der Annahme erfolgt ebenso wie die Ausschlagung der Erbschaft durch **Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht** (§ 1955 Satz 1 BGB). Auch ist die Anfechtungserklärung gleichermaßen formbedürftig, §§ 1955 Satz 2, 1945 BGB; sie muss also zur Niederschrift des Nachlassgerichts erklärt oder in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden. Wie für die Ausschlagung auch gilt für die Anfechtung grundsätzlich eine sechswöchige Frist, § 1954 Abs. 1 BGB. Diese Frist verlängert sich ebenso auf sechs

Monate bei einem ausländischen Wohnsitz oder einem Aufenthalt im Ausland, § 1954 Abs. 2 BGB. Ausgeschlossen ist die Anfechtung nach 30 Jahren, § 1954 Abs. 4 BGB. Ob hier die Ausschlagungsfrist noch läuft, kann durch uns nicht beurteilt werden. Im Folgenden wird daher unterstellt, dass die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist noch möglich ist. Zu beachten ist, dass die Anfechtung nach § 1957 BGB als Ausschlagung gilt.

## 2. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens

### a) Keine Mitwirkung des Insolvenzverwalters erforderlich (§ 83 InsO)

Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Erbe ohne weiteres verfügungsbefugt und kann daher die Erbschaft wirksam ausschlagen. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Auch erbrechtliche Ansprüche fallen daher grundsätzlich als Neuerwerb nach § 35 InsO in die Insolvenzmasse.

Mit Rücksicht auf die Entschließungsfreiheit des Erben bei der Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft enthält § 83 InsO eine Sonderregelung: Ist dem Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Erbschaft oder ein Vermächtnis angefallen oder geschieht dies während des Verfahrens, so steht die Annahme oder Ausschlagung ausschließlich dem Schuldner zu. Eine Mitwirkung des Insolvenzverwalters ist hierbei nicht vorgesehen.

### b) Keine Insolvenzanfechtung der Erbschaftsausschlagung möglich

Nach wohl einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum unterliegt die Ausschlagung einer Erbschaft auch weder der Anfechtung nach den §§ 129 ff. InsO noch nach dem AnfG (BGH NJW 1997, 2384 zur Anfechtung nach der KO; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003 m. zahlr. w. N.; MünchKomm-InsO/Schumann, 2001, § 83 Rn. 12; Huber, AnfG, 9. Aufl. 2000, § 1 Rn. 26; Nerlich/Niehus, AnfG, 2000, § 1 Rn. 30). Begründet wird dies zum einen damit, dass die Anfechtbarkeit der Ausschlagung dem Zweck der Regelung des § 83 InsO, wonach das Recht zur Annahme oder Ausschlagung nur dem Insolvenzschuldner zusteht, krass zuwiderliefe (Uhlenbruck, § 83 Rn. 9; siehe auch den Hinweis auf § 9 Satz 1 KO bei BGH NJW 1997, 2384), zum anderen damit, dass die Anfechtung voraussetzt, dass aus dem Vermögen des Schuldners etwas „veräußert, weggegeben oder aufgegeben“ worden ist (§§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO, 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG), was bei der Ausschlagung einer Erbschaft nicht der Fall sei (Huber, § 1 AnfG Rn. 26; Nerlich/Niehus, § 1 AnfG Rn. 30).

### c) Erbschaftsausschlagung kein Verstoß gegen Schuldnerobliegenheiten (§ 295 Abs. 1 Nr. InsO)

Nach h. M. ist die Ausschlagung einer Erbschaft auch kein Verstoß gegen die Schuldnerobliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO (LG Mainz ZInsO 2003, 525; Uhlenbruck/Vallender, a. a. O., § 295 Rn. 34 mit zahlr. w. N. zu beiden Auffassungen; MünchKomm-InsO/Ehricke, 2003, § 295 Rn. 49; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 330 f.). Zur Begründung wird wiederum auf die Wertung des § 83 InsO verwiesen (MünchKomm-InsO/Vallender, § 295 InsO Rn. 34), ferner auf den Wortlaut des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO („erwirbt“), der gegen eine Einbeziehung der Erbschaftsausschlagung, die ja bereits den Erwerb des Vermögens verhin-

dert, spricht (Uhlenbruck/Vallender, § 295 InsO Rn. 34; Römermann, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattkommentar, Stand: Juli 2002, § 295 Rn. 27; Wenzel, in: Kübler/Prütting, InsO, Loseblattkommentar, Stand: September 2005, § 295 Rn. 19b) sowie auf die höchstpersönliche Natur des Ausschlagungsrechts (Landfermann, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 2. Aufl. 2001, § 295 Rn. 6); einen guten Überblick über die Argumente der h. M. findet man bei den Ausführungen von *Ivo*, ZErB 2003, 250.

U. E. ist die herrschende Ansicht überzeugend. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der in § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO enthaltene „Halbteilungsgrundsatz“ gerade deshalb an Stelle der Obliegenheit zur vollständigen Ablieferung des ererbten Vermögens eingeführt wurde, weil man die Insolvenzschuldner von einer Ausschlagung der Erbschaft abhalten wollte und es nach der Auffassung des Gesetzgebers fraglich war, ob man in einer Ausschlagung der Erbschaft eine Obliegenheitsverletzung sehen könne (Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 192). Darüber hinaus wäre es widersprüchlich, dem Insolvenzschuldner während des laufenden Insolvenzverfahrens die Möglichkeit zur Ausschlagung der Erbschaft und damit zur Verhinderung des Zugriffs des Insolvenzverwalters auf die Erbschaft ausdrücklich offen zu halten, nach Abschluss des Insolvenzverfahrens und während der laufenden Wohlverhaltensperiode den Insolvenzschuldner aber mit dem Druckmittel der ansonsten nicht eintretenden Restschuldbefreiung zur Überlassung der Hälfte des ererbten Vermögens an den Treuhänder und damit an die Gläubiger zu veranlassen (vgl. Uhlenbruck/Vallender, § 295 InsO Rn. 34). Dieses Argument gilt um so mehr, als dass nach einer Gesetzesänderung nunmehr die – zudem nur noch sechsjährige – Wohlverhaltensperiode nach dem Wortlaut des Gesetzes bereits mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – und nicht mehr mit dessen Aufhebung – beginnt (§§ 295 Abs. 1 Halbsatz 1, 287 Abs. 2 Satz 1 InsO), so dass sich die Wohlverhaltensperiode zumindest teilweise mit dem Zeitraum des laufenden Insolvenzverfahrens überschneidet, in dem eine Ausschlagung gem. § 83 Abs. 1 InsO unstreitig zulässig ist, sofern man nicht gegen den Wortlaut des Gesetzes die Wohlverhaltensperiode erst im Anschluss an das laufende Insolvenzverfahren beginnen lässt (so Uhlenbruck/Vallender, § 295 InsO Rn. 1). Sofern gegen die Bezugnahme auf die Wertung des § 83 Abs. 1 InsO vorgebracht wird, die Regelung des § 83 Abs. 1 InsO finde während der Wohlverhaltensperiode (im eigentlichen Sinn, d. h. dem Teil der Wohlbehaltensperiode, der sich nicht mit dem Zeitraum des laufenden Insolvenzverfahrens überschneidet) keine Anwendung (Thora, ZInsO, 2002, 176, 178), ist dies zwar richtig, weil nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Insolvenzschuldners grundsätzlich wieder diesem selbst zusteht und es daher des § 83 Abs. 1 InsO als Ausnahmenvorschrift zu § 80 InsO nicht bedarf, aber unerheblich, weil es nicht um die unmittelbare Anwendung des § 83 Abs. 1 InsO geht, sondern die Berücksichtigung der darin enthaltenen Wertentscheidung des Gesetzgebers.

Auch das Argument, der Insolvenzschuldner verzichte mit der Ausschlagung auf ein bereits voll entstandenes Recht, weshalb die Tatsache, dass § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nur bereits erworbenes Vermögen betreffe, unerheblich sei (Thora, ZInsO 2002, 176, 177), trägt u. E. nicht. Denn es ist zwar richtig, dass die Erbschaft unmittelbar mit dem Tode des Erblassers auf den Erben übergeht (§§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB), doch gilt dies eben nur vorbehaltlich des Rechtes, die Erbschaft auszuschlagen (§ 1942 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB). Mit dem sofortigen Erwerb sollten nach dem Willen des Gesetzgebers subjektlose (ruhende) Erbschaften vermieden werden (MünchKommBGB/Leipold, 4. Aufl. 2004, § 1942 Rn. 2). Der ausdrückliche gesetzliche Vorbehalt der Ausschlagung für den Übergang der Erbschaft auf den Erben kann aber u. E. nur zur Folge haben, dass für die Frage, ob eine Ausschlagung zulässig ist oder welche Rechts-

folgen eine Ausschlagung hat, die Erbschaft als noch nicht auf den Erben übergegangen behandelt wird, sonst geht der gesetzgeberische Vorbehalt insoweit ins Leere.

Schließlich kann u. E. auch das Argument, mit einer Ausschlagung verhalte sich der Insolvenzschuldner unredlich und nur dem redlich Insolvenzschuldner wolle die InsO Restschuldbefreiung gewähren, § 1 Satz 2 InsO (Bruckmann, Verbraucherinsolvenz in der Praxis, 1999, § 4 Rn. 59; ähnlich Thora, ZInsO 2002, 176, 178), nicht überzeugen. Denn in § 1 InsO sind lediglich die Ziele der Insolvenzordnung beschrieben; ob ein bestimmtes Verhalten des Insolvenzschuldners unredlich ist und deshalb eine Restschuldbefreiung nicht in Betracht kommt, ist speziellen Vorschriften wie den §§ 290, 295, 296 BGB geregelt, um deren Auslegung es gerade geht.

**d) Keine Vermögensverschwendung (§ 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO)**

Als weiterer denkbarer Nachteil einer Ausschlagung kommt u. E. allenfalls eine Versagung der Restschuldbefreiung gem. § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO (Verschwendung von Vermögen) in Betracht. In Rechtsprechung und Literatur wird – soweit ersichtlich – zu der Frage, ob eine Ausschlagung eine Verschwendung von Vermögen im Sinn dieser Vorschrift darstellen kann, nicht erörtert. U. E. ist dies mit denselben Argumenten wie bei § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu verneinen; dies gilt umso mehr, als dass § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO von seinem zeitlichen Anwendungsbereich unzweifelhaft auch solche Ausschlagungen erfassen würde, deren Vormahme § 83 Abs. 1 InsO gerade in der Entscheidungsgewalt des Insolvenzschuldners belässt.

**e) Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist**

Ob diese Ausführungen zur Ausschlagung der Erbschaft auch für die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist gelten, wird – soweit ersichtlich – in Rechtsprechung und Literatur nicht erörtert. U. E. müssen aber die genannten Grundsätze auch für die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist gelten. Begründen lässt sich dies damit, dass die Anfechtung der Erbschaftsannahme bzw. die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist nach § 142 BGB mit Rückwirkung erfolgt und als Ausschlagung gilt, vgl. § 1957 Abs. 1 BGB. Ist die Ausschlagung möglich, so muss auch eine Handlung, die als Ausschlagung gilt, möglich sein. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der „Erbe“ durch die wirksame Anfechtung niemals tatsächlicher Erbe war, so dass bei ihm auch kein Vermögenserwerb, der zur Masse gehören könnte, stattgefunden hat.

### **3. Ergebnis**

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass u. E. auch die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist während eines laufenden Insolvenzverfahrens durch den A möglich ist (vorausgesetzt es besteht ein Anfechtungsgrund).