FRIEDERIKE DORN

Das Ausschlagungsrecht in der Insolvenz

Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen
20

Mohr Siebeck

HEIDELBERGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben
von der Juristischen Fakultät
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Band 20

Friederike Dorn

Das Ausschlagungsrecht in der Insolvenz

Rechtsvergleichende Reformüberlegungen unter Berücksichtigung des französischen und niederländischen Rechts

Mohr Siebeck

Friederike Dorn, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und Montpellier; 2012 Erste juristische Prüfung; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht an der Universität Heidelberg; 2018 Promotion; 2017–19 Rechtsreferendariat am Landgericht Aachen; seit 2019 Rechtsanwältin in Brüssel.

Gedruckt mit Unterstützung des Arbeitskreises Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung und des Fördervereins des Instituts für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht der Universität zu Köln.

Die vorliegende Arbeit ist eine von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg zum Druck freigegebene Dissertation.

ISBN 978-3-16-156905-0 / eISBN 978-3-16-156906-7
DOI 10.1628/978-3-16-156906-7

ISSN 1869-3075 / eISSN 2569-4022 (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern und Sander

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg unter dem Titel „Das Ausschlagungsrecht in der Insolvenz des Erben oder Vermächtnisnehmers – Rechtsvergleichende Reformüberlegungen zu § 83 Abs. 1 S. 1 und § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO unter Berücksichtigung des französischen und niederländischen Rechts“ als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurden die deutsche Literatur und Rechtsprechung bis zum 30. Juni 2019 berücksichtigt. Die ausländische Literatur und Rechtsprechung befinden sich, soweit verfügbar, ebenfalls auf diesem Stand.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Andreas Piekenbrock, der mein Interesse an der Rechtsvergleichung aufgegriffen und das Thema dieser Arbeit angeregt hat. Er hat die Entstehung der Arbeit durch seine stete Gesprächsbereitschaft aufmerksam begleitet, mir trotz meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl viel Freiraum für Forschungsaufenthalte außerhalb Heidelbergs gelassen und mir bei der Ausgestaltung der Arbeit umfassende Freiheit gewährt. Die Jahre als studentische und wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl und unsere vielen anregenden Gespräche und Diskussionen weit über das Thema dieser Arbeit hinaus haben mein juristisches Denken und Arbeiten nachhaltig geprägt. Herrn Prof. Dr. Christian Baldus danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich danke der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, insbesondere den Herausgebern Herrn Prof. Dr. Thomas Lobinger, Herrn Prof. Dr. Ekkehart Reimer und Herrn Prof. Dr. Dieter Dölling, für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe. Der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung sowie der Förderverein des Instituts für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht der Universität zu Köln haben die Drucklegung der Arbeit durch Druckkostenzuschüsse großzügig gefördert. Dafür sei Ihnen herzlich gedankt.

Die Entstehung der Arbeit wurde durch ein Promotionsstipendium des Cusanuswerks ermöglicht. Weit über die finanzielle Unterstützung hinaus bin ich dem Cusanuswerk für seine umfassende Förderung dankbar. Das vielseitige Bildungsprogramm, der interdisziplinäre Austausch mit anderen Stipendiaten

und das Erleben der cusanischen Gemeinschaft haben meine Studien- und Promotionszeit um viele wertvolle Impulse und Begegnungen bereichert.

Rechtsvergleichende Forschung lebt vom Austausch mit Wissenschaftlern aus den fremden Rechtsordnungen. Insofern danke ich Herrn Prof. Dr. Bob Wessels und Frau Prof. Dr. Iris Wuisman von der Universität Leiden (Niederlande) für den herzlichen Empfang während eines Forschungsaufenthaltes an ihrem Institut für Unternehmensrecht im Herbst 2014. Frau Prof. Dr. Sophie Stijns und Frau Prof. Dr. Ilse Samoy von der Universität Leuven (Belgien) sei herzlich dafür gedankt, dass mir die Türen ihres Instituts sowie der Leuvener Bibliothek während der gesamten Entstehungszeit dieser Arbeit immer offenstanden.

Meiner lieben Freundin und langjährigen Kollegin Julia Held danke ich ganz herzlich für ihre freundschaftliche Unterstützung während der Entstehung dieser Arbeit, für die vielen Gespräche zum Anfechtungsrecht sowie für die kritische Erstlektüre der gesamten Arbeit. Mein Dank gebührt auch Lucien Standaert für die Durchsicht des französischen Résumés.

Ohne den Rückhalt meiner Familie und meines Partners wäre diese Arbeit wohl nie entstanden. Ihnen sei diese Arbeit daher gewidmet. Ich danke meinen Eltern für ihre liebevolle Unterstützung während meiner gesamten Ausbildung. Mein besonderer Dank gilt meinem Partner Sander Van Loock dafür, dass er dieses Projekt über all die Jahre bedingungslos mitgetragen und dafür weitere Jahre des Pendelns in Kauf genommen hat.

Brüssel, im August 2019

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Verzeichnis ausländischer Abkürzungen XIX

Einleitung 1

§ 1 Einführung in die Problemstellung 1
§ 2 Rechtsvergleichende Umschau 5
A. Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren 5
B. Anfechtung einer vor der Verfahrenseröffnung erfolgten Ausschlagung 11
C. Erbschaftsausschlagung und Restschuldbefreiung 13
D. Zwischenstand 14
§ 3 Ziel, Methode und Gang der Untersuchung 14
A. Rechtsvergleichender Ansatz 14
B. Auswahl der Rechtsordnungen für den Rechtsvergleich 16
C. Untersuchungsgegenstand 18
D. Gang der Untersuchung 20

Teil 1: Die Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts im deutschen, französischen und niederländischen Insolvenzrecht 23

§ 1 Ausgangspunkt: Rechtslage und Stand der Diskussion in Deutschland 25
A. Die Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren 25
I. Überblick über die Genese des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO 26
1. Die Unanfechtbarkeit der Ausschlagung im römischen Recht 26
2. Rechtslage vor Inkrafttreten der Reichskonkursordnung 1877 29
3. Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung 1873 . . . 32
4. Konkursordnung für das Deutsche Reich 1877 33
5. Konkursordnungs-Novelle 1898 35
6. Insolvenzordnung 37
7. Zwischenergebnis 38

II. Diskussionsstand zur Legitimation des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO 38
1. § 83 Abs. 1 S. 1 InsO als erbrechtliche Notwendigkeit? . . 39
a) Meinungsstand 39
b) Stellungnahme 42
2. Relevanz der Massezugehörigkeit des Annahme- bzw. Ausschlagungsrechts 44
3. Der überwiegend persönliche Charakter des Annahme- bzw. Ausschlagungsrechts 45
a) Kein höchstpersönliches Recht im engeren Sinne 46
b) § 83 Abs. 1 S. 1 InsO als Ergebnis einer Interessenabwägung 47
III. Konsequenzen für die Massezugehörigkeit des erbrechtlichen Erwerbs 51
IV. Möglichkeiten zur Korrektur der Ausschlagung 56
1. Anfechtung der Ausschlagung 56
2. Sittenwidrigkeit der Ausschlagung 60
3. Privatautonome Vereinbarungen mit dem Schuldner 61
a) Wirksamkeit und Durchführung der Vereinbarung . . . 62
b) Abredewidrige Ausschlagung durch den Schuldner . . . 63
c) Zwischenergebnis 66
V. Die dauerhafte Nichtannahme des Vermächtnisses 66
B. Die Ausschlagung vor der Verfahrenseröffnung 67
C. Die Auswirkungen der Ausschlagung auf die Restschuldbefreiung 70
I. Die Ausschlagung im Vorfeld oder während des Insolvenzverfahrens 71
1. Keine Geltung der Obliegenheiten des § 295 Abs. 1 InsO . 71
2. Versagung der Restschuldbefreiung nach § 290 InsO? . . . 72
II. Die Ausschlagung während der Wohlverhaltensperiode . . . 74
1. Anfall vor der Beendigung des Insolvenzverfahrens 76
2. Anfall während der Wohlverhaltensperiode 77
a) Die Herausgabeobliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO 78
b) Die Mitteilungsobliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO 82
c) Annahme nach Erteilung der Restschuldbefreiung . . . 83
aa) Zurückstellung der Entscheidung über die Erteilung der Restschuldbefreiung? 85
(1) Meinungsstand 85
(2) Stellungnahme 86
bb) Widerruf der Restschuldbefreiung? 89
cc) Zwischenergebnis 90
D. Zusammenfassung zur Rechtslage in Deutschland 91

§ 2 Die Rechtslage in Frankreich 93
A. Grundlagen 93
I. Erbrecht 93
1. Rechtsquellen 93
2. Die verschiedenen Arten des erbrechtlichen Erwerbs . . . 94
3. Das erbrechtliche Wahlrecht (option successorale) 98
a) Das Wahlrecht des Intestaterben 98
b) Das Wahlrecht der Vermächtnisnehmer 105
II. Insolvenzrecht 106
1. Rechtsquellen und Insolvenzfähigkeit 106
2. Das Liquidationsverfahren nach dem Code de commerce . 113
3. Das Verbraucherverfahren nach dem Code de la consommation 115
B. Die Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren 120
I. Le dessaisissement du débiteur: Die Verfügungssperre des Schuldners im Liquidationsverfahren 121
1. Das dessaisissement im handelsrechtlichen Liquidationsverfahren 121
a) Wirkung des dessaisissement 122
b) Ausnahmen vom dessaisissement 123
c) Insbesondere: Die höchstpersönlichen Rechte des Schuldners 125
aa) Einheitliche Reichweite von dessaisissement und action oblique 126
bb) Die Bestimmung der Höchstpersönlichkeit 129
d) Zwischenergebnis 133
2. Das dessaisissement im verbraucherrechtlichen Liquidationsverfahren 133
II. Der erbrechtliche Anfechtungsrechtsbehelf gegen die Erbschaftsausschlagung 135
1. Funktionsweise 136
2. Rechtsnatur des Rechtsbehelfs 139
3. Zweck und Ursprung des Rechtsbehelfs 142
a) Anfechtbarerklärung der grundsätzlich unanfechtbaren Ausschlagung? 142
b) Modifikation der allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen? 143
aa) Genese des Art. 788 C.C. 1804 144
bb) Änderung durch die Erbrechtsreform 2006? 147

c) Art. 779 C.C. als Ergebnis einer französischen Rechtstradition 148
4. Tatbestand 150
a) Gläubigerbenachteiligung 151
b) Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners . . . 153
c) Kein subjektives Erfordernis auf Seiten des Anfechtungsgegners 156
III. Das Ausschlagungsrecht im Liquidationsverfahren 158
1. Insolvenz des Intestaterben 158
a) Die insolvenzrechtliche Behandlung des erbrechtlichen Wahlrechts bis 2006 158
b) Die Grundsatzentscheidung der Cour de Cassation vom 3. Mai 2006 164
aa) Das erbrechtliche Wahlrecht als höchstpersönliches Recht des Schuldners 165
bb) Die Anfechtbarkeit der Ausschlagung zugunsten des Insolvenzverfahrens 167
c) Einflüsse der Erbrechtsreform 2006 170
d) Einflüsse der Insolvenzrechtsreform 2014 173
aa) Erbschaften als insolvenzfreies Vermögen? 173
bb) Auswirkungen auf die Anfechtung der Ausschlagung 176
2. Insolvenz des Vermächtnisnehmers (légataire) 176
3. Besonderheiten im verbraucherrechtlichen Liquidationsverfahren 179
IV. Zwischenergebnis 180
C. Die Ausschlagung vor der Verfahrenseröffnung 180
I. Die Ausschlagung vor der Eröffnung des handelsrechtlichen Liquidationsverfahrens 182
1. Die Anfechtung der Ausschlagung nach den Regelungen der Insolvenzanfechtung (nullités de la période suspecte) . 182
2. Der Widerruf der Ausschlagung nach Art. 807 C.C. 187
3. Die Anfechtung der Ausschlagung nach den allgemeinen Anfechtungsvorschriften 189
a) Das Verhältnis der allgemeinen Gläubigeranfechtung zur Insolvenzanfechtung nach dem Code de commerce 190
b) Anfechtungsbefugnis und Wirkung der Anfechtung im Liquidationsverfahren 193
aa) Die Rechtsprechung der Cour de Cassation zur individuellen Gläubigeranfechtung im Liquidationsverfahren 194

bb) Stellungnahme 198
cc) Ergebnis 201
II. Die Ausschlagung vor der Eröffnung des verbraucherrechtlichen Liquidationsverfahrens 201
III. Zwischenergebnis 203
D. Die Auswirkungen der Ausschlagung auf die Restschuldbefreiung 203
I. Liquidationsverfahren nach dem Code de commerce 204
1. Versagung der Restschuldbefreiung bei Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs? 204
a) Der Begriff der fraude i. S. d. Art. L. 643-11 C.com. . . . 205
b) Einfluss der Entscheidung der Cour de Cassation vom 3.5.2006 207
c) Zwischenergebnis 208
2. Anfechtung der Ausschlagung nach dem Eintritt der Restschuldbefreiung 208
a) Keine Hinderung durch den Eintritt der Restschuldbefreiung 209
b) Wiederaufnahme des Liquidationsverfahrens zur Durchführung der Anfechtung 210
c) Ergebnis 211
II. Liquidationsverfahren nach dem Code de la consommation . 211
1. Abweisung der Verfahrenseröffnung aufgrund der Ausschlagung? 212
2. Verwirkung der Anwendung des Verbraucherinsolvenzrechts (déchéance) 216
3. Vereinbarkeit mit dem höchstpersönlichen Charakter des erbrechtlichen Wahlrechts 217
E. Zusammenfassung zur Rechtslage in Frankreich 219
§ 3 Die Rechtslage in den Niederlanden 221
A. Grundlagen 221
I. Rechtsquellen 221
II. Erbrecht 224
1. Die Stellung des Erben 224
2. Die förmliche Nachlassabwicklung (vereffening) 226
3. Die Stellung des Vermächtnisnehmers 228
III. Insolvenzrecht 229
1. Faillissement und Schuldsanierung als Liquidationsverfahren 230
2. Besonderheiten des Schuldsanierungsverfahrens 232
B. Die Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren 233
I. Die Ausschlagung der Erbschaft 234

1. Die Entscheidungsbefugnis des Verwalters bzw. Treuhänders . . . 234
2. Die Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft durch den Verwalter bzw. Treuhänder . . . 237
3. Verstöße des Schuldners gegen die Verfügungsbeschränkung . . . 242
II. Die Ausschlagung des Vermächtnisses . . . 246
III. Zwischenergebnis . . . 247
C. Die Ausschlagung vor der Verfahrenseröffnung . . . 248
I. Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung . . . 248
1. Der erbrechtliche Anfechtungsrechtsbehelf des Art. 4:205 BW . . . 249
a) Funktionsweise . . . 251
b) Verhältnis zu Art. 1107 BW 1838 und Rechtsnatur . . . 255
c) Tatbestand . . . 257
2. Rechtsgrundlage der Anfechtung im Insolvenzverfahren . 259
3. Anfechtungsbefugnis im Insolvenzverfahren . . . 262
II. Die Anfechtung der Vermächtnisausschlagung . . . 265
III. Zwischenergebnis . . . 265
D. Die Auswirkungen der Ausschlagung auf die Restschuldbefreiung 265
I. Abweisung der Eröffnung des Schuldsanierungsverfahrens bei Ausschlagung? . . . 266
II. Vorzeitige Beendigung des Schuldsanierungsverfahrens ohne Restschuldbefreiung? . . . 270
1. Vorzeitige Beendigung bei Ausschlagung vor dem Eröffnungsantrag . . . 272
2. Vorzeitige Beendigung bei Ausschlagung während des Verfahrens . . . 274
III. Berücksichtigung der Ausschlagung bei der Entscheidung über die Restschuldbefreiung (Art. 354 Fw.) . . . 277
IV. Zwischenergebnis . . . 279
E. Zusammenfassung zur Rechtslage in den Niederlanden . . . 279

Teil 2: Rechtsvergleichende Bewertung . . . 281

§ 1 Modellbildung . . . 282
A. Das deutsche Modell . . . 282
B. Das niederländische Modell . . . 282
C. Das französische Modell . . . 283

§ 2 Erbrechtliche Vorgaben 284
A. Die These des Reichsgerichts 284
B. Rechtsvergleichende Stellungnahme 285
I. Der Erbschaftserwerb nach französischem Recht 285
II. Grundsätzliche Übereinstimmung des Erbschaftserwerbs im deutschen, französischen und niederländischen Recht 290
III. Ein rechtsvergleichender Blick auf das Antrittsprinzip 291
IV. Ergebnis 293
§ 3 Abwägung der beteiligten Interessen 296
A. Berücksichtigung der Interessen des Erblassers? 296
I. Die Reichweite der Testierfreiheit des Erblassers 296
1. Enterbung des (potenziellen) Insolvenzschuldners 297
2. Das „Überschuldetentestament“ 298
3. Zwischenergebnis 301
II. Testierfreiheit des Erblassers und Ausschlagungsfreiheit des Berufenen 302
III. Ergebnis 303
B. Die Sicht der Gläubiger 303
C. Die Sicht des Schuldners 308
I. Die vermögensrechtliche Bedeutung der Ausschlagung 309
II. Die persönliche Bedeutung der Ausschlagung 312
1. Erbschaft 313
2. Vermächtnis 316
3. Zwischenergebnis 318
D. Interessenabwägung 318
I. Hohes Schutzbedürfnis der Gläubigerinteressen 319
II. Der Schutz der Privatautonomie des Schuldners in der Insolvenz 321
III. Der schutzwürdige persönliche Kern der Annahme- bzw. Ausschlagungsentscheidung 322
IV. Ergebnis 324
§ 4 Bewertung der verschiedenen Modelle 325
A. Das deutsche Modell: Einseitige Privilegierung des Schuldners . 325
B. Das niederländische Modell: Einseitige Privilegierung der Gläubiger 328
C. Das französische Modell: Der goldene Mittelweg? 330
I. Der persönliche Kern der Ausschlagungsentscheidung 330
II. Das Befriedigungsinteresse der Gläubiger 334
III. Zwischenergebnis 334
D. Ergebnis 336

Teil 3: Die Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts im deutschen Insolvenzrecht de lege ferenda 337

§ 1 Die Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren 339
A. Entscheidungsfreiheit des Schuldners 339
B. Korrektur der vermögensrechtlichen Folgen für die Insolvenzgläubiger 341
I. Korrektur der Ausschlagung 342
1. Wahl eines geeigneten Korrekturinstruments 342
a) Relative Unwirksamkeit 342
b) Anfechtung nach den §§ 129 ff. InsO 343
aa) Grundsätzliche Eignung 344
(1) Wahrung der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners 344
(2) Durchsetzung des Befriedigungsinteresses der Insolvenzgläubiger 345
(3) Zwischenergebnis 347
bb) Zur Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen aus dem Insolvenzverfahren 347
cc) Der Grund der Anfechtung 349
2. Die Anfechtung der Ausschlagung nach § 133 InsO 353
a) Tatbestand der Anfechtung 354
aa) Gläubigerbenachteiligung 354
(1) Grundsatz 354
(2) Testamentarische Beschränkungen und Beschwerungen 355
(3) Kompensation der Ausschlagung durch Zugewinnausgleichs- und Pflichtteilsansprüche? 358
bb) Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners . 360
cc) Kenntnis des Anfechtungsgegners 362
b) Rechtsfolgen der Anfechtung 365
aa) Die Pflicht des Anfechtungsgegners 365
(1) Ausschlagung eines unbeschränkten und unbeschwerten Erwerbs 366
(2) Ausschlagung eines beschränkten oder beschwerten Erwerbs 368
(3) Ausschlagung eines auflagenbeschwerten Erwerbs 368
bb) Reaktionsmöglichkeiten des Anfechtungsgegners . 372
cc) Die Situation der Nachlassgläubiger 373

c) Steuerrechtlicher Anpassungsbedarf 375
d) Ergebnis 375
II. Korrektur der Nichtannahme eines Vermächtnisses 376
1. Die Unzulänglichkeit der Anfechtung nach den §§ 129 ff. InsO 376
2. Fristsetzung zur Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung 380
III. Gewährleistung der Kenntnis des Verwalters vom erbrechtlichen Erwerb 383
§ 2 Die Ausschlagung vor der Verfahrenseröffnung 385
A. Ausschlagung 385
B. Nichtannahme eines Vermächtnisses 387
§ 3 Die Auswirkungen der Ausschlagung auf die Restschuldbefreiung 389
A. Anfall des erbrechtlichen Erwerbs vor der Beendigung des Insolvenzverfahrens 389
B. Anfall des erbrechtlichen Erwerbs während der Wohlverhaltensperiode 390
I. Umfang der Reformbedürftigkeit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO 390
II. Reformansätze 393
1. Keine Übertragung der für das Insolvenzverfahren gefundenen Lösung 393
2. Einführung der Nachtragsverteilung nach Erteilung der Restschuldbefreiung? 394
3. Einführung einer Annahmeobliegenheit für Erbschaften und Vermächtnisse 395
a) Zumutbarkeitsklausel zur Wahrung der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit 396
b) Weitere Einwände gegen eine Annahmeobliegenheit . . 399
c) Möglicher Konflikt mit dem Sozialrecht 403
4. Umfang der Herausgabeobliegenheit 405

Teil 4: Zusammenfassung der Ergebnisse und Formulierung eines Reformvorschlags 407

Résumé 419

Introduction 419
Partie 1. L'option successorale dans le droit des procédures collectives allemand, français et néerlandais 420
§ 1 L'approche allemande 420
§ 2 L'approche néerlandaise 421
§ 3 L'approche française 422
A. L'action de l'article 779 du Code civil 422
B. L'exercice de l'option successorale en procédure collective . . . 424
C. La contestation de la renonciation effectuée avant l'ouverture de la procédure collective 426
D. Les conséquences de la renonciation sur la remise des dettes . 427
Partie 2. Comparaison des différentes approches 428
Partie 3. Élaboration d'un projet de réforme pour le droit allemand . . . 430

Samenvatting 433

Inleiding 433
Deel 1. De behandeling van het erfrechtelijke keuzerecht in het Duitse, Nederlandse en Franse insolventierecht 434
§ 1 Het Duitse recht 434
§ 2 Het Nederlandse recht 435
A. Bevoegdheid tot verwerping tijdens de insolventieprocedure . 435
B. Verwerping vóór de faillietverklaring 436
I. De "erfrechtspauliana" (art. 4:205 BW) 436
II. Aanvechting tijdens een faillissements- of schuldsaneringsprocedure 438
C. Verlening schuldsaneringsregeling ondanks verwerping? . . . 439
§ 3 Het Franse recht 440
Deel 2. Rechtsvergelijkende beoordeling 441
Deel 3. Ontwikkeling van een hervormingsvoorstel voor het Duitse recht 444

Literaturverzeichnis 445

Sachverzeichnis 467

Verzeichnis ausländischer Abkürzungen

ABGB	*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Österreich)
Act. Fisc.	*Lettre d'information Actualités Fiscales* (Belgien)
Act. proc. coll.	*Lettre d'actualité des Procédures collectives et commerciales* (Frankreich)
AJ famille	*Actualité juridique Famille* (Frankreich)
Am. J. Comp. L.	*The American Journal of Comparative Law*
BICC	*Bulletin d'information de la Cour de Cassation* (Frankreich)
BOE	*Boletín Oficial del Estado* (Spanien)
Bull. civ.	*Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles* (Frankreich)
BW	*Burgerlijk Wetboek* (Niederlande)
C.C.	*Code civil* (Frankreich, Belgien, Luxemburg)
c.c.	*Codice civile* (Italien); *Código civil* (Spanien)
C.com.	*Code de commerce* (Frankreich, Luxemburg)
Cambridge L. J.	*Cambridge Law Journal*
Cass. com.	*Chambre commerciale de la Cour de Cassation* (Frankreich)
CCC	*Contrats – concurrence – consommation* (Frankreich)
CPC	*Code de procédure civile* (Frankreich)
CPC ex.	*Code des procédures civiles d'exécution* (Frankreich)
CPP	*Code de la procédure pénale* (Frankreich)
D.	*Recueil Dalloz* (Frankreich)
DC	*Recueil critique Dalloz* (Frankreich)
DH	*Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz* (Frankreich)
DP	*Recueil périodique et critique mensuel Dalloz* (Frankreich)
Dr. famille	*Droit de la famille* (Frankreich)
ftV	*Fiscaal tijdschrift Vermogen* (Niederlande)
Fw.	*Faillissementswet* (Niederlande)
G.U.	*Gazzetta Ufficiale* (Italien)
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais* (Frankreich)
HR	*Hoge Raad der Nederlanden* (Niederlande)
Int. & Comp. L. Q.	*International and Comparative Law Quarterly*
IO	*Insolvenzordnung* (Österreich)
IR	*Informations rapides*, im Recueil Dalloz (Frankreich)
J.-Cl.	*JurisClasseur* (Frankreich)
J.L.	*Jurisprudence de Liège* (Belgien)
J.L.M.B.	*Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* (Belgien)
J.O.	*Journal Officiel de la République Française* (Frankreich)

J.O. A.N. (CR)	*Journal Officiel de l'Assemblée générale (Comptes rendus)* (Frankreich)
J.O. A.N. (Q)	*Journal Officiel de l'Assemblée générale (Questions)* (Frankreich)
JBN	*Juridische Berichten voor het Notariaat* (Niederlande)
JCP E	*La semaine juridique – Édition entreprise et affaires* (Frankreich)
JCP G	*La semaine juridique – Édition générale* (Frankreich)
JCP N	*La semaine juridique – Édition notariale et immobilière* (Frankreich)
JOR	*Jurisprudentie Onderneming & Recht* (Niederlande)
KNB	*Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie* (Niederlande)
LF	*Legge fallimentare* (Italien)
LPA	*Les petites affiches* (Frankreich)
Maastricht J. Eur. & Comp. L.	*Maastricht Journal of European and Comparative Law*
Mod. L. Rev.	*The Modern Law Review*
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie* (Niederlande)
Rb.	*Rechtbank* (Niederlande)
Rép. civ. Dalloz	*Répertoire de droit civil Dalloz* (Frankreich)
Rép. com. Dalloz	*Répertoire de droit commercial Dalloz* (Frankreich)
Req.	*Chambre de requêtes de la Cour de cassation*, bis 1947 (Frankreich)
Rev. int. dr. comp.	*Revue internationale de droit comparé* (Frankreich)
Rev. not. belge	*Revue du notariat belge* (Belgien)
Rev. proc. coll.	*Revue des procédures collectives* (Frankreich)
Rev. soc.	*Revue des sociétés* (Frankreich)
RJPF	*Revue juridique personnes & famille* (Frankreich)
RM Themis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (Niederlande)
RN	*Rechtspraak Notariaat* (Niederlande)
RTD com.	*Revue trimestrielle de droit commercial* (Frankreich)
Rv.	*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (Niederlande)
S.	*Recueil Sirey* (Frankreich)
SchKG	*Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (Schweiz)
SchuldSanering	*Tijdschrift voor schuldhulpverlening en wettelijke schuldsanering* (Niederlande)
Stb.	*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* (Niederlande)
SZ	*Sammlung Zivilsachen* (Österreich)
TPR	*Tijdschrift voor privaatrecht* (Belgien)
TvC	*Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* (Niederlande)
TvI	*Tijdschrift voor Insolventierecht* (Niederlande)
VrA	*Vermogensrechtelijke Annotaties* (Niederlande)
W.v.K.	*Wetboek van Koophandel* (Niederlande)
WPNR	*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (Niederlande)
ZGB	*Zivilgesetzbuch* (Schweiz)

Einleitung

§ 1 Einführung in die Problemstellung

Fällt einem insolventen Schuldner eine werthaltige Erbschaft oder ein Vermächtnis an, eröffnet sich für seine Gläubiger die Aussicht auf eine erhöhte Befriedigungsquote. Sie haben dementsprechend ein hohes Interesse daran, dass die Erbschaft bzw. das Vermächtnis angenommen wird und ihrer Befriedigung zugutekommt. Demgegenüber ist dem insolventen Schuldner nicht selten daran gelegen, den Nachlass oder Vermächtnisgegenstand vor der Verwertung und Verteilung an seine Gläubiger zu schützen und ihn, wenn schon nicht in seinem eigenen Vermögen, doch zumindest in seiner Familie zu erhalten. Dies kann der Schuldner nach bürgerlichem Recht durch die Ausschlagung der Erbschaft bzw. des Vermächtnisses erreichen (§§ 1942 Abs. 1, 2176 BGB). Sie bewirkt, dass der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt und die Erbschaft bzw. das Vermächtnis rückwirkend dem Nächstberufenen zufällt (§§ 1953 Abs. 1, Abs. 2, 2180 Abs. 3 BGB).[1] Nächstberufen sind aufgrund des Eintrittsprinzips im Rahmen der gesetzlichen Verwandtenerbfolge[2] bzw. aufgrund entsprechender testamentarischer Ersatzbestimmungen des Erblassers[3] meist die Abkömmlinge des

---

[1] Beim Vermächtnis setzt dies voraus, dass der Erblasser einen Ersatzvermächtnisnehmer (§ 2190 BGB) bestimmt hat. Kommt es weder zur Ersatzberufung noch zur Anwachsung (§ 2158 BGB), wird das Vermächtnis durch die Ausschlagung hinfällig, vgl. MüKo-BGB/*Rudy*, § 2180 Rn. 8.

[2] Vgl. für Erben erster Ordnung: §§ 1953 Abs. 2, 1924 Abs. 3 BGB; für Erben zweiter Ordnung: §§ 1953 Abs. 2, 1925 Abs. 3 S. 1 BGB; für Erben dritter Ordnung: §§ 1953 Abs. 2, 1926 Abs. 3 S. 1 BGB. Ab der vierten Erbenordnung gilt hingegen das Gradualsystem (vgl. §§ 1928 Abs. 2, 3, 1929 Abs. 2 BGB), d. h. nächstberufen ist, wer in der jeweiligen Erbenordnung nach Wegfall des Ausschlagenden mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist.

[3] Hat der Erblasser keine ausdrückliche Ersatzbestimmung getroffen, kann die ergänzende Auslegungsregel des § 2069 BGB zu beachten sein: Ist testamentarisch ein Abkömmling des Erblassers bedacht und fällt dieser nach Errichtung des Testaments z. B. infolge Ausschlagung weg, sind danach im Zweifel die Abkömmlinge des Ausschlagenden bedacht, soweit sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Umstritten ist allerdings, ob diese Vermutung auch greift, wenn die Ausschlagung einen Pflichtteilsanspruch des Ausschlagenden begründet (§§ 2306, 2307 Abs. 1 S. 1 BGB), vgl. dazu Staudinger/*Otte*,

Ausschlagenden. Durch die Ausschlagung scheidet der erbrechtliche Erwerb endgültig aus dem Vermögen des Ausschlagenden aus, sodass er dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen ist. In der Insolvenz des Ausschlagenden ist jedoch fraglich, ob die Gläubiger ein solches Ergebnis hinnehmen müssen. Zweifel daran ergeben sich insbesondere vor dem Hintergrund einer möglichen Restschuldbefreiung des Schuldners, durch die die im Insolvenzverfahren nicht befriedigten Forderungen seiner Gläubiger ihre Durchsetzbarkeit verlieren (§ 301 InsO).

In der Insolvenz des Erben bzw. Vermächtnisnehmers treffen mit dem Erb- und dem Insolvenzrecht zwei Rechtsgebiete aufeinander, die auf unterschiedlichen Prinzipien und Wertungen fußen.[4] Dem deutschen Erbrecht liegt das Prinzip des Vonselbsterwerbs mit Ausschlagungsmöglichkeit zugrunde.[5] Zwar geht die Erbschaft mit dem Tod des Erblassers *ipso iure* auf den Erben über (§ 1922 Abs. 1 BGB), doch hat er das Recht, die Erbschaft mit den soeben beschriebenen Folgen auszuschlagen (§ 1942 Abs. 1 BGB). Gleiches gilt für das Vermächtnis (§ 2176 BGB). Das Ausschlagungsrecht gründet auf der Erwägung, dass niemandem ein Vermögenserwerb gegen seinen Willen aufgedrängt werden kann.[6] Letztlich ist es damit Ausfluss der Privatautonomie.[7] Daneben ist das Erbrecht durch die Grundprinzipien der Testierfreiheit und des Familienerbrechts stark durch familiäre und persönliche Bindungen zwischen dem Erblasser, dem Erben und dem im Fall der Ausschlagung Berufenen geprägt. Diese Bindungen sind nicht zuletzt bei der Ausübung des Ausschlagungsrechts von Bedeutung.[8] Das Insolvenzrecht bezweckt demgegenüber im Falle des wirtschaftlichen Zusammenbruchs eines Schuldners die gemeinschaftliche Befriedigung seiner Gläubiger durch Verwertung des Schuldnervermögens (§ 1 S. 1 InsO).[9] Haf-

---

§ 2069 Rn. 10 ff. Hat der Erblasser andere Personen als seine Abkömmlinge bedacht, kann bei ihrem Wegfall die ergänzende Auslegung zum Nachrücken ihrer Abkömmlinge führen, vgl. MüKo-BGB/*Leipold*, § 2069 Rn. 38 ff.

[4] *Neher*, Der Erbanfall in der Insolvenz (2011), 2 f.; *Lehmann*, Erbrechtlicher Erwerb im Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren (2007), 2; *Messner*, ‚Dissonanzen zwischen Insolvenz- und Erbrecht', ZVI 2004, 433.

[5] *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb (2002), 163; Staudinger/*Kunz*, § 1922 Rn. 12.

[6] *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb (2002), 163. Vgl. in Frankreich Art. 775 *Code civil* 1804: „Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue." (Niemand ist verpflichtet, eine ihm angefallene Erbschaft anzunehmen.) Vgl. in Deutschland auch §§ 333, 516 BGB.

[7] BGH, Urt. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10, BGHZ 188, 96 (Rn. 27). Der BGH stützt das Ausschlagungsrecht neuerdings auch auf eine aus Art. 14 GG folgende „negative Erbfreiheit" (BGH, a. a. O.).

[8] Staudinger/*Otte*, § 1942 Rn. 15; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht[5] (2001), § 8 IV 1; *Kipp/Coing*, Erbrecht[14] (1990), § 87 V.

[9] Vgl. zum französischen Liquidationsverfahren (*liquidation judiciaire*) Art. L. 640-1 C.

tungsgrundlage ist dabei das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners, die Insolvenzmasse (§§ 35, 36 InsO). Zu ihrer Sicherung gegen privatautonome Rechtshandlungen des Schuldners geht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners über die Masse auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO).

In der Insolvenz des Erben bzw. Vermächtnisnehmers kollidiert folglich die erbrechtliche Entscheidungsfreiheit des Schuldners mit dem durch das Insolvenzrecht geschützten Befriedigungsinteresse seiner Gläubiger. Diese widerstreitenden Interessen sind in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Konkret stellt sich mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Frage, ob das erbrechtliche Ausschlagungsrecht weiterhin unbeschränkt dem Schuldner zusteht, oder ob die Gläubiger bzw. der Insolvenzverwalter nunmehr Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidung erhalten müssen. Die deutsche Insolvenzordnung beantwortet diese Frage in § 83 Abs. 1 S. 1 eindeutig zugunsten der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners: „Ist dem Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Erbschaft oder ein Vermächtnis angefallen oder geschieht dies während des Verfahrens, so steht die Annahme oder Ausschlagung nur dem Schuldner zu.“ Der Schuldner kann demnach auch während des Insolvenzverfahrens unabhängig von den Interessen seiner Gläubiger frei über die Annahme oder Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs entscheiden.

Diese einseitige Privilegierung der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners birgt Missbrauchsgefahren zulasten seiner Gläubiger.[10] Denkbar ist insbesondere, dass der Schuldner eine Erbschaft zugunsten seiner Abkömmlinge ausschlägt, die ihn in der Folge faktisch am Nachlass teilhaben lassen. Dann profitiert der Schuldner von dem erbrechtlichen Erwerb, ohne ihn zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger einsetzen zu müssen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass das in § 83 Abs. 1 S. 1 InsO niedergelegte Prinzip seit der Einführung der Insolvenzordnung erheblich an praktischer Bedeutung gewonnen hat.[11] Da § 35 Abs. 1 InsO nunmehr auch den Neuerwerb während des Insolvenzverfahrens in die Insolvenzmasse einbezieht, wurde § 83 Abs. 1 S. 1 InsO auf den Erbschafts- und Vermächtnisanfall nach der Verfahrenseröffnung erstreckt.[12] Angesichts

---

com. Vgl. in den Niederlanden *Wessels*, Insolventierecht I[5] (2018), Rn. 1001: Das Insolvenzrecht soll bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines Rechtssubjekts die Diskontinuität von Rechtsbeziehungen vermeiden, regulieren oder begleiten.

[10] Vgl. dazu Teil 2 § 4 A. (S. 325 ff.) sowie die Beispiele bei *Neher*, Der Erbanfall in der Insolvenz (2011), 5; *Frank*, FS Leipold (2009), 983 f.; *Bartels*, KTS 2003, 41 (54 f.); *Hellwig*, FS v. Martitz (1911), 157 (158).

[11] Vgl. dazu Teil 1 § 1 A. I. 6. (S. 37).

[12] Vgl. die Begründung zu § 94 RegE, BT-Drs. 12/2443, S. 136. Die Vorgängervorschrift (§ 9 KO) bezog sich hingegen nur auf Erbschaften und Vermächtnisse, die dem Schuldner bereits vor der Konkurseröffnung angefallen waren.

dieser beträchtlichen Erweiterung des zeitlichen Anwendungsbereichs überrascht es nicht, dass die Vorschrift seither verstärkt im Fokus der wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion steht.[13]

Über das Insolvenzverfahren hinaus erlangt die Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs in zwei weiteren Phasen insolvenzrechtliche Bedeutung. Das Befriedigungsinteresse der Insolvenzgläubiger wird zum einen auch durch Ausschlagungen berührt, die der Schuldner bereits *im Vorfeld der Verfahrenseröffnung* erklärt hat. Um den ausgeschlagenen Erwerb zur Masse zu ziehen, kommt insofern die Anfechtung nach den §§ 129 ff. InsO in Betracht. Angesichts der eindeutigen Wertung, die § 83 Abs. 1 S. 1 InsO für den Zeitraum des Insolvenzverfahrens zugunsten der Entscheidungsfreiheit des Schuldners trifft, muss die Anfechtung einer vor der Verfahrenseröffnung erklärten Ausschlagung allerdings ausscheiden.[14]

Zum anderen hat sich der Konflikt zwischen der Entscheidungsfreiheit des Schuldners und dem Befriedigungsinteresse der Gläubiger durch die Einführung der Restschuldbefreiung weiter zugespitzt. Der Konflikt wird sich durch die Umsetzung der EU-Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz[15] künftig weiter verschärfen, die für Unternehmer eine maximale Entschuldungsfrist von drei Jahren ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorsieht (vgl. Art. 21). Von besonderer Bedeutung für die Insolvenzgläubiger ist daher die Frage, inwiefern sich die Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs *im Restschuldbefreiungsverfahren* auf die Erteilung der Restschuldbefreiung auswirkt. Nach derzeitiger Rechtslage kann die Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs die Versagung der Restschuldbefreiung nicht begründen.[16] § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO statuiert keine Obliegenheit zur Annahme eines erbrechtlichen Erwerbs, sondern belässt dem Schuldner auch im Restschuldbefreiungsverfahren seine er-

---

[13] Vgl. die rechtspolitische Kritik bei Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Piekenbrock*, § 83 Rn. 2 f.; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO[13] (2010), § 83 Rn. 1; *Holzer*, NZI 2019, 441 (445 f.); *Semmelbeck*, FS Wimmer (2017), 528 (536); *Kruth*, NZI 2013, 139 (140); *Christandl*, FamRZ 2013, 376; *ders.*, ZEuP 2011, 779 (791 f., 802); *Neher*, Der Erbanfall in der Insolvenz (2011), 261 ff.; *Frank*, FS Leipold (2009), 983 (993 ff.); *Menzel*, Entschließungsfreiheit im Erbrecht und Drittinteressen (2008), 97, 167; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht[4] (2007), Rn. 9.24; *Medicus*, DZWIR 2007, 221 (226); *Bartels*, KTS 2003, 41 ff.; *Thora*, ZInsO 2002, 176 ff.; *Gerhardt*, in: Kölner Schrift zur InsO[2] (2000), 193 (214); *Windel*, KTS 1995, 367 (406); *Dieckmann*, in: Insolvenzrecht im Umbruch (1991), 127 (132 f.).

[14] Vgl. dazu eingehend Teil 1 § 1 B. (S. 67 ff.).

[15] Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. EU Nr. L 172 vom 26.6.2019, S. 18.

[16] Vgl. dazu eingehend Teil 1 § 1 C. (S. 70 ff.).

brechtliche Entscheidungsfreiheit.[17] Darüber hinaus eröffnet die Konzeption der Restschuldbefreiung dem Schuldner eine weitere Missbrauchsmöglichkeit: Indem er die Annahme erst nach der Erteilung der Restschuldbefreiung erklärt, kann er den erbrechtlichen Erwerb dem Zugriff seiner Gläubiger entziehen und ihn gleichwohl für sich behalten.[18]

Nach derzeitigem Stand genießt die erbrechtliche Entscheidungsfreiheit des Schuldners in der Insolvenz nach deutschem Recht somit umfassenden Schutz. Die Gläubiger haben eine Erbschafts- oder Vermächtnisausschlagung, die der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung, im Insolvenz- oder im Restschuldbefreiungsverfahren erklärt, anstandslos hinzunehmen.

§ 2 Rechtsvergleichende Umschau

Ein Blick in die Insolvenz- und Zivilgesetzbücher unserer europäischen Nachbarn[19] zeigt, dass das deutsche Recht mit dem soeben skizzierten Ansatz in Europa einen Sonderweg geht.

A. Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren

In diametralem Gegensatz zur Regelung des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO ist dem Schuldner die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs in vielen Rechtsordnungen ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausdrücklich entzogen. So trifft im *österreichischen* Insolvenzverfahren nach § 4 IO[20] grundsätzlich der Insolvenzverwalter die Entscheidung über den Antritt oder die Ausschlagung einer Erbschaft, die dem Schuldner während des Verfahrens anfällt oder vor der Verfahrenseröffnung angefallen und noch

---

[17] Den Schuldner trifft nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO lediglich die Obliegenheit, einen *angenommenen* erbrechtlichen Erwerb zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben, vgl. Teil 1 § 1 C. II. 2. a) (S. 78 ff.).

[18] Die Herausgabeobliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO greift nach der Erteilung der Restschuldbefreiung nicht mehr, vgl. dazu eingehend Teil 1 § 1 C. II. 2. c) (S. 83 ff.).

[19] Betrachtet werden im Folgenden die Nachbarländer Deutschlands sowie stellvertretend für die südeuropäischen Staaten das italienische und das spanische Recht.

[20] § 4 IO ist, abgesehen von terminologischen Anpassungen durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (BGBl. I Nr. 29/2010), seit Einführung der Konkursordnung 1914 (Kaiserliche Verordnung vom 10.12.1914, RGBl. Nr. 337/1914) unverändert geblieben. Eine vergleichbare Regelung sah bereits § 4 der Concursordnung von 1868 (Gesetz vom 25.12.1868, RGBl. Nr. 1/1869) vor, der jedoch anstelle des Verwalters noch die Gläubigerschaft ermächtigte, Erbschaften und Vermächtnisse anzutreten.

nicht angetreten worden ist.[21] Der Verwalter kann die Erbschaft jedoch nur unter dem Vorbehalt der Errichtung eines Inventars antreten (§ 4 Abs. 1 IO), wodurch die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass begrenzt wird (§ 802 S. 2 ABGB). Tritt der Insolvenzverwalter die Erbschaft nicht an,[22] scheidet das Recht zur Erbschaftsannahme aus der Insolvenzmasse aus (§ 4 Abs. 2 IO), ohne dass damit der Anfall der Erbschaft an den Schuldner vernichtet wird. Vielmehr steht die Entscheidung über Antritt oder Ausschlagung dem Schuldner in diesem Fall persönlich zu.[23] Tritt er die Erbschaft an, wird sie mit der gerichtlichen Einantwortung (§ 797 ABGB) Teil seines massefreien Vermögens.[24]

Ähnlich ist die Rechtslage in den *Niederlanden*. Nach Art. 41 *Faillissementswet* (Fw.)[25] darf der Verwalter (*curator*) Erbschaften, die dem Schuldner während des Insolvenzverfahrens (*faillissement*) anfallen, mit dem Vorbehalt der Inventarerrichtung[26] annehmen oder mit gerichtlicher Ermächtigung ausschlagen. Aus dieser ausdrücklichen Regelung zu den Befugnissen des Verwalters wird gemeinhin gefolgert, dass die Erbschaft ab ihrem Anfall in die Insolvenz-

---

[21] Nach österreichischem Erbrecht erwirbt der Erbe die Erbschaft nicht automatisch mit dem Anfall, sondern durch Erbantrittserklärung und gerichtliche Einantwortung in den Nachlass, vgl. §§ 547, 797, 799 ABGB i. d. F. des Erbrechts-Änderungsgesetzes (ErbRÄG) vom 16.6.2015, BGBl. I 2015/87, in Kraft seit 1.1.2017 (§ 1503 Abs. 7 Nr. 2 ABGB i. d. F. des ErbRÄG 2015). § 546 ABGB stellt seit dem ErbRÄG 2015 klar, dass die Verlassenschaft die Rechtsposition des Verstorbenen bis zur Einantwortung als juristische Person fortsetzt. Für Vermächtnisse gilt demgegenüber das Prinzip des Vonselbsterwerbs (§ 684 ABGB), sodass sie unmittelbar mit dem Anfall Bestandteil der Insolvenzmasse werden (§ 2 Abs. 2 IO). Im Insolvenzverfahren kann der Schuldner ein Vermächtnis nach der allgemeinen Regel des § 3 IO daher nicht mehr wirksam ausschlagen, vgl. Buchegger/*Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I[4] (2000), § 4 Rn. 9; Konecny/Schubert/*Schubert*, § 4 (Stand: 1999) Rn. 7.

[22] Unter „Nichtantreten" i. S. d. § 4 Abs. 2 IO versteht die herrschende Meinung sowohl die Ausschlagung als auch das Unterlassen der Annahme durch den Insolvenzverwalter, vgl. Buchegger/*Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I[4] (2000), § 4 Rn. 5; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973), 225. Nach Konecny/Schubert/*Schubert*, § 4 (Stand: 1999) Rn. 3, ist der Insolvenzverwalter hingegen nicht zur Ausschlagung der Erbschaft befugt.

[23] Buchegger/*Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I[4] (2000), § 4 Rn. 5, 12; Konecny/Schubert/*Schubert*, § 4 (Stand: 1999) Rn. 5, 10; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973), 225 f., 498.

[24] Buchegger/*Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I[4] (2000), § 4 Rn. 5. Umstritten ist, ob die Erbschaft dann der Einzelzwangsvollstreckung der Insolvenzgläubiger ausgesetzt ist: dafür anscheinend *Buchegger*, a. a. O., Rn. 7; dagegen *Jelinek*, FS Kralik (1986), 229 (237 ff.).

[25] Gesetz vom 30.9.1893 (Stb. Nr. 140).

[26] Die Annahme mit dem Vorbehalt der Inventarerrichtung (*aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving*) beschränkt die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass (vgl. Art. 4:184 Abs. 2 BW).

masse (*boedel*) fällt (Art. 20 Fw.), sodass die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung ausschließlich dem Verwalter zusteht (Art. 23, 68 Fw.).[27]

Auch nach *dänischem* Konkursrecht fällt eine dem Schuldner vor oder während des Konkursverfahrens angefallene Erbschaft ausdrücklich in die Masse, soweit sich weder aus einer testamentarischen Bestimmung des Erblassers etwas anderes ergibt[28] noch die Masse von der Erbschaft Abstand nimmt (Art. 34 Abs. 1 *Konkurslov*[29]). Da der Schuldner mit der Verfahrenseröffnung die Verfügungsbefugnis über die Masse verliert (Art. 29 *Konkurslov*), kann er Erbschaften im Konkursverfahren somit in der Regel nicht mehr wirksam ausschlagen.[30]

In *Tschechien* und *Polen* ist die Masse ebenfalls umfassend gegen Erbschaftsausschlagungen des Schuldners geschützt. Im tschechischen Konkursverfahren kann der Schuldner eine Erbschaft nur mit der Zustimmung des Verwalters wirksam ausschlagen (§ 246 Abs. 4 tschechisches Insolvenzgesetz[31]). Im polnischen Konkursverfahren wird für Erbschaften, die dem Schuldner während des Konkursverfahrens anfallen oder vor der Verfahrenseröffnung angefallen sind und noch angenommen werden können, die Annahme mit dem Vorbehalt der Inventarerrichtung[32] fingiert (Art. 119 polnisches Konkursgesetz[33]). Der Nachlass kann jedoch durch Beschluss des Richter-Kommissars aus der Konkursmasse ausgeschlossen werden, wenn er zum Beispiel schwer veräußerliche Gegenstände enthält (Art. 121). Dann kann der Schuldner frei über die Annahme oder Ausschlagung entscheiden (Art. 122). Ansonsten ist eine Ausschlagung, die der Schuldner nach der Verfahrenseröffnung erklärt, der Konkursmasse gegenüber unwirksam (Art. 123).

---

[27] *Wessels*, Insolventierecht II[4] (2016), Rn. 2167. Dazu eingehend unten Teil 1 § 3 B. I. (S. 234 ff.).

[28] Dies betrifft insbesondere die Anordnung der Testamentsvollstreckung, vgl. *Hultsch*, Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung im deutschen, US-amerikanischen und dänischen Insolvenzverfahren (2006), 112 f.

[29] *Konkurslov*, Lovbekendtgørelse Nr. 11 vom 6.1.2014 (Quelle: www.retsinformation.dk). Deutsche Übersetzung einzelner Vorschriften der insofern wortgleichen LBK Nr. 118 vom 4.2.1997 bei *Hultsch*, Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung im deutschen, US-amerikanischen und dänischen Insolvenzverfahren (2006), 163 ff.

[30] *Hultsch*, Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung im deutschen, US-amerikanischen und dänischen Insolvenzverfahren (2006), 107 f.

[31] *Insolvenční zákon*, Gesetz vom 30.3.2006, Nr. 182/2006 Sb. Deutsche Übersetzung von Široký/Keller, in: *Breidenbach*, Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa I, CS 920 (Stand: 31.12.2010).

[32] Diese Form der Annahme beschränkt die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten auf den im Inventar festgestellten Wert des Nachlasses (Art. 1031 § 2 *Kodeks cywilny*).

[33] *Ustawa Prawo upadłościowe*, Gesetz vom 28.2.2003, Dz.U. 2003, Nr. 60, Pos. 535, i. d. F. des Gesetzes vom 15.5.2015, Dz.U. 2015, Nr. 92, Pos. 978. Deutsche Übersetzung von *Paintner/de Vries*, in: *Breidenbach*, Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa II, PL 920 (Stand: 15.6.2016).

Nicht ganz eindeutig ist die Rechtslage in *Italien*. Für das Konkursverfahren (*fallimento*) bestimmt Art. 35 Abs. 1 *Legge fallimentare* (LF)[34], dass der Verwalter (*curatore*) Erbschaften des Schuldners nach vorheriger Ermächtigung durch den Gläubigerausschuss (*comitato dei creditori*) annimmt.[35] Art. 35 LF setzt damit voraus, dass der Verwalter im Konkursverfahren zur Erbschaftsannahme befugt ist, lässt jedoch offen, auf welcher Rechtsgrundlage diese Befugnis beruht.[36] Überwiegend wird aus Art. 35 LF geschlossen, dass der Schuldner durch die Eröffnung des Konkursverfahrens mit der allgemeinen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen auch das Entscheidungsrecht über die Annahme von Erbschaften verliert (Art. 42 LF).[37] Das Annahmerecht steht dieser Ansicht nach im Konkursverfahren allein dem Verwalter zu, der sich aufgrund der Tragweite der Entscheidung jedoch vom Gläubigerausschuss ermächtigen lassen muss (Art. 35 LF). Anderer Ansicht nach handelt es sich bei der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft um ein höchstpersönliches Recht (*diritto di natura strettamente personale*), dessen Ausübung auch im Konkursverfahren dem Schuldner persönlich vorbehalten ist (Art. 46 Nr. 1 LF).[38] Die in

---

[34] Königliches Dekret vom 16.3.1942, Nr. 267, G.U. Nr. 81 vom 6.4.1942 (*Legge fallimentare*). Durch das Gesetzes-Dekret vom 9.1.2006, Nr. 5 (G.U. Nr. 12 vom 16.1.2006) ist die *Legge fallimentare* grundlegend reformiert worden. Das *fallimento* steht nach Art. 1 LF nur Kaufleuten offen. Da diese meist als Gesellschaft agieren, scheint sich das Problem der Erbschaftsausschlagung im italienischen Konkurs nur selten zu stellen.

[35] Das italienische Erbrecht folgt dem Prinzip des Antrittserwerbs (vgl. Art. 459 c.c.). Dazu eingehend *Fischer*, Vonselbsterwerb und Antrittserwerb (1996), 93 ff.

[36] Bricola/Galgano/Santini/*Guglielmucci*, Legge fallimentare – Art. 42–50 (1986), Art. 46 Rn. 8.

[37] *Pacchi*, in: Bertacchini u. a., Manuale di diritto fallimentare[2] (2011), 154 f.; Cuffaro/Delfini/*Pelosi*, Commentario del codice civile, Delle successioni (2009), Art. 519 Rn. 4 (S. 371); *Tedeschi*, Manuale del nuovo diritto fallimentare (2006), 210; Ambrosini/*Cavalli*, La riforma della legge fallimentare (2006), 87, 102. So bereits vor der Insolvenzrechtsreform 2006 (vgl. Fn. 34) *Ferrara*, Il fallimento[4] (1989), Rn. 13.11 (S. 304), Rn. 13.15 (S. 317). Einschränkend Abriani/*Motti*, Diritto fallimentare[2] (2013), § 67 (S. 230 f.): Die Befugnis des Verwalters setze voraus, dass die vermögensrechtlichen Aspekte der Entscheidung überwiegen.

[38] Cass. Sez. trib., Urt. v. 10.3.2008, Nr. 6327, Giustizia civile 2008, 1150 (1152): Von der Wirksamkeit der Ausschlagung des Insolvenzschuldners hing in diesem Erbschaftssteuerverfahren ab, ob sein Sohn im Wege des Eintrittsrechts (*rappresentazione*, Art. 467 c.c.) zur Erbschaft berufen und somit erbschaftssteuerpflichtig geworden war. Die ersten beiden Instanzen hatten den Steuerbescheid an den Sohn mit der Begründung aufgehoben, die Ausschlagung des Vaters sei aufgrund seiner Insolvenz unwirksam und der Sohn somit nicht zur Erbschaft berufen worden. Diese Entscheidung hob die *Corte di cassazione* auf, da es sich bei der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft um ein persönliches Recht i. S. d. Art. 46 Nr. 1 LF handele. Zustimmend *Lo Cascio*, Codice commentato del fallimento[2] (2013), Art. 46 LF Rn. 2; *Demarchi*, Fallimento e altre procedure concorsuali (2009), Art. 46 Rn. 2. So bereits vor der Insolvenzrechtsreform 2006 (vgl. Fn. 34) *Satta*, Diritto fallimentare[3] (1996), Rn. 44, 46; Bricola/Galgano/Santini/*Guglielmucci*, Legge fallimentare – Art. 42–50 (1986),

Art. 35 LF vorausgesetzte Befugnis des Verwalters zur Erbschaftsannahme lässt sich dann nur mit dem Rechtsbehelf des Art. 524 *Codice civile* (c.c.) erklären.[39] Danach können die Gläubiger eine sie beeinträchtigende Erbschaftsausschlagung ihres Schuldners anfechten und die Erbschaft zum Zwecke ihrer Befriedigung anstelle des Schuldners „annehmen".[40] Die in Art. 35 LF vorausgesetzte Annahmebefugnis des Verwalters könnte vor diesem Hintergrund bedeuten, dass der Verwalter die wirksame Ausschlagung des Schuldners im Konkursverfahren nach Art. 524 c.c. anfechten bzw. die Erbschaft in den Worten des Art. 524 c.c. anstelle des Schuldners „annehmen" kann. Zweifel an dieser Auslegung ergeben sich allerdings aus dem Umstand, dass Art. 35 LF nicht auf Art. 524 c.c. verweist. Zudem wird die Befugnis des Verwalters zur Erbschaftsannahme in Art. 35 LF unter dem Oberbegriff „Rechtsakte der außergewöhnlichen Verwaltung" (*atti di straordinaria amministrazione*) zusammen mit einer Fülle von weiteren Befugnissen des Verwalters aufgelistet, für die die Verfügungsbefugnis des Verwalters unbestritten ist. Systemkonformer erscheint daher die erste Ansicht. Festzuhalten ist, dass der Schuldner die Erbschaft der Masse nach beiden dargestellten Deutungsansätzen nicht im Wege der Ausschlagung vorenthalten kann. Entweder steht die Annahmebefugnis dem Verwalter zu oder dieser kann die wirksame Ausschlagung des Schuldners anfechten.

Im Gegensatz zu den zuvor dargestellten Rechtsordnungen enthalten die Insolvenzgesetzbücher von *Frankreich*, *Belgien*, *Luxemburg*, der *Schweiz* und *Spanien* keine ausdrückliche Regelung zur Ausübung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts im Insolvenzverfahren. Die Behandlung der Frage ergibt sich in diesen Ländern daher aus der Auslegung der allgemeinen Wirkungen der Eröffnungsentscheidung. Konkret ist zu entscheiden, ob der Schuldner mit der

---

Art. 46 Rn. 8. Die *Corte die Cassazione* geht auf die Bedeutung des Art. 35 Abs. 1 LF in dieser Entscheidung allerdings nicht ein, vgl. die Kritik bei Cuffaro/Delfini/*Pelosi*, Commentario del codice civile, Delle successioni (2009), Art. 519 Rn. 4 (S. 371); *Christandl*, ZEuP 2011, 779 (797, Fn. 97), der gleichwohl annimmt, der Schuldner könne die Erbschaft nur wirksam ausschlagen, solange der Verwalter noch nicht angenommen habe.

[39] Eingehend Bricola/Galgano/Santini/*Guglielmucci*, Legge fallimentare – Art. 42–50 (1986), Art. 46 Rn. 8; ebenso *Cicu*, Successioni per causa di morte[2] (1961), Rn. 56 (S. 166). In diese Richtung auch Maffei Alberti/*Tescaro/Zaccaria*, Commentario breve alla legge fallimentare[6] (2013), Art. 42 V Rn. 19, denen zufolge das Annahmerecht des Verwalters durch Art. 524 c.c. begrenzt ist; *Satta*, Diritto fallimentare[3] (1996), Rn. 46. Insofern undeutlich *Christandl*, ZEuP 2011, 779 (797).

[40] Die Anfechtung nach Art. 524 c.c. führt nicht zur Erbschaftsannahme im eigentlichen Sinne; sie macht weder den Ausschlagenden noch die anfechtenden Gläubiger zu Erben. Der Rechtsbehelf ermöglicht es den Gläubigern lediglich, sich ungeachtet der Ausschlagung ihres Schuldners aus dem Nachlass zu befriedigen, vgl. Cuffaro/Delfini/*Pelosi*, Commentario del codice civile, Delle successioni (2009), Art. 524 Rn. 3; Cendon/*Sciarrino*, Commentario al Codice Civile, artt. 456–712 (2009), 438. Vgl. auch sogleich § 2 B. (S. 11 ff.).

Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen auch die Entscheidungsbefugnis über die Annahme oder Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs verliert.[41] Während man dies in Belgien und Spanien überwiegend bejaht,[42] nimmt die herrschende Ansicht in Frankreich und der Schweiz an, dass das Ausschlagungsrecht dem Schuldner als persönliches Recht auch im Insolvenzverfahren zusteht.[43] Die letztere Ansicht deckt sich mit der deutschen Rechtslage jedoch nur scheinbar. Denn sowohl in Frankreich als auch in der Schweiz kann die Ausschlagung, die der Schuldner im Insolvenzverfahren wirksam erklärt, angefochten werden, sodass sie den Insolvenzgläubigern gegenüber keine Wirkung entfaltet (dazu sogleich).[44]

---

[41] In allen genannten Rechtsordnungen verliert der Schuldner ähnlich der Regelung des § 80 Abs. 1 InsO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen, vgl. in *Frankreich*: Art. L.641-9 Abs. 1 C.com., in *Belgien*: Art. XX.110 *Code de droit économique*, in den das Insolvenzrecht durch das Insolvenzrechtsreformgesetz vom 11.8.2017 (Moniteur belge vom 11.9.2017, S. 83100) integriert wurde; in *Luxemburg*: Art. 444 C.com., in der *Schweiz*: Art. 204 des Bundesgesetzes vom 11.4.1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG). In *Spanien* gilt folgende Unterscheidung: Hat der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens selbst gestellt (*concurso voluntario*, Art. 22 Abs. 1 S. 1 *Ley Concursal* vom 9.7.2003, BOE vom 10.7.2003, S. 26905), unterliegt die Verwaltung und Verfügung über sein Vermögen während des Verfahrens nur der Zustimmung der Konkursverwaltung (sog. *intervención*, Art. 40 Abs. 1 *Ley Concursal*). In allen anderen Fällen (*concurso necesario*, Art. 22 Abs. 1 S. 2 *Ley Concursal*) verliert er die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen vollständig (sog. *suspensión*, Art. 40 Abs. 2 *Ley Concursal*).

[42] Vgl. zu *Belgien*: Tribunal civil d'Arlon, Urt. v. 5.10.1984, J.L. 1984, 630; *Verougstraete*, Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite (2011), Rn. 3.3.2.1. (Fn. 1); *Pintens/Declerck/Du Mongh/Vanwinckelen*, Familiaal vermogensrecht[2] (2010), Rn. 2071; *Vander Meulen/Vercruysse*, Practische gids voor faillissementscuratoren I (2007), Rn. 311; Coene/Pintens/Vastersavendts/*Du Mongh/Declerck*, Commentaar Erfenissen, schenkingen en testamenten, Art. 776 BW (Stand: 20.11.2003), Rn. 38; *Zenner*, Dépistage faillites et concordats (1998), Rn. 390; *Delnoy*, Répertoire Notarial III-1/2 (1994), Rn. 111; *Cloquet*, Les novelles, Droit commercial IV[3] (1985), Rn. 1570. A. A. *Casman*, in: Curatoren en vereffenaars (2006), 753. Vgl. zu *Spanien*: Rojo/Beltrán/*Martínez Flores*, Comentario de la Ley Concursal I (2004), 802 f. Diese Ansicht stützt sich auch auf Art. 992 c.c., wonach die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft die Verfügungsbefugnis des Erklärenden voraussetzt, vgl. *Rivas Martínez*, Derecho de sucesiones III[4] (2009), 2500; Bercovitz Rodríguez-Cano/*Colina Garea*, Comentarios al Código Civil[3] (2009), Art. 992 Rn. 2; *Martínez Flores*, a. a. O., 801 f.

[43] Vgl. zu *Frankreich*: Cass. com., Urt. v. 3.5.2006 – Nr. 04-10.115, Bull. civ. IV, Nr. 109, dazu eingehend unten Teil 1 § 2 B. III. 1. b) (S. 164 ff.). Vgl. zur *Schweiz*: Staehelin/Bauer/Staehelin/*Wohlfart/Meyer*, Basler Kommentar zum SchKG II[2] (2010), § 204 Rn. 13; Jaeger/*Walder*, SchKG II[4] (1997/1999), § 204 Rn. 3.

[44] Vgl. die Nachweise in Fn. 43. Vgl. in Belgien auch *Casman*, in: Curatoren en vereffenaars (2006), 753.

B. Anfechtung einer vor der Verfahrenseröffnung erfolgten Ausschlagung

Auch im Hinblick auf die Anfechtung einer vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgten Ausschlagung ergibt sich jenseits der deutschen Grenzen ein völlig anderes Bild als im Inland. Am augenfälligsten unterscheidet sich in dieser Frage das *dänische Konkurslov* vom deutschen Recht. Es sieht einen eigenständigen Insolvenzanfechtungstatbestand für Erbschaftsausschlagungen vor, die der Schuldner in den letzten sechs Monaten vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erklärt hat (Art. 65 *Konkurslov*).[45] Auch in *Österreich* können Erbschaftsausschlagungen, die der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung erklärt hat, vom Insolvenzverwalter nach den allgemeinen Insolvenzanfechtungstatbeständen der §§ 27 ff. IO angefochten werden.[46] Dies gilt nach § 36 S. 2 IO ausdrücklich auch für die Unterlassung der Antretung einer Erbschaft.[47]

Mit Ausnahme Tschechiens sehen die Zivilgesetzbücher der übrigen hier berücksichtigten Länder einen eigenständigen Anfechtungsrechtsbehelf der Gläubiger gegen eine sie beeinträchtigende Erbschaftsausschlagung ihres Schuldners vor.[48] Dieser spezielle erbrechtliche Rechtsbehelf hat seinen Ursprung in Art. 788 des französischen *Code civil* von 1804.[49] Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung ermöglicht es den Gläubigern des Ausschlagenden, trotz der Ausschlagung Befriedigung aus dem Nachlass zu erlangen.[50] Durch die An-

---

[45] Vgl. dazu *Hultsch*, Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung im deutschen, US-amerikanischen und dänischen Insolvenzverfahren (2006), 107 ff.

[46] OGH, Urt. v. 13.4.1961, SZ 34/57; Urt. v. 21.11.1933, SZ 15/233 (*obiter dictum*); *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung[5] (2014), Rn. 3/39; Buchegger/*Koziol/Bollenberger*, Österreichisches Insolvenzrecht I[4] (2000), § 36 Rn. 6; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973), 301.

[47] Das österreichische Erbrecht folgt dem Antrittsprinzip (vgl. Fn. 21).

[48] Vgl. in *Frankreich*: Art. 779 C.C.; in *Belgien*: Art. 788 C.C.; in *Luxemburg*: Art. 788 C.C.; in den *Niederlanden*: Art. 4:205 BW; in der *Schweiz*: Art. 578 ZGB; in *Italien*: Art. 524 c.c.; in *Spanien*: Art. 1001 c.c.; in *Polen*: Art. 1024 *Kodeks cywilny*.

[49] Art. 788 C.C. 1804 lautete: „Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place.

Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances: elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé."

[50] Vgl. zu *Belgien*: Coene/Pintens/Vastersavendts/*Du Mongh/Declerck*, Commentaar Erfenissen, schenkingen en testamenten, Art. 788 BW (Stand: 20.11.2003), Rn. 20. Vgl. zu *Italien*: Cuffaro/Delfini/*Pelosi*, Commentario del codice civile, Delle successioni (2009), Art. 524 Rn. 3; Cendon/*Sciarrino*, Commentario al Codice Civile, artt. 456–712 (2009), 438 f. Vgl. zu *Spanien*: Bercovitz Rodríguez-Cano/*Colina Garea*, Comentarios al Código Civil[3] (2009), Art. 1001 Rn. 4. Vgl. zu *Polen*: Art. 1024 Abs. 1, 532 *Kodeks cywilny*. In der *Schweiz* führt die Anfechtung zur amtlichen Liquidation der Erbschaft (Art. 578 Abs. 2 ZGB), dazu *Schwander*,

fechtung wird der Schuldner jedoch nicht wieder zum Erben; die Ausschlagung entfaltet nur den Gläubigern gegenüber keine Wirkung.[51] Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der Anfechtung sind in den einzelnen Rechtsordnungen zum Teil unterschiedlich geregelt.[52] Im Insolvenzverfahren besteht jedoch weitgehend Einigkeit, dass der Verwalter diesen zivilrechtlichen Anfechtungsrechtsbehelf gegen Erbschaftsausschlagungen erheben kann, die der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung erklärt hat.[53] In der Schweiz und in Frankreich ist

---

in: Basler Kommentar ZGB II[4] (2011), Art. 578 Rn. 10 f. Vgl. zu Frankreich eingehend Teil 1 § 2 B. II. 1. (S. 136) zu den Niederlanden eingehend Teil 1 § 3 C. I. 1. a) (S. 251).

[51] Vgl. zu *Belgien*: Coene/Pintens/Vastersavendts/*Du Mongh/Declerck*, Commentaar Erfenissen, schenkingen en testamenten, Art. 788 BW (Stand: 20.11.2003), Rn. 20; *Delnoy*, Répertoire Notarial III-1/2 (1994), Rn. 265; *de Page/Dekkers*, Traité élémentaire de droit civil belge IX[2] (1974), Rn. 777. Vgl. zur *Schweiz*: *Schwander*, in: Basler Kommentar ZGB II[4] (2011), Art. 578 Rn. 2, 11. Vgl. zu *Italien*: Cendon/*Sciarrino*, Commentario al Codice Civile, artt. 456–712 (2009), 438; *Bonilini*, Diritto delle successioni (2004), Rn. 80; *Fischer*, Vonselbsterwerb und Antrittserwerb (1996), 114. Vgl. zu *Spanien*: Bercovitz Rodríguez-Cano/*Colina Garea*, Comentarios al Código Civil[3] (2009), Art. 1001 Rn. 4.

[52] Hier sei nur erwähnt, dass die Anfechtung in Frankreich, Belgien, der Schweiz und Polen den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners voraussetzt, während man auf dieses subjektive Tatbestandsmerkmal in Italien, Spanien und den Niederlanden verzichtet. Vgl. einerseits zur *Schweiz* Art. 578 Abs. 1 ZGB: „Hat ein überschuldeter Erbe die Erbschaft zu dem Zwecke ausgeschlagen, dass sie seinen Gläubigern entzogen bleibe, […]“, dazu *Schwander*, in: Basler Kommentar ZGB II[4] (2011), Art. 578 Rn. 2; *Picenoni*, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht III[2] (1964), Art. 578 Rn. 15; zu *Polen* Art. 1024 Abs. 1 *Kodeks cywilny*: „Hat der Erbe die Erbschaft zum Zwecke einer Benachteiligung seiner Gläubiger ausgeschlagen, […]“ (deutsche Übersetzung von *Lane/Gralla*, in: *Breidenbach*, Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa II, PL 200, Stand: 1.7.2012); zu *Frankreich* (einschließlich Belgien) ausführlich unten Teil 1 § 2 B. II. 3 b) (S. 143 ff.). Vgl. andererseits zu *Italien* Art. 524 Abs. 1 c.c.: „Se taluno rinunzia, benché senza frode, […].“; zu *Spanien*: *Rivas Martínez*, Derecho de sucesiones III[4] (2009), 2513; Bercovitz Rodríguez-Cano/*Colina Garea*, Comentarios al Código Civil[3] (2009), Art. 1001 Rn. 2 f.; zu den *Niederlanden* ausführlich unten Teil 1 § 3 C. I. 1. c) (S. 257).

[53] Vgl. zur *Schweiz*: *Schwander*, in: Basler Kommentar ZGB II[4] (2011), Art. 578 Rn. 6; *Amonn/Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts[8] (2008), § 40 Rn. 17; *Walder*, FS Solida (1994), 339 (344 f.); *Picenoni*, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht III[2] (1964), Art. 578 Rn. 11. Vgl. zu *Italien*: Tribunale di Napoli, Urt. v. 21.10.1976, Giustizia civile 1976, I, 1703 (1705); Maffei Alberti/*Tescaro/Zaccaria*, Commentario breve alla legge fallimentare[6] (2013), Art. 42 V Rn. 20; Cuffaro/Delfini/*Pelosi*, Commentario del codice civile, Delle successioni (2009), Art. 524 Rn. 2; Cendon/*Sciarrino*, Commentario al Codice Civile, artt. 456–712 (2009), 436. Vgl. zu *Polen*: *Lowitzsch*, in: Breidenbach, Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa II, PL D.XII. Rn. 225 f. (Stand: Februar 2012). In *Belgien* befürwortet man hingegen die Insolvenzanfechtung der Ausschlagung als unentgeltliche Leistung (Art. XX.111 Nr. 1 *Code de droit économique*), vgl. Tribunal civil d'Arlon, Urt. v. 5.10.1984, J.L. 1984, 630; *Puelinckx-Coene/Verstraete*, TPR 1988, 907 (975 f.); für die *actio Pauliana* dagegen *Delnoy*, Répertoire Notarial III-1/2 (1994), Rn. 110.

die Anfechtung darüber hinaus auch gegen Ausschlagungen zulässig, die der Schuldner während des Insolvenzverfahrens wirksam erklärt.[54] Die Anfechtung hat zur Folge, dass die Insolvenzmasse trotz der Erbschaftsausschlagung des Schuldners auf den Nachlass zugreifen kann.

C. Erbschaftsausschlagung und Restschuldbefreiung

Schließlich kann der Schuldner im Unterschied zum deutschen Recht in einigen der behandelten Rechtsordnungen nur dann Restschuldbefreiung erlangen, wenn er eine ihm angefallene werthaltige Erbschaft annimmt.

Im *österreichischen* Restschuldbefreiungsverfahren trifft den Schuldner ausdrücklich die Obliegenheit, keinen Vermögenserwerb von Todes wegen zu unterlassen und das auf diese Weise erworbene Vermögen vollständig herauszugeben (§ 210 Abs. 1 Nr. 2, 4 IO).[55] Eine Erbschaftsausschlagung führt demnach zur Versagung der Restschuldbefreiung.[56]

Im *tschechischen* Restschuldbefreiungsverfahren durch Erfüllung eines Ratenkalenders[57] ist eine Ausschlagung, die der Schuldner ohne die Zustimmung des Verwalters erklärt, nichtig (§ 412 Abs. 3 tschechisches Insolvenzgesetz). Darüber hinaus trifft den Schuldner im Rahmen dieses Verfahrens die Obliegenheit, Werte, die er aufgrund einer Erbschaft erlangt, zu verwerten und den Erlös über den Rahmen des Ratenkalenders hinaus zur Gläubigerbefriedigung einzusetzen (§ 412 Abs. 1 lit. b tschechisches Insolvenzgesetz).

In den *Niederlanden* gelten im Schuldsanierungsverfahren für natürliche Personen (*schuldsaneringsregeling*, Art. 284 ff. Fw.) schließlich dieselben Grundsätze wie im Insolvenzverfahren (*faillissement*): Der Treuhänder kann Erbschaften des Schuldners mit dem Vorbehalt der Inventarerrichtung annehmen oder mit Ermächtigung des beauftragten Insolvenzrichters ausschlagen (Art. 313 Abs. 1, 41 Fw.).[58]

Vgl. zur Anfechtung durch den Insolvenzverwalter in *Frankreich* unten Teil 1 § 2 C. I. 3. (S. 189 ff.), in den *Niederlanden* unten Teil 1 § 3 C. I. 3. (S. 262 ff.).

[54] Vgl. oben bei Fn. 44. Je nach dem, welchem Ansatz man zum italienischen Recht folgt, entspricht dies auch der Rechtslage in Italien, vgl. oben § 2 A. (S. 8 f.).

[55] Diese Regelung befürworten aus deutscher Perspektive *Thora*, ZInsO 2002, 176 (177); *Leipold*, FS Gaul (1997), 367 (378 f.); *Windel*, KTS 1995, 367 (406).

[56] Konecny/Schubert/*Mohr*, § 210 (Stand: 1998) Rn. 10 m. w. N.

[57] Die Restschuldbefreiung, die nur Nichtunternehmern offensteht, kann durch Verwertung der Insolvenzmasse oder durch die Erfüllung eines fünfjährigen Ratenkalenders erfolgen, während dessen Laufzeit der Schuldner monatlich einen bestimmten Betrag zur Gläubigerbefriedigung leistet, § 398 tschechische Insolvenzordnung (vgl. oben Fn. 31).

[58] Vgl. eingehend zu den Auswirkungen der Ausschlagung auf die Erteilung der Restschuldbefreiung nach niederländischem Recht unten Teil 1 § 3 D. (S. 265 ff.).

D. Zwischenstand

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die erbrechtliche Entscheidungsfreiheit des Schuldners in der Insolvenz in keiner der uns umgebenden Rechtsordnungen einen vergleichbaren Schutz erfährt wie in Deutschland. In allen hier betrachteten Ländern wird das Ausschlagungsrecht des Schuldners zugunsten des Befriedigungsinteresses der Gläubiger in irgendeiner Form eingeschränkt. Damit drängt sich die Frage auf, aus welchen Gründen das deutsche Recht an dieser Stelle einen Sonderweg geht und ob eine derart weitgehende Privilegierung des Schuldners gerechtfertigt ist.

§ 3 Ziel, Methode und Gang der Untersuchung

Diesen Befund nimmt die Arbeit zum Anlass, um die insolvenzrechtliche Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts einer näheren rechtsvergleichenden Untersuchung zu unterziehen. Dazu werden dem deutschen Recht das französische und das niederländische Recht gegenübergestellt.

A. Rechtsvergleichender Ansatz

Ziel des Rechtsvergleichs ist es, den skizzierten deutschen Lösungsansatz in der Gegenüberstellung mit anderen Rechtsordnungen auf seine Tragfähigkeit hin zu überprüfen. Sofern sich für das deutsche Recht ein Reformbedarf feststellen lässt, sollen auf rechtsvergleichender Grundlage Reformüberlegungen zur Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts im deutschen Insolvenzrecht angestellt werden.

Zu diesem Zweck wählt die Arbeit einen funktionalen Ansatz.[59] Gegenstand des Vergleichs ist danach, wie verschiedene Rechtsordnungen ein bestimmtes Problem lösen. Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung ist die Frage, wie sich die Eröffnung eines Kollektivverfahrens in den verschiedenen Rechtsordnungen auf das Recht des Schuldners auswirkt, einen Erwerb von Todes wegen anzunehmen oder auszuschlagen, und wie Ausschlagungen behandelt werden, die der Schuldner bereits im Vorfeld des Kollektivverfahrens erklärt hat. Dabei wird auch untersucht, ob sich die Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs auf die Restschuldbefreiung des Schuldners auswirkt. Die Arbeit legt nicht die Vermutung zugrunde, dass verschiedene Rechtsordnungen für das gleiche Pro-

[59] Vgl. grundlegend zur funktionalen Rechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung[3] (1996), 33 ff.

blem in der Regel zu ähnlichen Lösungen gelangen (*praesumtio similitudinis*),[60] sondern wählt bewusst Rechtsordnungen aus, die unterschiedliche Ansätze verfolgen.[61] In der Konfrontation mit anderen Lösungsmodellen soll der deutsche Ansatz kritisch hinterfragt werden. Leitfrage bei der Bewertung der verschiedenen Lösungsansätze ist, inwieweit ein ausgewogener Ausgleich zwischen den in der Insolvenz des Erben oder Vermächtnisnehmers widerstreitenden Schuldner- und Gläubigerinteressen gelingt.[62]

Schließlich bieten die ausgewählten Vergleichsrechtsordnungen Regelungsalternativen, die als Anregung für eine Reform des deutschen Rechts dienen können. Dabei sollen Lösungen fremder Rechtsordnungen keineswegs unbesehen in das deutsche Recht „transplantiert" werden. Lösungsansätze ausländischer Rechtsordnungen können lediglich als Inspirationsquelle für den inländischen Gesetzgeber dienen. Ansonsten drohen rechtsvergleichende Reformvorschläge systemfremde Gebilde hervorzubringen, die letztlich nicht fruchten und den Zweck der Reform verfehlen. Demgegenüber geht es zu weit, die Möglichkeit des Transfers bestimmter Lösungen von einer Rechtsordnung in die andere *a priori* abzulehnen,[63] zeigt die Geschichte doch, dass sich verschiedene Rechtsordnungen schon immer gegenseitig beeinflusst haben.[64] Das verbreitete Schlagwort der „*legal transplants*" darf somit nicht wörtlich genommen werden, sondern das zu übertragende Konzept ist an die Eigenheiten der Zielrechtsordnung anzupassen.[65]

Die Reformüberlegungen sollen daher vom Ergebnis her gedacht werden. Wenn die rechtsvergleichende Gegenüberstellung ergibt, dass eine der verglichenen Rechtsordnungen den beschriebenen Interessenkonflikt auf überzeugende-

---

[60] So *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung[3] (1996), 39. Vgl. zur Kritik an diesem Ansatz *De Coninck*, RabelsZ 74 (2010), 318 (335) m. w. N.; *Husa*, RabelsZ 67 (2003), 419 (424 f.). Nach *Michaels*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law (2006), 339 (371), wird der Begriff der Ähnlichkeit missverstanden; er versteht Ähnlichkeit im Sinne funktionaler Äquivalenz; dem folgend *Piek*, ZEuP 2013, 60 (73 f.).

[61] Dazu sogleich unter B. (S. 16).

[62] Vgl. zu den Grenzen der funktionalen Methode bei der Bewertung der verglichenen Rechtsordnungen *Piek*, ZEuP 2013, 60 (82 f.); *Michaels*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law (2006), 339 (373 ff.): Da die Funktion bereits dazu diene, Vergleichbarkeit herzustellen, könne sie nicht als Bewertungsmaßstab herhalten. Dieser müsse außerhalb der untersuchten Funktion gefunden werden.

[63] So *Legrand*, The Impossibility of ‚Legal Transplants', 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. (1997), 111 ff.

[64] *Watson*, 44 Am. J. Comp. L. (1996), 335 ff.; *ders*., 37 Cambridge L.J. (1978), 313 ff., *ders*., Legal Transplants (1974), 21 ff.; *Sacco*, 39 Am. J. Comp. L. (1991), 343 (394 ff.); *Kahn-Freund*, 37 Mod. L. Rev. (1974), 1 ff.

[65] *Kramer*, JZ 2017, 1 (3); *Teubner*, 61 Mod. L. Rev. (1998), 11 (12); *Örücü*, 51 Int. & Comp. L. Q. (2002), 205 (207) spricht daher von „transposition".

re Weise auflöst als das deutsche Recht, ist in einem nächsten Schritt zu überlegen, wie dieses Ergebnis im deutschen Recht erreicht werden kann. Bei der Wahl der Mittel zur Umsetzung des Reformziels muss der Blick daher wieder auf das deutsche Recht gerichtet werden. Es ist dann zu untersuchen, mit welchen Mechanismen das gewünschte Ergebnis auf systemkonforme Weise hergestellt werden kann.

B. Auswahl der Rechtsordnungen für den Rechtsvergleich

Konkret stellt die Arbeit dem deutschen Recht das französische und das niederländische Recht gegenüber. Diese drei Rechtsordnungen bilden die gesamte Bandbreite der skizzierten Lösungsansätze zur Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts in der Insolvenz ab: Während das niederländische Recht einen dem deutschen Recht diametral entgegengesetzten Weg einschlägt, indem es dem Schuldner die Entscheidungsbefugnis über die Annahme oder Ausschlagung im Insolvenzverfahren vollständig entzieht,[66] geht das französische Recht einen Mittelweg. Einerseits belässt es dem Schuldner die Entscheidungsbefugnis über die Annahme oder Ausschlagung, räumt dem Insolvenzverwalter andererseits aber das Recht ein, die Ausschlagung anzufechten.[67] Dieser Dreiklang der Modelle eignet sich als Ausgangspunkt, um die möglichen Lösungswege zur Behandlung des Ausschlagungsrechts in der Insolvenz aufzuzeigen, einander gegenüberzustellen und zu bewerten.

Der Vergleich des deutschen, französischen und niederländischen Rechts verspricht auch deswegen reichhaltige Erkenntnisse, weil diese drei Nachbarrechtsordnungen historisch eng miteinander verwoben sind. Sie haben sich bereits in der Vergangenheit auf vielfältige Weise gegenseitig beeinflusst. Prägend wirkten insbesondere die napoleonischen Kodifikationen, die über die französische Herrschaft hinaus sowohl in den Niederlanden[68] als auch in einigen Teilen des deutschen Reiches[69] gegolten und die Entwicklung dieser Rechtsordnungen entscheidend mitbeeinflusst haben.

So schloss das niederländische *Burgerlijk Wetboek* von 1838 an die französische Rechtstradition an, indem es den französischen *Code civil* von 1804 in

---

[66] So i. E. auch das österreichische, dänische, polnische, belgische und spanische sowie nach hier vertretener Ansicht das italienische Recht, vgl. oben Einleitung § 2 A. (S. 5 ff.).

[67] So auch das schweizerische Recht vgl. oben Einleitung § 2 A. (S. 10).

[68] Vgl. zur Geltung des *Code civil* in den Niederlanden unten Teil 1 § 3 A. I. (S. 221, Fn. 927).

[69] Der *Code civil* von 1804 hat im linksrheinischen Gebiet sowie in deutscher Übersetzung als „Badisches Landrecht“ im Großherzogtum Baden bis zum Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 (vgl. Art. 1 EGBGB) gegolten.

weiten Teilen übernahm.[70] Es wurde erst im Laufe des 20. Jahrhunderts durch eine Neukodifikation abgelöst, die sich einerseits wieder auf altniederländische Rechtstraditionen zurückbesinnt, andererseits aber auch auf umfassenden rechtsvergleichenden Untersuchungen beruht und so unter anderem auch durch das deutsche Recht inspiriert ist.[71] Damit schlägt das niederländische Recht mittlerweile Brücken zwischen dem deutschen und dem französischen Recht. Mit dem neuen *Burgerlijk Wetboek* verfügen die Niederlande heute über ein sehr modernes Privatrecht, das in der deutschen Rechtswissenschaft zu Unrecht nur selten Beachtung findet.

Die breite Strahlkraft des französischen Rechts auf dem europäischen Kontinent zeigt sich im hier behandelten Kontext insbesondere an dem bereits erwähnten Anfechtungsrechtsbehelf gegen Erbschaftsausschlagungen in Art. 788 des *Code civil* von 1804. Er hat weit über die französischen Grenzen hinaus Nachahmung gefunden.[72] Auch dem niederländischen Recht ist ein derartiger Rechtsbehelf bis heute bekannt (Art. 4:205 BW). Trotz der breiten Rezeption dieser französischen Regelung hat man sich in Deutschland, wo eine vergleichbare Vorschrift fehlt, bisher nur selten mit dem französischen Modell auseinandergesetzt.[73] Dies überrascht umso mehr, als bereits das Reichsgericht in seiner Grundsatzentscheidung zur Unanfechtbarkeit der Ausschlagung explizit auf die französische Anfechtungsvorschrift eingegangen ist.[74] Das Reichsgericht befand, dass die Regelung für das deutsche Recht schon deshalb keine Aussagekraft habe, da der *Code civil* und das BGB unterschiedliche Konzeptionen des Erbschaftserwerbs zugrunde legten. Diese These gilt es kritisch zu würdigen.[75]

Trotz der Existenz eines eigenständigen zivilrechtlichen Anfechtungsrechtsbehelfs gegen Erbschaftsausschlagungen (Art. 788 C.C. 1804) war die Behandlung des Ausschlagungsrechts *in der Insolvenz* in Frankreich lange Zeit unge-

---

[70] *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung[3] (1996), 100; *Hartkamp*, RabelsZ 57 (1993), 664 (665); *Hondius*, AcP 191 (1991), 378 (382); Coing/*Holthöfer*, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. 3/1 (1982), 1268 f.

[71] Vgl. zu Ähnlichkeiten zum deutschen Recht *Drobnig*, ERPL 1993, 171 (187 f.). S. auch Teil 1 § 3 A. I. (S. 221 ff.).

[72] Z. B. in Belgien (Art. 788 C.C.), Luxemburg (Art. 788 C.C.), den Niederlanden (Art. 4:205 BW), der Schweiz (Art. 578 ZGB), Italien (Art. 524 c.c.), Spanien (Art. 1001 c.c.) und Polen (Art. 1024 *Kodeks cywilny*).

Vgl. dazu oben Einleitung § 2 B. (S. 11).

[73] Bislang hat sich nur *Christandl*, ZEuP 2011, 779 (793 ff.), näher mit dem französischen Modell auseinandergesetzt. Sympathie für den französischen Ansatz äußert auch *Frank*, FS Leipold (2009), 983 (984 f., 995), ohne sich jedoch näher damit zu befassen.

[74] RG, Urt. v. 17.4.1903 – VII. 16/03, RGZ 54, 289 (296).

[75] Vgl. Teil 2 § 2 (S. 284 ff.).

klärt. Die *Cour de Cassation* erhielt erst im Jahr 2006 Gelegenheit, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Entgegen der bislang herrschenden Ansicht haben die höchsten Richter die Ausschlagungsbefugnis in der Insolvenz nicht dem Verwalter, sondern dem Schuldner zuerkannt.[76] Der oben skizzierte französische Lösungsansatz ist dementsprechend noch recht jung. Vor diesem Hintergrund erscheint eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Konzept nun auch aus deutscher Perspektive angezeigt.

Ergänzend zum französischen Recht wird das belgische Recht berücksichtigt, das seinen französischen Ursprüngen bis heute in weiten Teilen treu geblieben ist. Im Gegensatz zu Frankreich[77] ist das Erbrecht des *Code civil* in Belgien bislang nicht wesentlich reformiert worden.[78] Einen Erkenntnisgewinn verspricht der Blick auf Belgien daher insbesondere bei der Auslegung des Anfechtungsrechtsbehelfs gegen Erbschaftsausschlagungen (Art. 788 C.C.).

C. Untersuchungsgegenstand

Gegenstand der Untersuchung ist die Ausschlagung einer werthaltigen Erbschaft oder eines Vermächtnisses durch den Insolvenzschuldner. In zeitlicher Hinsicht sind dabei drei Phasen zu unterscheiden: Sowohl der Anfall des erbrechtlichen Erwerbs als auch die Ausschlagung können vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, während des Insolvenzverfahrens oder während der Wohlverhaltensperiode im Restschuldbefreiungsverfahren erfolgen.

In persönlicher Hinsicht beschränkt sich die Untersuchung auf natürliche Personen. Zwar sind auch juristische Personen sowie Personengesellschaften erbfähig,[79] sodass sich die Frage nach der erbrechtlichen Ausschlagungsbefugnis auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft stellen kann.[80] Der hier untersuchte Konflikt zwischen der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners und dem Befriedigungsinteresse der Gläubiger wird jedoch – nicht zuletzt aufgrund der drohenden Restschuldbefreiung des

---

[76] Vgl. dazu Teil 1 § 2 B. III. 1. b) (S. 164 ff.).

[77] Vgl. die Erbrechtsreform durch das Gesetz Nr. 2006-728 vom 23.6.2006, J.O. vom 24.6.2006, S. 9513.

[78] Vgl. jüngst aber das Gesetz vom 31.7.2017, Moniteur belge vom 1.9.2017, S. 81578. Durch diese Erbrechtsreform wird insbesondere die Testierfreiheit des Erblassers gestärkt, vgl. den Gesetzesvorschlag vom 25.1.2017, Doc. Parl. 54K2282 (abrufbar unter www.lachambre.be → *documents*). Der erbrechtliche Anfechtungsrechtsbehelf des Art. 788 C.C. (vgl. bereits S. 11 bei Fn. 48) ist durch diese Reform jedoch unberührt geblieben.

[79] Dies folgt aus ihrer Rechtsfähigkeit, vgl. MüKo-BGB/*Leipold*, § 1923 Rn. 33 ff.

[80] Einen (wohl seltenen) Fall aus der Praxis, in dem eine insolvente GmbH zur Alleinerbin eingesetzt wurde, schildern *Hillmann-Stadtfeld/Jüchser*, ZInsO 2014, 1597 ff.

Schuldners – insbesondere in der Privatinsolvenz virulent.[81] Gesellschaftsrechtliche Sonderkonstellationen werden im Folgenden daher nicht berücksichtigt.

Von der hier untersuchten Fallgestaltung ist die Annahme einer *defizitären* Erbschaft durch den Insolvenzschuldner zu unterscheiden. Sie ist nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung. Zwar werden die Interessen der Insolvenzgläubiger auch in diesem Fall beeinträchtigt, da ihnen aufgrund der Konkurrenz mit den Nachlassgläubigern eine niedrigere Befriedigungsquote droht.[82] Der Insolvenzverwalter kann dem nach deutschem Recht allerdings abhelfen, indem er Nachlassverwaltung (§ 1981 BGB) bzw. die Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens (§§ 315 ff. InsO) beantragt und so eine Trennung der Vermögensmassen herbeiführt.[83] Im Ergebnis haftet den Nachlassgläubigern dann aus-

---

[81] *Hillmann-Stadtfeld/Jüchser*, ZInsO 2014, 1597 ff., plädieren dafür, den Anwendungsbereich des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO im Wege einer teleologischen Reduktion auf natürliche Personen zu beschränken. Bei juristischen Personen habe die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs keinen persönlichen, sondern ausschließlich vermögensrechtlichen Charakter, sodass die Entscheidungsbefugnis hier dem Insolvenzverwalter zustehen müsse. Zustimmend K. Schmidt/*Sternal*, § 83 Rn. 9; Uhlenbruck/*Mock*, § 83 Rn. 2; HK-InsO/*Kayser*, § 83 Rn. 2. Ob dies so pauschal gelten kann, ist jedoch zweifelhaft. Insbesondere bei Stiftungen ist denkbar, dass die Frage der Annahme oder Ausschlagung einer Zuwendung von Todes wegen neben der vermögensrechtlichen auch eine ideelle Dimension hat. Man denke beispielsweise an ein Vermächtnis, dessen Gegenstand zwar einen Vermögenswert hat, das jedoch mit dem Stiftungszweck unvereinbar ist.

[82] Dies ist unzweifelhaft der Fall, wenn die Erbschaft dem Schuldner bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens angefallen ist, da die Nachlassgläubiger dann ebenso wie die Eigengläubiger des Erben Insolvenzgläubiger sind (§ 38 InsO), vgl. nur MüKo-InsO/*Schumann*, § 83 Rn. 6 m. w. N. Fällt die defizitäre Erbschaft dem Schuldner hingegen während des Insolvenzverfahrens an, werden seine Eigengläubiger durch die Annahme nur dann der Konkurrenz mit den Nachlassgläubigern ausgesetzt, wenn man letztere mit der herrschenden Meinung auch in diesem Fall als Insolvenzgläubiger i. S. d. § 38 InsO einstuft, so implizit BGH, Urt. v. 11.5.2006 – IX ZR 42/05, BGHZ 167, 352 (Rn. 10 f.); *Schumann*, a. a. O.; BK-InsO/*Blersch/v. Olshausen*, § 83 (Stand: Mai 2009) Rn. 7; Nerlich/Römermann/*Kruth*, § 83 (Stand: Juni 2018) Rn. 5; *Vallender*, NZI 2005, 318 (320). Lehnt man eine Beteiligung der Nachlassgläubiger am Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erben in diesem Fall jedoch ab (so *Fischinger*, Die Beschränkung der Erbenhaftung in der Insolvenz (2013), 48 ff.; *Neher*, Der Erbanfall in der Insolvenz (2011), 139 f.; *Marotzke*, FS Otte (2005), 223 (238 f.); *Messner*, ZVI 2004, 433 (434)), können die Nachlassgläubiger den Eigengläubigern des Erben nicht „gefährlich" werden. Vgl. dazu auch BFH, Urt. v. 5.4.2017 – II R 30/15, BFHE 257, 510, der die Erbschaftssteuer auf einen erbrechtlichen Erwerb des Insolvenzschuldners nach Insolvenzeröffnung als Masseverbindlichkeit einstuft. Für eine Behandlung der Nachlassgläubiger als Massegläubiger *Polonius*, ZVI 2018, 90 (93).

[83] Diese Befugnis des Verwalters folgt aus § 80 InsO, vgl. *Fischinger*, Die Beschränkung der Erbenhaftung in der Insolvenz (2013), 22 f. m. w. N. Nach herrschender Ansicht trifft den Verwalter hinsichtlich des Nachlassinsolvenzverfahrens sogar eine entsprechende Antragspflicht (§ 60 InsO), vgl. BGH, Urt. v. 11.5.2006 – IX ZR 42/05, BGHZ 167, 352 (Rn. 18);

schließlich der Nachlass (§ 1975 BGB), sodass die Eigengläubiger des Erben im Hinblick auf dessen Eigenvermögen keine Konkurrenz zu befürchten haben.

Außer Betracht bleibt auch das Pflichtteilsrecht, da eine Ausschlagung nach deutscher Konzeption insofern nicht möglich ist. § 83 Abs. 1 S. 1 InsO, der im Fokus dieser Untersuchung steht, ist daher auf den Pflichtteilsanspruch nicht anwendbar.[84] Berücksichtigung findet das Pflichtteilsrecht allerdings mit Blick auf das französische Recht, das den Pflichtteil anders als das deutsche Recht nicht als schuldrechtlichen Anspruch, sondern als materielles Noterbrecht ausgestaltet.[85] Die Pflichterben stehen den gesetzlichen Erben in Frankreich damit gleich.[86]

In insolvenzrechtlicher Hinsicht beschränkt sich die Untersuchung auf diejenigen Insolvenzverfahren der verglichenen Rechtsordnungen, die auf die Liquidation des schuldnerischen Vermögens zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung gerichtet sind. Verfahren, die vorrangig die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens bezwecken, werden demgegenüber nicht näher berücksichtigt.[87] Diese Verfahren zielen in der Regel auf die Erarbeitung eines Sanierungsplans ab, sodass die Behandlung eines erbrechtlichen Erwerbs des Schuldners letztlich Verhandlungssache ist und von Verfahren zu Verfahren variieren kann.

D. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in drei Abschnitte. In einem ersten Teil wird die Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts im derzeitigen deutschen, französischen und niederländischen Insolvenzrecht dargestellt. Diese drei unterschiedlichen Lösungsansätze werden einander in einem zweiten, rechtsvergleichenden Teil gegenübergestellt und einer umfassenden Bewertung unterzogen. Leitfrage ist dabei, welchem Modell der ausgewogenste Ausgleich der in der Insolvenz des Erben widerstreitenden Schuldner- und Gläubigerinteressen gelingt. Es wird sich zeigen, dass im deutschen Recht insofern Reformbedarf besteht. In einem dritten Teil wird das im zweiten Teil gefundene Ergebnis umgesetzt. Konkret ist dabei zu untersuchen, mit welchen Mitteln das angestrebte

---

Fischinger, a. a. O., S. 24 ff.; MüKo-InsO/*Schumann*, § 83 Rn. 8 m. w. N.; a. A. *Marotzke*, FS Otte (2005), 223 (232).

[84] Vgl. nur Jaeger/*Windel*, § 83 Rn. 15.

[85] *Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im Internationalen Erbrecht (2008), 108 ff.

[86] Vgl. im Einzelnen unten Teil 1 § 2 A. I. 2. (S. 94 ff.).

[87] Unberücksichtigt bleiben in Deutschland das Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO), in Frankreich insbesondere die *sauvegarde* (Art. L. 620-1 ff. C.com.) sowie das *redressement judiciaire* (Art. L. 631-1 ff. C.com.) und in den Niederlanden die *surséance van betaling* (Art. 214 ff. Fw.).

Ziel im deutschen Insolvenzrecht erreicht werden kann. Zu diesem Zweck werden Maximen gebildet, an denen sich eine Neuregelung der Ausschlagungsbefugnis in der Insolvenz (§ 83 Abs. 1 S. 1 InsO) sowie im Restschuldbefreiungsverfahren (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO) zu orientieren hat. Nach einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung wird abschließend ein konkreter Reformvorschlag formuliert.

Teil 1

Die Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts im deutschen, französischen und niederländischen Insolvenzrecht

Als Grundlage für den Rechtsvergleich sowie die darauf aufbauenden Reformüberlegungen für das deutsche Recht ist im ersten Schritt zu beleuchten, wie das erbrechtliche Ausschlagungsrecht im derzeitigen deutschen, französischen und niederländischen Insolvenzrecht behandelt wird. Entgegen der kodifikationsgeschichtlichen Chronologie wird dabei das deutsche Recht vorangestellt, da es im Fokus der folgenden Untersuchungen und Reformüberlegungen steht (§ 1). Die weitere Darstellung folgt der historischen Entwicklung. Daher wird zunächst das französische Recht behandelt (§ 2), das bis heute auf den napoleonischen Kodifikationen gründet (*Code civil* von 1804, *Code de commerce* von 1807). Anschließend folgen die Niederlande (§ 3), wo unter napoleonischer Herrschaft zunächst ebenfalls das französische Recht gegolten hat.[1] Aus diesem Grund waren auch die niederländischen Gesetzbücher von 1838 (*Burgerlijk Wetboek*, *Wetboek van Koophandel*) stark französisch geprägt. Während sich das niederländische Insolvenzrecht bereits Ende des 19. Jahrhunderts mit der Einführung des *Faillissementswet* vom französischen Recht emanzipiert hat, ist das neue *Burgerlijk Wetboek* erst im Laufe der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in Kraft getreten.

Die Darstellung der jeweiligen Rechtsordnung gliedert sich nach den drei zu unterscheidenden Zeitphasen, in denen die Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs insolvenzrechtliche Bedeutung erlangen kann: *Während* des Insolvenzverfahrens ist zu entscheiden, wem die Befugnis zur Annahme oder Ausschlagung des erbrechtlichen Erwerbs zusteht. Mit Blick auf Ausschlagungen, die der Schuldner bereits *vor* der Verfahrenseröffnung vorgenommen hat, kommt insbesondere die Anfechtung in Betracht. Von besonderer Relevanz für das Befriedigungsinteresse der Gläubiger sind schließlich die Auswirkungen der Aus-

[1] Vor dem Inkrafttreten des *Code civil* im Jahr 1811 hatte ab 1809 im damaligen Königreich Holland unter der Regentschaft von Louis Napoléon, dem Bruder Napoleons, bereits das *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland* gegolten, eine an altniederländische Rechtsgewohnheiten angepasste Version des *Code civil*.

schlagung auf die *Restschuldbefreiung* des Schuldners. Während der Restschuldbefreiung in Deutschland ein eigenständiges Verfahren vorausgeht, schließt sie sich in Frankreich und den Niederlanden direkt an das jeweilige Liquidationsverfahren an.

§ 1 Ausgangspunkt: Rechtslage und Stand der Diskussion in Deutschland

Den Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung bildet die Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts im derzeitigen deutschen Insolvenzrecht. Dreh- und Angelpunkt ist insofern die Vorschrift des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO. Sie bestimmt, wer während des Insolvenzverfahrens befugt ist, einen dem Schuldner angefallenen erbrechtlichen Erwerb anzunehmen oder auszuschlagen (dazu A.). Über seinen eigentlichen Regelungsgehalt hinaus strahlt § 83 Abs. 1 S. 1 InsO aber auch auf die Anfechtbarkeit von Ausschlagungen aus, die der Schuldner bereits im Vorfeld des Insolvenzverfahrens erklärt hat (dazu B.). Auch für das Restschuldbefreiungsverfahren hat der Gesetzgeber die grundlegende Wertung des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO in § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO übernommen (dazu C.).

A. Die Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren

§ 83 Abs. 1 S. 1 InsO weist die Befugnis, eine Erbschaft oder ein Vermächtnis anzunehmen oder auszuschlagen, während des Insolvenzverfahrens ausschließlich dem Schuldner zu:

„Ist dem Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Erbschaft oder ein Vermächtnis angefallen oder geschieht dies während des Verfahrens, so steht die Annahme oder Ausschlagung nur dem Schuldner zu.“[2]

Daraus folgt unmissverständlich, dass der Schuldner die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung des erbrechtlichen Erwerbs auch im Insolvenzverfahren frei treffen kann, ohne auf die Interessen der Insolvenzgläubiger Rücksicht nehmen zu müssen.[3] Weder der Insolvenzverwalter noch die Gläubiger können Einfluss auf die Entscheidung des Schuldners nehmen. Eine Ausschlagung, die der Schuldner während des Insolvenzverfahrens erklärt, ist entgegen der allgemeinen Regel des § 81 Abs. 1 S. 1 InsO wirksam.[4] Dies gilt nunmehr unabhängig davon, ob der erbrechtliche Erwerb dem Schuldner bereits vor

---

[2] § 83 Abs. 1 S. 1 InsO i. d. F. vom 5.10.1994, BGBl. I, S. 2866.

[3] So die allgemeine Ansicht, vgl. nur RG, Urt. v. 27.3.1914 – VII. 412/13, RGZ 84, 342 (347 f.); Jaeger/*Windel*, § 83 Rn. 3; MüKo-InsO/*Schumann*, § 83 Rn. 4; Uhlenbruck/*Mock*, § 83 Rn. 4.

[4] RG, Urt. v. 17.4.1903 – VII. 16/03, RGZ 54, 289 (295) zu § 9 KO; *Christandl*, ZEuP 2011,

der Verfahrenseröffnung angefallen ist oder erst während des Insolvenzverfahrens anfällt.[5] Schlägt der Schuldner die Erbschaft oder das Vermächtnis aus, ist ein Zugriff der Insolvenzmasse auf den Nachlass bzw. die Vermächtnisforderung demnach ausgeschlossen.

Mit Blick auf das Ziel dieser Arbeit, die Angemessenheit der beschriebenen Rechtslage auf rechtsvergleichender Grundlage kritisch zu überprüfen, ist zu untersuchen, wie sich die Regelung des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO historisch entwickelt hat (dazu I.) und wie sie legitimiert wird (dazu II.). Aus der Legitimation des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO ergeben sich nicht zuletzt Konsequenzen für die Zugehörigkeit des erbrechtlichen Erwerbs zur Insolvenzmasse (dazu III.). Inwieweit das deutsche Recht die erbrechtliche Entscheidungsfreiheit des Schuldners im Insolvenzverfahren privilegiert, hängt maßgeblich davon ab, ob der Insolvenzverwalter oder die Insolvenzgläubiger Möglichkeiten haben, auf die Ausschlagungsentscheidung des Schuldners einzuwirken bzw. die Ausschlagung nachträglich zu korrigieren (dazu IV.). Beim Vermächtnis kann der Schuldner den Zugriff seiner Gläubiger auf den erbrechtlichen Erwerb schließlich auch dadurch verhindern, dass er das Vermächtnis dauerhaft nicht annimmt (dazu V.).

Im Rahmen der historischen Entwicklung sowie bei den Legitimationsansätzen zu § 83 Abs. 1 S. 1 InsO überschneidet sich die Argumentation zum Teil mit der Frage, ob die Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs anfechtbar ist. Insofern lässt sich ein Vorgriff auf die Anfechtbarkeit von Ausschlagungen, die der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung erklärt hat (vgl. unten B.[6]), nicht immer vermeiden. Diese argumentative Verflechtung rührt daher, dass die Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren teilweise davon abhängig gemacht wird, ab welchem Zeitpunkt der erbrechtliche Erwerb Teil der Haftungsmasse wird.[7] Diese Frage ist ebenso für die Anfechtung der Ausschlagung von Bedeutung, die eine Schmälerung der Haftungsmasse voraussetzt.

I. Überblick über die Genese des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO

1. Die Unanfechtbarkeit der Ausschlagung im römischen Recht

Auch wenn in diesem Teil die Ausschlagungsbefugnis *während* des Insolvenzverfahrens im Mittelpunkt steht, ist der Blick im Rahmen der historischen

---

779 (780); *Neher*, Der Erbanfall in der Insolvenz (2011), 27; *Fischer*, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht (2002), 374.

[5] Anders noch § 9 KO, da der Neuerwerb während des Konkursverfahrens nach § 1 KO nicht Teil der Konkursmasse war, vgl. dazu sogleich Teil 1 § 1 A. I. 5. (S. 35).

[6] S. 66 ff. Vgl. zur Anfechtung der Ausschlagung während des Insolvenzverfahrens Teil 1 § 1 A. IV. 1. (S. 56).

[7] Vgl. zu dieser noch heute vertretenen Ansicht Teil 1 § 1 A. II. 1. a) (S. 39 ff.)

Rückschau vorab auf das römische *Anfechtungs*recht zu richten. Die römischrechtlichen Wertungen zur Anfechtbarkeit der Ausschlagung außerhalb des Konkurses haben in Deutschland nämlich auch die Beurteilung, wem während des Insolvenzverfahrens die Befugnis über die Annahme oder Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs zusteht, nachhaltig geprägt.[8] Es wird sich zeigen, dass sich die Vorschrift des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO – anders als das französische und das niederländische Recht[9] – letztlich auf die gemeinrechtliche Interpretation des römischen Anfechtungsrechts zurückführen lässt.[10] Um diese Entwicklung einordnen und werten zu können, soll zunächst die Rechtslage im römischen Recht skizziert werden.

Nach römischem Recht konnte die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses durch die Gläubiger des Ausschlagenden nicht mit der *actio Pauliana*[11] angefochten werden.[12] Dies begründeten die Römer damit, dass der Schuldner durch die Ausschlagung nicht sein Vermögen verminderte, sondern lediglich einen ihm angetragenen Erwerb ablehnte.[13]

Nach römischem Erbrecht erwarben die sog. hausfremden Außenerben (*heredes extranei*) die Erbschaft erst durch den Antritt (*aditio hereditatis*), weshalb sie als freiwillige Erben (*heredes voluntarii*) bezeichnet wurden.[14] Wies der *heres volontarius* die ihm angetragene Erbschaft zurück (*repudiare*), verzichtete er nach römischem Verständnis lediglich darauf, sein Vermögen zu vermehren, sodass die Gläubigeranfechtung ausgeschlossen war.[15]

Demgegenüber erwarben die sog. Hauserben (*heredes sui*) die Erbschaft unmittelbar mit dem Tod des Erblassers. Sie waren Zwangserben (*heredes necessarii*), doch wurde ihnen mit der Zeit das Recht eingeräumt, die Erbschaft aus-

---

[8] Noch heute finden sich Argumentationslinien des römischen Anfechtungsrechts beim erbrechtlichen Legitimationsansatz zu § 83 Abs. 1 S. 1 InsO wieder, vgl. Teil 1 § 1 A. II. 1. a) (S. 39 ff.).

[9] Das französische und das niederländische Recht haben dem römischen Modell im Laufe der Zeit den Rücken gekehrt. Vgl. zu Frankreich Teil 1 § 2 B. II. 3. c) (S. 148 f.); zu den Niederlanden Teil 1 § 3 C. I. 1. (S. 249 ff.).

[10] Vgl. zum gemeinen Recht sogleich Teil 1 § 1 A. I. 2. (S. 29).

[11] Diese Bezeichnung geht zurück auf *Paulus*, D. 22, 1, 38, 4. Unter Romanisten umstritten ist allerdings, ob diese *actio* und damit auch der Begriff der „*actio Pauliana*“ aus der klassischen Zeit stammt oder auf einer Interpolation beruht, vgl. *Grevesmühl*, Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischen Recht (2003), 58 ff.

[12] *Ulpian*, D. 42, 8, 6, 2 (Erbschaft), D. 42, 8, 6, 4 (Vermächtnis).

[13] *Ulpian*, D. 42, 8, 6, 2: „Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non suum proprium patrimonium deminuit.“

[14] *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht[21] (2017), § 71 Rn. 4.

[15] *Ulpian*, D. 42, 8, 6, 2.

zuschlagen (*beneficium abstinendi*).[16] Auch der Vermächtnisnehmer erwarb das Vermächtnis (*legatum*) automatisch mit dem Eintritt der Erbfolge.[17] Durch die Ausschlagung gab er also ein bereits erworbenes Recht auf.[18] Obwohl sowohl die Ausschlagung des Vermächtnisnehmers als auch die des *heres necessarius* somit zu einer Vermögensminderung führte, hielten die Römer die Ausschlagung in beiden Fällen für anfechtungsfest.[19] Nach römischem Verständnis stellte sich die Rechtsposition der *heredes necessarii* und der Vermächtnisnehmer bis zur endgültigen Entscheidung über die Ausschlagung scheinbar als unvollkommen und damit noch nicht als vermögensrelevant dar. Dies wurde zumindest für das Vermächtnis damit begründet, dass die Ausschlagung auf den Zeitpunkt des Erwerbs zurückwirkte.[20] Im Fall der Ausschlagung galt das Vermächtnis als niemals angefallen.[21] Aufgrund der daraus resultierenden Vorläufigkeit

---

[16] *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht[21] (2017), § 71 Rn. 3.

[17] *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht[21] (2017), § 76 Rn. 13.

[18] Aus diesem Grund musste die Ausschlagung eines vermachten Grundstücks durch einen Pupillen nach römischem Recht durch den Prätor genehmigt werden, vgl. *Ulpian*, D. 27, 9, 5, 8: „Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat."

[19] Vgl. zum Vermächtnis *Ulpian*, D. 42, 8, 6, 4: „Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Iulianus quoque scribit."

Vgl. zum *heres necessarius Valens*, D. 36, 1, 69, 2: „Sed et filius suus heres patri rogatus sit a patre hereditatem mihi restituere, cum suorum creditorum fraudandorum consilium inisset, tamquam suspectam ex decreto praetoris restituerit mihi, vix fraudatorio interdicto locus erit, quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint: nisi forte proprii creditores filii audiri debeant, si postulent, ut dimissis patris eius bona vendere sibi permittatur."

[20] Vgl. *Grevesmühl*, Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischen Recht (2003), 98 f.; *Ankum*, De geschiedenis der „actio Pauliana" (1962), 88 f., die insofern auf folgende Digestenstelle zur Unanwendbarkeit der der *actio Pauliana* verwandten *actio Fabiana* verweisen, *Ulpian*, D. 38, 5, 1, 6: „et ait Iulianus libro vicensimo sexto digestorum, si hereditatem libertus non adierit fraudandi patroni causa vel legatum reppulerit, Favianam cessare: quod mihi videtur verum. Quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est." Vgl. zur Überzeugungskraft der Argumentation mit der Rückwirkungsfiktion unten Teil 1 § 1 A. II. 1 b) (S. 42 f.).

Ob man auch hinsichtlich der *heredes necessarii* mit der Rückwirkung der Ausschlagung argumentierte, ist nicht ganz deutlich. Dafür *Ankum*, De geschiedenis der „actio Pauliana" (1962), 87, der allerdings darauf hinweist, dass sich die Frage nach der Anfechtbarkeit der Ausschlagung insofern nicht oft gestellt haben wird, da die Ausschlagung dem *heres necessarius* nur bei Überschuldung der Erbschaft gestattet war (*Ankum*, a. a. O., Fn. 4). Dann schied die Anfechtung der Ausschlagung ohnehin mangels Gläubigerbenachteiligung aus.

[21] So die vermittelnde Ansicht *Julians*, auf die sich *Ulpian*, D. 42, 8, 6, 4, beruft: „Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Iulianus quoque scribit." Vgl. dazu *Grevesmühl*, Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht (2003), 99.

des Vermächtniserwerbs sprachen die Römer der Ausschlagung in anfechtungsrechtlicher Hinsicht jegliche vermögensrechtliche Relevanz ab.[22]

2. Rechtslage vor Inkrafttreten der Reichskonkursordnung 1877

Vor Inkrafttreten der Konkursordnung für das Deutsche Reich am 1. Oktober 1879[23] wurde die Frage, wem das erbrechtliche Ausschlagungsrecht im Konkursverfahren[24] zustand, in den einzelnen Partikularrechten sowie dem subsidiär geltenden gemeinen Recht sehr unterschiedlich beurteilt.[25]

Unter Geltung des gemeinen Rechts ging man ganz überwiegend davon aus, dass der Schuldner auch während des Konkursverfahrens frei über die Annahme oder Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs entscheiden konnte.[26] Diese Auffassung stützte sich auf den soeben beschriebenen römisch-rechtlichen Grundsatz, dass die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses durch die Gläubiger des Ausschlagenden nicht mit der *actio Pauliana* angefochten werden konnte.[27] Im gemeinen Recht übertrug man diese anfechtungsrechtlichen Wertungen des römischen Rechts auf das Konkursverfahren: Da sich die Ausschlagung als bloße – unanfechtbare – Zurückweisung eines angetragenen Erwerbs darstelle, sei sie während des Konkursverfahrens auch nicht von der Verfügungs- bzw. Veräußerungsbeschränkung des Schuldners erfasst.[28]

---

[22] Auch in der rechtswissenschaftlichen Rezeption von *Ulpian*, D. 42, 8, 6, 4, ist die Unanfechtbarkeit der Vermächtnisausschlagung in den folgenden Jahrhunderten meist auf die Rückwirkung der Ausschlagung zurückgeführt worden, vgl. die ausführliche Darstellung bei *Ankum*, De geschiedenis der „actio Pauliana" (1962), 130 (Glossatoren), 177 f. (Postglossatoren), 208 (Humanisten), 248 f. (*usus modernus*).

[23] Konkursordnung vom 10.2.1877, RGBl., S. 351. Vgl. zum Inkrafttreten § 1 des Einführungsgesetzes zur KO (RGBl. 1877, S. 390) i. V. m. § 1 EGGVG (RGBl. 1877, S. 77).

[24] Vgl. zu den verschiedenen partikularrechtlichen Bezeichnungen des Gesamtverfahrens die Begründung des Entwurfs einer KO, S. 14, abgedruckt bei *Hahn*, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen IV (1881), 44.

[25] Der folgende Überblick erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ergänzend sei auch auf die historischen Übersichten bei *Holzer*, NZI 2019, 441 ff., und *Neher*, Der Erbanfall in der Insolvenz (2011), 9 ff., hingewiesen.

[26] RG, Urt. v. 16.4.1881 – I. 222/80, RGZ 4, 171 (174); *Schmid*, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses III (1845), 224 (Fn. 12); *Bayer*, Theorie des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte (1836), § 23; *Schweppe*, System des Concurses der Gläubiger (1829), § 38. Vgl. auch *Fecht*, Das Concurs-Verfahren in Württemberg (1860), 34 f., zur Rechtslage in Württemberg, wo insofern das gemeine Recht galt (*Fecht*, a. a. O., 28). A. A. *Dabelow*, Lehre vom Concurse der Gläubiger (1801), 459 f.

[27] Vgl. Teil 1 § 1 A. I. 1. (S. 26).

[28] Vgl. die Nachweise in Fn. 26. A. A. hingegen *Dabelow*, Lehre vom Concurse der Gläubiger (1801), 459 f.: Die Gläubiger könnten ein Erwerbsrecht des Schuldners ausüben, wenn