

Vortrag f. d.
Institut für Insolvenzrecht Hannover (24.05.2023)

Aktuelles zur Nachlassinsolvenz und Erbenermittlung

RA/FA Ins- u. SanierungsR/Zert. Testamentsvollstrecker (AGT)

Christian Weiß

WELLENSIEK 

Rechtsanwälte u. Insolvenzverwalter

Ihr heutiger Referent: „Nachlass & Insolvenz“

- **Nachlass-Insolvenzen**
- **Nachlasspflegschaft – Nachlassverwaltung – Testamentvollstreckung**
- Nachlassabwicklung insbesondere per Erbschaftskauf – Generalvollmacht
- (Konsiliarische) Beratung von Insolvenzverwaltern/Erbrechtlern/Steuerberatern/Banken...
insbesondere bei
 - Erbrechtsbezug
 - Insolvenzrechtsbezug
 - Unternehmen/Unternehmensteilen im Nachlass
 - Auslandsbezug
 - Daten/Bitcoin
 - Sondervermögen wie Pferde etc.

INdat Report 03_2021 (50) zum Nachlassinsolvenzverfahren

„Schattendasein einer komplexen Spezialmaterie“; insbes.:

- Auseinandersetzung des IV mit Erben/Pflichtteilsberechtigten kompliziert
- Rechtsmaterie Erbrecht seit 1900 kaum geändert
- Sonderansprüche (des Nachlass) gegen Erben wie GoA (gegen vorl. Erben) bzw. Auftragsrecht (gegen endgültigen Erben), § 1978 BGB
- Keine Stundung und oftmals IAntragstellung nur zur Enthftung der Erben
- In 20% der Verfahren 1.000 Tage oder mehr seit Erbfall bis zur IEröffnung (S. 50)
Praxisbeispiel: Erblasser in 1950er/1970er Jahren verstorben!
- Empathie und kriminalistischer Spürsinn erforderlich (S. 51)
- Die Lebensversicherung kann für Nachlassmasse sorgen (S. 53)
Praxisbeispiel: Kontoauszüge/Steuerkonten pp. so weit wie möglich zurück und jedenfalls letztes/erstes Quartal eines Jahres sichten lassen: Abbuchungen (wofür?) und Erstattungen?

➔ entsprechendes/regelmäßig (erbrechtlich) geschultes SB-Team/Tabelle sowie Be-/Verwerter (Kunst, Pelze pp.) erforderlich!

Denn z. B.:

- Ansprüche GoA/Auftragsrecht (s. o.). für Nachlassverwaltung

Praxisbeispiel: Ansprüche aus §§ 1978f.; 1980 bzw. 1959 BGB in 2021 bei uns in 57,4% der Insolvenzverfahren realisiert!

- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
211 Ablaufhemmung in Nachlassfällen:

*„Die Verjährung eines **Anspruchs, der zu einem Nachlass gehört oder sich gegen einen Nachlass richtet**, tritt nicht vor dem Ablauf von **sechs Monaten nach dem Zeitpunkt** ein, in dem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder **das Insolvenzverfahren über den Nachlass eröffnet wird oder von dem an der Anspruch von einem oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann**. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.“*

(Quelle https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_211.html, abgerufen 23.03.2023)

Praxis-Fälle zum Erb-/InsoR

- Im Verbraucherinsolvenzverfahren erbt Schuldnerin 100.000,00 € von belgischem Onkel: nach tel. Abstimmung mit Büro des IV/Insolvenzgerichts zahlt sie die größten Gläubiger und gibt einige tausend € für sich aus.
 - (Zwischen-) Ergebnis: Strafanzeige des IV
 - Ergebnis: beide Verfahren (vor Eröffnung des strafrechtlichen Hauptverfahrens) eingestellt.
- Nachlasspfleger „über“ in deckungsgleicher Höhe belastete Immobilie, die einige Jahrzehnte unbekannt war, stellt Insolvenzantrag – auch um angedrohte Zwangsvollstreckung durch die Gemeinde in den Nachlass zu verhindern.
- Pflichtteilsanspruch – und nun?
RA wird mit der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruch mandatiert. „Statt“ zivilrechtlicher Auskunfts-/Leistungsklage stellt er Insolvenzantrag unter Darlegung der zur Zulässigkeit erforderlichen Angaben
 - Insolvenz(eröffnungs)verfahren u. erste Ermittlungen des Gutachter/vorl. IV.
 - Clever!?! Im Ergebnis und Einzelfall: Ja!

Praxis-Fälle zum Erb-/InsoR

- Insolvenzplan im Nachlassinsolvenzverfahren durch Insolvenzverwalter:
 - Sondervermögensmasse „Nachlass“ einem Insolvenzplan zugänglich (§ 1989 Hs. 1 a. E. BGB)
 - Oftmals auch hilfreich und sinnvoll; z. B.
 - Durch Obstruktions- bzw. Behinderungsverbot (§ 245 InsO) i. E. rein erbrechtlich betrachtet mitunter jahrelang schwelende Erbschaftauseinandersetzungsstreitigkeiten relativ kurz und knapp befriedet
 - Insolvenzplanverfahren Dauer rd. ½ - 1,5 Jahr
 - In der Nachlassinsolvenz insbesondere zur Entschuldung und wirtschaftlichen Neuaufstellung eines Unternehmens innerhalb des Nachlasses
 - Und natürlich Erhalt dieses Rechtsträgers

Praxis-Fälle zum Erb-/InsoR

- Insolvenzplan im Nachlassinsolvenzverfahren durch Insolvenzverwalter:
 - Insbesondere die erreichten Insolvenzquoten zwischen rd. 40 und 99 % sprechen – insbesondere in Relation zur bundesweit durchschnittlichen Insolvenzquote von ca. 3,8 %^[1] in regulären Insolvenzverfahren - auch wirtschaftlich für einen Insolvenzplan im Nachlassinsolvenzverfahren.
 - **Dann kann auch der Wille des Testaments Berücksichtigung finden!**

^[1] Destatis vom 31.03.2020, https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/_inhalt.html (abgerufen 03.01.2023).

Kurzkurs: Sonderinsolvenzen – auch im Nachlass als Merkposten!

Übersicht der Sanierungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren		
Vor/im Rahmen der Insolvenzantragstellung	nach Insolvenzantrag	nach Insolvenzeröffnung
Gläubigerverhandlungen Ergänzende Vorbereitungsmaßnahmen für Insolvenzantrag wie * Vorauswahl designierter Insolvenzverwalter * Vorbereitung vorläufiger Gläubigerausschuss * Vorbereitung Insolvenzplan ("prepackaged plan") * ggf. Vorbereitung Anträge für (vorl.) Eigenverwaltung oder Schutzschirmverfahren nebst Voraussetzungen wie Bescheinigung (§ 270d InsO)	vorläufiges Insolvenzverfahren * ggf. mit Insolvenzgeldvorfinanzierung * evtl. Schutzanordnungen Gläubigerverhandlungen ggf. i. V. m. Rücknahme Insolvenzantrag vorläufige Eigenverwaltung bzw. Schutzschirmverfahren	übertragende Sanierung Insolvenzplan Sonderformen Eigenverwaltung oder ggf. übergeleitetes Schutzschirmverfahren Restschuldbefreiung natürliche Person * im Regelinsolvenzverfahren * im Verbraucherinsolvenzverfahren

(Quelle: Römermann (Hrsg.) - Weiß, Praktikerhandbuch der Sanierung und Restrukturierung, Kapitel H: Sanierung im Insolvenzverfahren, S. 253)

Insolvenzplan

- § 1 InsO
 - Gläubiger gemeinschaftlich/bestmöglich befriedigen, indem
 - Schuldnervermögen verwertet und Erlös verteilt wird
 - ... oder in Insolvenzplan abweichende Regelung zum Erhalt des Unternehmens...
 - oder RSB auch für ausgeschlossene Forderungen und binnen ½ Jahr!
- Grds. auch in der Nachlass-InsO vorstellbar, Arg.: Wortlaut des § 1989 BGB
- Durchführung eines Plans insbesondere dann sinnvoll, wenn ein Erblasserunternehmen fortgeführt werden soll – oder zur Aufteilung der Nachlassmasse (insbesondere bei Streit unter den (Mit-) Erben)
- **§ 1989 Erschöpfungseinrede des Erben:** Ist das Nachlassinsolvenzverfahren durch Verteilung der **Masse oder durch einen Insolvenzplan beendet**, so findet auf die Haftung des Erben die Vorschrift des § 1973 entsprechende Anwendung.

Nachlassinsolvenzverfahren (§ § 315ff. InsO – i. V. m. § § 1922ff. BGB)

- Geregelt in den § § 315 – 331 InsO – oder eher: Erbrecht im Prozesskleid eines Nachlassinsolvenzverfahrens. Denn:
- Jedenfalls: Zwischenstellung zwischen Insolvenzrecht und dem bürgerlich-rechtlichen Erbrecht mit
 - sozialrechtlichen
 - familienrechtlichen
 - handels-/gesellschaftsrechtlichen
 - strafrechtlichen Bezügen u. v. m.
- Gem. § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO spezielles Insolvenzverfahren über das Sondervermögen „Nachlass“
- Grds. KEIN Formularzwang, Verwendung aber sinnvoll, z. B.
 - https://www.justiz.nrw.de/BS/formulare/insolvenz/eroeffnung_insolvenzverfahren/index.php
 - (abgerufen 23.11.2021)

Insolvenzantrag (§ 317 InsO)

– Ohne Insolvenzantrag auch keine Nachlassinsolvenzverfahren

– Antragsberechtigigt:

– Jeder Erbe

- Vorläufiger
- Endgültiger
- Vorerbe/Nacherbe
- Ersatzerbe (solange nicht feststeht, dass dieser kein Erbe wird)

– Testamentsvollstrecker

– Nachlasspfleger

– Nachlassgläubiger

Praxistipp: § 319 InsO: Antragsfrist für den Nachlassgläubiger: **2 Jahre ab Annahme** der Erbschaft!

Nachlassinsolvenzverfahren - Hintergrund

- „Nachlass“: Keine Legaldefinition, nur „Erbschaft“ in § 1922 BGB
 - Gesamtheit des Vermögens des Erblassers
- Erbschaft = Nachlass nur im Falle der Alleinerbschaft deckungsgleich
- Auch im Übrigen: „Nachlass“ = Gesamtheit der vererblichen Güter/Rechtsverhältnisse des Erblassers
- **Unvererbliche** Güter/Rechte gehen nicht auf den Erben über, also
 - **nicht** Nachlass
 - und auch **nicht** Insolvenzmasse
 - ➔ daher: Nachlasspflegschaft bleibt trotz Insolvenzverfahren:
 - für „Höchstpersönliches“
 - um am Insolvenzverfahren teilzunehmen
 - um ggf. Haftungsansprüche (§ 60 InsO) gegen Insolvenzverwalter geltend zu machen!

Nachlassinsolvenzverfahren - Hintergrund

- Unpfändbare Gegenstände, § 36 InsO:
 - Strittig, in wieweit zum Nachlass gehörende Gegenstände wegen Pfändungsschutzvorschriften gem. § 36 InsO nicht in die Insolvenzmasse fallen
- **H.M.:** In Bezug auf den Pfändungsschutz nach § 811 ZPO auf die Person des Erben ankommend; Gegenstände, die als unpfändbar anzusehen sind, stehen den Nachlassgläubigern außerhalb des Nachlassinsolvenzverfahrens zur Verfügung – oder eben nicht.
- In § 36 InsO keine Ausnahme für das Nachlassinsolvenzverfahren, daher: zur Nachlassinsolvenzmasse gehören solche Gegenstände nicht, die gem. § 811 ZPO unpfändbar sind.
- Es kann zu der Situation kommen, dass Nachlassgläubigern solche Gegenstände zur Verfügung stehen, die in der Person des Erblassers aber nicht pfändbar gewesen wären (insbes. § 811 Abs. 1 Nr. 1, 2 ZPO)

Nachlassinsolvenzverfahren: Unterschiedliche Zeitpunkte

- **Praxisproblem:** zwischen Erbfall und Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens ein erheblicher Zeitraum, unter Umständen sogar mehrere Jahre, liegend.

? Erbfall als maßgeblicher Zeitpunkt (z. B. Nachlassverzeichnis eines NLP)?

? Verfahrenseröffnung als maßgeblicher Zeitpunkt
(Sachverständigengutachten im Insolvenzeröffnungsverfahren)?

! Es kommt drauf an für was!

! Ermittlung des Insolvenz Sachverständigen retrograd
(**Praxistipp:** Kontoauszüge zum Jahreswechsel bis 10 Jahre zurück!)

! Rückabwicklung durch Insolvenzverwalter insbesondere durch Insolvenzanfechtung (§ §129ff., 322 InsO)!

Exkurs: Nachlass-Mandat und „Insolvenz“

- BGH v. 11.5.2006 - IX ZR 42/05, ZInsO 2006, 705: Fortbestand der Testamentsvollstreckung in der Insolvenz; Reichweite und Wirkung:
 - Nachlass unter TV fällt mit IE in Insolvenzmasse (BGH, a. a. O., LS a))
 - Dort bildet er bis zur Beendigung der TV eine Sondermasse, auf die nur Nachlassgläubiger, nicht aber Erbengläubiger zugreifen können (ders. LS b))
 - Pflichtteils-/Ergänzungsansprüche sind ab IE gegen den Insolvenzverwalter zu richten (ders. LS c))
 - „logischerweise“ per Anmeldung zur Insolvenztabelle/Feststellungsklage (§ § 174ff. insO), ders. LS e))
 - Dahingehende Verurteilung des IV auf Zahlung ist auf den vom TV verwalteten Nachlass zu beschränken (ders. LS d))

Praxisbeispiel „EK/Ltd. und UG“ (1)

- Nachlasspfleger stellt mangels „Geschäftsführungs-Aufgabenkreis“ Insolvenzantrag über den Nachlass; „da“ Gesellschaftsanteile im Nachlass – und Notgeschäftsführung pp. erforderlich
- Vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet
- Abweisung mangels Masse (§ 26 InsO)

Praxistipp:

1. Ca. 2.500 €

2. Massekostenzuschuss um in das eröffnete Insolvenzverfahren zu kommen, z. B. weil

- § §80ff. InsO
- Prozessführung durch Insolvenzverwalter
- ...

3. Kein Massekostenzuschuss, weil Dürftigkeitseinrede Ziel des (Erben) als Insolvenzantragsteller,

§ § 1990, 1991 BGB?

- Löschung der Unternehmen von Amts wegen
- Sämtliches Vermögen „privat und geschäftlich“ nun von Nachlasspfleger gesichert/verwertet (§ 1960 BGB) → Abschluss der Nachlasspflegschaft

Praxisbeispiel „EK/Ltd. und UG“ (2)

- Kenntnis des Erb- **und** des Insolvenzrechts nötig!
- (insolvenzrechtlich) „negativer“ Fall:
 - Insolvenzgericht hat m. E. unnötiger Weise vorl. IV beschlossen, obwohl NLP Sicherungsbefugnis gem. § 1960 BGB
 - vorl. IV hat verkannt, dass die von der (Mit-) Erbin vorgelegten Sicherungsvereinbarung anfechtbar gewesen wäre (§ § 129ff. BGB).
 - Aber gut...

Erbenhaftung – oder auch nicht

- Universalsukzession (§ 1922 BGB) → Vermögensübergang auf den Erben
 - Aktiva und
 - Passiva des Erblassers
- § 1967 BGB: Haftung des Erben für diese Verbindlichkeiten
 - mit Nachlass und
 - Eigenvermögen!
- **Lösung:** § 1975 BGB: Haftung des Erben auf den Nachlass beschränkt, **wenn ein Insolvenzverfahren über den Nachlass eröffnet wird**, da Vermögensseparation (wieder) herbeigeführt.

Weitere Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung des Erben

- Dürftigkeitseinrede (§ 1990 BGB): Eine die Verfahrenskosten deckende Masse nicht vorhanden.
- Aufgebotsverfahrens gem. § § 1970 ff. BGB: Erbe kann den Gläubigern entgegen halten, dass sich seine Haftung auf den Überschuss aus dem Nachlass beschränkt,
§ 1973 Abs. 1 S. 1 BGB
- Überschwerungseinrede (§ 1992 BGB): Nachlass durch Vermächtnisse oder Auflagen überschuldet
- Errichtung eines Inventars gem. § § 1993 ff. BGB: **keine** haftungsbeschränkende Wirkung, dient aber dem Erben dazu, Haftungsbeschränkung zu erhalten (§ § 1970ff, 2013, 1994 BGB).

Weitere Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung des Erben

- Ausschlagung der Erbschaft (§ §1942 ff. BGB): Haftung für Nachlassverbindlichkeiten vollkommen ausgeschlossen
- Beschränkung der Erbenhaftung auch zeitliche/inhaltlich durch Erblasser oder/und „Bedachtem“ gestaltbar:
 - Vermächtnis
 - Pflichtteil (ggf. mit vorweggenommenen Schenkungen)
 - Zeitpunkt der Geltendmachung durch den (insolventen) Bedachten:

Insbesondere zur Vor-/Nacherbschaft bzw. Dauer Testamentsvollstreckung

- Vor-/Nacherbschaft: Einsetzung des Überschuldeten zum Vorerben und einer anderen Person zum Nacherben (§ 2100 BGB)
- Erbe durch Nacherbschaft beschränkt:
 - zeitlich (bis zum Tod des Vorerben: § 2139 BGB)
 - „inhaltlich“: Vorerbschaft fällt nicht in die Erbmasse des Vorerben; also keine Angriffsmasse für seine Gl.
- Nacherbe erbt vom Erblasser, nicht vom Vorerben!

Insbesondere zur Vor-/Nacherbschaft bzw. Dauer- Testamentsvollstreckung

- § 2113 Abs. 1 BGB; 2115 BGB: Verfügung zum Nachteil des Nacherben unwirksam/ZV des Insolvenzverwalters im Falle der Nacherbfolge auch!
- Anordnung Dauertestamentsvollstreckung (ggf. für die Dauer der Vorerbschaft):
 - Nachlass in Insolvenzmasse Sondermasse für Nachlass-Gl., solange/soweit TV besteht (Grüneberg-Weidlich, § 2205, Rz. 2 m. w. N.)
 - „Abschirmwirkung des Testamentsvollstreckers“ (§ §2212 – 2214 BGB)

Obliegenheiten, insbesondere Recht zur Ausschlagung

- **(Wiedermal) zeitlich zu Unterscheiden:**
 - Eröffnetes Insolvenzverfahren (§ § 80ff. InsO) oder
 - Wohlverhaltensperiode (§ 295 Abs. 1 InsO)
- Inhaltliche u. zeitliche Gestaltungsmöglichkeiten für den Erblasser bei „krisösen Erben“...
 - „Feiner als Ausschlagung“ ist die pro-aktive Herausarbeitung:
 - ? Welche Aktiva
 - ? Vermächtnis
 - ? Pflichtteil
 - ? Vor-/Nacherbschaft
 - ? (Dauer-) Testamentsvollstreckung
 - ? Insolvenzplan und andere Sanierungsinstitute; s. o.

Insbesondere zur Ausschlagung während Insolvenzverfahren

- § 83 Abs. 1 S. 1: Alleine Insolvenzschuldner steht Entscheidung über **Annahme/Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächnisses** zu; vor oder während des Insolvenzverfahrens (BGH v. 10.03.2011 – IX ZB 168/99 u. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08): höchstpersönliche Entscheidung, die auf den besonderen Beziehungen des Erben bzw. Vermächtnisnehmer bzw. Pflichtteilsberechtigten zum Erblasser beruht!

Praxistipp: Auch nicht durch einen mittelbaren Zwang zur Annahme der Erbschaft, des Vermächnisses oder zur Geltendmachung eines Pflichtteils zu unterlaufen - auch wenn sich das in der Praxis der ein oder andere Gläubiger oder Insolvenzverwalter anders vorstellt 😊

Insbesondere zur Ausschlagung während Insolvenzverfahren

- Fällt dem Schuldner vor oder während des Insolvenzverfahrens ein **Pflichtteilsanspruch zu (§ 2303 BGB)**, so fällt dieser zwar in die Insolvenzmasse (§ §35 Abs. 1, 36 Abs. 1 InsO). Aber:
 - Solange Schuldner ihn nicht rechtshängig gemacht hat oder/und
 - Erbe ihn nicht anerkannt hat (vgl. § 852 Abs. 1 ZPO) **keine Einziehungsmöglichkeit** für IV (BGH v. 02.12.2010 – IX ZB 184/99)
- Höchstpersönlichkeit auch in der Wohlverhaltensperiode:
 - Weder Erbausschlagung, noch Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteils oder die schlichte Nichtgeltendmachung des Pflichtteils Obliegenheitsverletzung i. S. d. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO
 - Denn: Grundsatz des Von-Selbst-Erwerbs im Insolvenzrecht eingeschränkt!

Insbesondere zur Ausschlagung während Wohlverhaltensperiode

- Obliegenheit des Schuldners, in der Wohlverhaltensperiode die **Hälfte des Vermögenswertes**, den er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, an den Treuhänder herauszugeben (Halbteilungsgrundsatz, § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO) gilt erst, wenn
 - Insolvenzschuldner das Vermächtnis tatsächlich angenommen hat bzw.
 - die Ausschlagungsfrist für einen Erben abgelaufen ist bzw.
 - er den Pflichtteil geltend gemacht hat!
- Aber: Anders als beim Erben (6 Wochen) für Vermächtnisse keine Ausschlagungsfrist, nach deren Ablauf das Vermächtnis angenommen
- Jahre nach dem Erbfall Ausschlagung möglich, solange nicht ausdrücklich angenommen
- Nimmt Schuldner es erst nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode an, muss er es **nicht** mit dem Treuhänder teilen
- Gleiches gilt, wenn der Insolvenzschuldner den Pflichtteil erst nach diesem Zeitpunkt geltend macht!

Insolvenzgründe

§ 320 InsO Eröffnungsgründe:

*Gründe für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen Nachlass sind die **Zahlungsunfähigkeit** und die **Überschuldung**. Beantragt der Erbe, der Nachlassverwalter oder ein anderer Nachlasspfleger oder ein Testamentsvollstrecker die Eröffnung des Verfahrens, so ist auch die **drohende Zahlungsunfähigkeit** Eröffnungsgrund.*

– **Praxistipp:**

- ZU bei Nachlass, insbesondere mit „nur“ Immobilien/Fonds, recht häufig.
- Von Sanierungsmöglichkeiten zuvor Gebrauch machen – statt dann Insolvenzantrag als Stigma/Scheitern (des NLP/TV) zu verstehen!

Besonderheiten bei den Insolvenzgründen

- Nachlass keine statische Vermögensmasse, sondern Sondervermögen (§ 11 Abs. 2 Ziffer 2 InsO)
- mit vielfältigen Veränderungen insbes. seit Tod des Erblassers
- Insolvenzeröffnungsverfahren: Beurteilung Eröffnungsgrund stichtagsbezogen auf Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung
- Bereits insolvenzrechtliche Rückwirkung, insbesondere über Anfechtung (§ § 129ff. InsO)
- Im Nachlassinsolvenzverfahren zudem weitestmöglich Zustand zu erreichen, wie wenn das Insolvenzverfahren bereits im Todeszeitpunkt des Erblassers eröffnet worden wäre!
- Nachlass von sonstigen Vermögensmassen separiert? Zum Beispiel bei:
 - Erbengemeinschaft
 - Testamentsvollstreckung.... → sonst KEINE Berücksichtigung im Liquiditätsstatus!

Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

- Nachlass nicht in der Lage; fällige und ernsthaft eingeforderte Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen
 - Hier **Praxistipp**: Für das Nachlass-Insolvenzverfahren ist der Schuldnerbegriff durch den Nachlass als Sondervermögensmasse (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO) zu ersetzen
- Nur im Nachlass vorhandene liquiden Mittel zu berücksichtigen!
- Ausnahme: Erst durch die Eröffnung entstehenden Ansprüche wie § 1978 Abs. 1 BGB und § 1980 S. 2 BGB
- Und: Für Beurteilung muss im Grundsätzlichen ggf. auch auf fiktive Insolvenzmasse abgestellt werden, die sich nach Eröffnung des Verfahrens ergibt; sofern im ZU-Zeitfenster
- Durch Insolvenzeröffnung (wieder) eintretende Separation zu antizipieren
- Durch Gesetzgeber und Einführung des Fortführungs-/Prognosezeitraumes bisherige Rechtsunsicherheit für Berater und Geschäftsleitung schuldnerischer Unternehmen beseitigt.

Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

Praxistipp: Neue/aktuelle unterschiedliche Prognosezeiträume

- Grds. 12 Monate im Rahmen der Überschuldungsprüfung
- Grds. 24 Monate bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit

zu beachten und auf Einzelfall/konkretes Nachlassinsolvenzverfahren zu übertragen.

Überschuldung beim Nachlass (§ § 320 i. V. m. 19 Abs. 1 InsO)

- Nachlassverbindlichkeiten i.S.d. § 325 InsO > zum Nachlass gehörende Aktiva
- Alle Aktiva grundsätzlich mit dem Zerschlagungswert anzusetzen;
Ausnahme: Zum Nachlass gehört ein Unternehmen mit positiver Fortführungsprognose!
- Passiva:
 - Insolvenzforderungen im Rang des § 38 InsO und
 - Masseverbindlichkeiten des § 324 InsO
 - Aufschiebend bedingte Forderungen sind abweichend von § 2313 Abs.1 zu berücksichtigen (Arg.: § §77 Abs. 3 Nr. 1, 191 InsO)
 - Nachrangige Verbindlichkeiten sind im Überschuldungsstatus zu passivieren (str.)

Nachlassgläubiger (§ 325 InsO)

- Aussonderungsberechtigte sind keine Nachlassgläubiger
- Absonderungsberechtigte Gläubiger werden vorrangig befriedigt (§ § 49 – 51, 28 Abs. 2, 165ff., 173 InsO)
 - **Erblasserschulden:**
 - vom Erblasser/in seiner Person vor dem Erbfall begründet
 - es sei denn, nicht vererblich/höchstpersönlich (z. B. Lohnanspruch vs. Dienstverpflichtung)
 - **Erbfallsschulden:**
 - Verbindlichkeiten aufgrund des Erbfalls
 - sofern **nicht** Masseansprüche gem. § 324!

Praxistipp: Beachtung bereits im SVG, aber auch (als Berater) bei Anmeldung zur Insolvenztabelle?
 - **Nachlasserbenschulden:**
 - Nachlassverbindlichkeit und Erbeneigenschuld (§ 44 InsO)
 - Durch Verwaltung des Nachlasses entstehend, sofern Erbe nicht explizit Verpflichtung des Nachlasses „regelt“

! Insolvenzforderungen im Nachlassinsolvenzverfahren!

- Insolvenzforderungen i. S. d. § 38 InsO
- Nachrangige Insolvenzforderungen i. S. d. § 39 InsO
- „Zwischenrang“ für durch Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Forderungen: Entsprechend zu befriedigen, wenn ohne Ausschluss Rang von §§ 38/39 InsO
- Ergänzt/modifiziert durch § 327 InsO (Verbindlichkeiten ggü. Pflichtteilsberechtigten/Vermächtnisse bzw. Auflagen)!
- Mangels ausdrücklicher/gesetzlicher Anordnung handelt es sich im Zweifel um eine Insolvenzforderung i. S. d. § 38 InsO

Praxistipp:

- § 39 vor § 327 InsO
- § 327 Abs. 1 Nr. 1 vor § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO

- Aufforderungen nach § 174 Abs. 3 InsO sollten §§ 39 und 327 erfassen!

- „Zwischenrang“ für Anmeldung/Feststellung und Verteilung Risiko!

Prüfung des erbrechtlichen Aufgebotsverfahrens Voraussetzung!

Exkurs: § § 54f., 324 InsO

- Auch im Nachlassinsolvenzverfahren gelten zunächst die Vorschriften der § § 54, 55 InsO; insbes.
 - § 54 Nr. 1 InsO: Gerichtskosten (> 2.500,00 € ca.)
 - § 54 Nr. 2 InsO: Insbes. Vergütung IV (> 1.500,00 € ca.)
 - § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO: Verwertungshandlungen des IV
 - § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO: Aus gegenseitigen Verträgen des IV
- § 324 InsO ergänzt diese Normen, verdrängt sie jedoch nicht!

§ 324 Abs. 1 InsO:

Nr. 1: Aufwendungen des Erben i.S.d. §§ 1978, 1979 BGB, die aus dem Nachlass zu ersetzen sind; Erbe:

- Alleinerbe
- jeder Miterbe
- Vor- oder Nacherbe
- der vorläufige Erbe
- Scheinerbe

Nr. 2: Kosten einer „standesgemäßen“ Beerdigung

- Bewertung anhand der Lebensstellung des Erblassers
- Wahl der Bestattungsart des Erblassers zu berücksichtigen, bspw. See- oder Weltraumbestattung
- (+) Grabstein, Bewirtung im Rahmen der Trauerfeier, Todesanzeige, Danksagungskarten
- (-) Kosten der Pflege des Grabes und Reisekosten der Trauergäste nach h.M. nicht umfasst

§ 324 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Quelle: Solmecke, Der Taschenanwalt, S. 256)



§ 324 Abs. 1 InsO:

Nr. 4:

- **Kosten der Eröffnung einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen, § § 2260 ff, 2300 BGB**
- **Kosten der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses, § 1960 BGB**
- Kosten des Aufgebots der Gläubiger, § § 1970, 989 ff. BGB
- Kosten der Inventareinrichtung, § § 1993 ff. BGB
- **Kosten einer Nachlasspflegschaft (§ 1960 BGB) und einer Nachlassverwaltung (§ § 1981 ff. BGB)**

Nr. 5: Auch Verbindlichkeiten, die von einem NLP/TV begründet wurden

Nr. 6 InsO

- Grundsätzlich haftet der Erbe für die Kosten einer Nachlasspflegschaft etc.
- Haftung auch gegenüber Erben möglich, der **die Erbschaft ausgeschlagen** hat, solange dieser den Nachlass zumindest eine Zeit lang verwaltet hat

Exkurs: § 324

- Geltend zu machen durch Erben/Dritten/erbrechtlichen Mandatsträger:
 - Optimalerweise bereits zu Gutachtenzwecken
 - Formell nach Insolvenzeröffnung bei Insolvenzverwalter
 - Unter konkreter Bezifferung/Beibringung prüffähiger Nachweise
 - **Nicht** Anmeldung zur Insolvenztabelle → bestreiten bzw. gar keine Berücksichtigung!
 - Titulierung durch Nachlassgericht z. B. bei NLP-Vergütung überaus sinnvoll, aber kein Obligo
- **324 Abs. 2 InsO: Trotz diesem „seltenen“ Risikos Nachlass in's insolvenzrechtliche Haftungsregime stellen!**

Ein (positives) Beispiel:

Der Nachlasspfleger stellt relativ schnell fest, dass – jedenfalls indiziell – ein Insolvenzgrund vorliegt. Zudem drohen ZV-Maßnahmen. Im Abgleich/in der Vorausschau stellt sich heraus, dass hinreichend Masse für ein Insolvenzverfahren da wäre. Es gibt einige, wohl auch anfechtbare Vorgänge, sodass der Nachlass auch wirtschaftlich durch §§ 129ff. InsO besser gestellt wäre. Er beantragt seine Vergütung – und stellt Insolvenzantrag. Nach rd. 1,5 Jahren erhält er seine festgesetzte Vergütung von dem Insolvenzverwalter. Seine bisherige Tätigkeit wird er mit 39,00 € „fortlaufend“ in Rechnung stellen.

Insolvenzanfechtung, hier: Anfechtbarkeit der Nachlasspflegervergütung (?)

- Anfechtbarkeit der (Nachlass-Pfleger-) Honorar trotz Masseverbindlichkeit i. S. v. § 324 Abs. 1 Nr. 4 InsO?
- Grds. „Unwägbarkeit“ der (lokalen) Berechnung der Vergütung bei insuffizientem Nachlass: Jedenfalls (Abwägungs-) Risiko zwischen erbrechtlicher und insolvenzrechtlicher Betrachtung
- Bereits AG Göttingen v. 31.05.2017 – 21 C 14/16 (Insbüro 9/2017, 382): Keine Anfechtbarkeit des Nachlasspfleger-Honorars trotz verzögerte Insolvenzantragstellung nach § § 133, 130
- Andere Ansicht: Anfechtbarkeit (+), so Roth, z. B. ZInsO 2017, 6.
- Und nun? Exkurs Insolvenzanfechtung § § 129ff InsO:
 - Vermögensverschiebungen (außerhalb) der Dreimonatsfrist zur Masse zu ziehen
 - **Neu:** BGH Urteil v. 06.05.2021 - IX ZR 72/20:
 - Kenntnis der eingetretenen oder drohenden Zahlungsunfähigkeit reichen für die Annahme der Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes nicht aus.
 - Noch weitere Umstände hinzutreten.

Praxistipp:

- Buchhaltung? Fast nie!
- Schuldner als Zeuge? Verstorben! Angehörige trauern... → Nachlassakte sichten für Indizien!

Exkurs: Schadensersatzanspruch gegen Nachlasspfleger wegen verspäteter Insolvenzantragstellung nach Entnahme seiner Vergütung? Hier: LG Hamburg v. 20.09.2021 – 304 O 407/20:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 8.862,75 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.873,45 € seit 10.09.2019 und aus 4.989,30 € seit 09.12.2020 zu zahlen...“ ? Zurecht?

- M. E. zurecht Berufung anhängig/insbesondere in seiner Eindeutigkeit wenig reflektiert, was die NLP-Praxis betrifft.
- Letztlich zwischen Erbrechts- und Insolvenzrechtssenat abgestimmte Entscheidung des BGH begrüßenswert:
 - Wohl h. M. im Insolvenzrecht (Bork/Hölzle/*Böhm*, Handbuch Insolvenzrecht, Kap. 18, Rz. 43 m.w.N.) zwingt Nachlasspfleger eine Pflicht zur unverzüglichen Insolvenzantragstellung „durch die Hintertür“ auf...

Exkurs: (Erben-) Ermittlung in Nachlasssachen

Breiter Fächer an erbrechtlichen Ermittlungsmöglichkeiten im Grundsätzlichen:

- Auskunfts-/Rechnungslegungsanspruch gegen Erben vor Ausschlagung (§ § 1959 BGB i. V. m. 681, 666 BGB)
- Auskunftsanspruch gegen Erbschaftsbesitzer (§ 2027 BGB)
- Auskunftsanspruch gegen Hausgenossen des Erblassers im Todeszeitpunkt (§ 2028 BGB)
- Auskunftsanspruch gegen den Beschenkten (§ 2314 BGB analog), hier nach Abtretung vom pflichtteilsberechtigten Erben an Insolvenzverwalter
- Angehörige des Erblassers als „Zeugen“ im Rahmen des Insolvenzantragstellung bzw. wenn Insolvenzantragsteller

Exkurs: (Erben-) Ermittlung in Nachlasssachen

- Spätestens bei Vollbefriedigung bzw. zur Ermittlung von Nachlassgegenständen/Erben als Anspruchsgegnern nötig.
- Lust zu „puzzlen“?
 - (Erst-) Gespräche mit Verwandten/Betreuern pp.
 - Sichtung der Nachlass-/Betreuungs-/sonstigen Akten/Personenstandsdokumente (vor Ort)
 - Erstellung eines ersten, ggf. rudimentären Stammbaumes
 - Verifizierung/weitere Ermittlung in Archiven wie:
 - [Archiva Panswow \(PL\)](http://www.koszalin.ap.gov.pl/), <http://www.koszalin.ap.gov.pl/>, abgerufen 23.03.2023
 - <https://www.deutsche-auswanderer-datenbank.de/>, abgerufen 23.03.2023
 - „Ancestry“ (D), https://www.ancestry.de/?gclsrc=aw.ds&gclid=EAlaIqObChMI4I3484Xy_QIVaZBoCR2K6wwpEAAYASAAEgKjX_D_BwE&gclsrc=aw.ds, abgerufen 24.03.2023
 - Familienforschung Stadt Hamburg, <https://www.hamburg.de/bkm/familienforschung/4307636/tipps-fuer-die-familienforschung/>, abgerufen 22.03.2023
 - Dt. Vertretung in USA/Erbenermittlung, <https://www.germany.info/us-de/service/erbangelegenheiten/erbenermittlung/1216864>, abgerufen 24.03.2023

Exkurs: Vergütung des Nachlassinsolvenzverwalters

- Gemäß Vorstehendem in Nachlassinsolvenzverfahren grds. gleicher (Vergütungs-) Maßstab wie in Regel-Verfahren lebender Personen.
- Bei nicht unerheblicher Abweichung von dem Regelfall kommen je nach Art Dauer und Umfang der Tätigkeit ergo auch im Nachlassinsolvenzverfahren Zu- und Abschläge gemäß § 3 InsVV in Betracht.
- Sofern im konkreten Verfahren z. B. die Vorarbeit des Fiskalerben dem Insolvenzverwalter in Teilbereichen die Bearbeitung des Nachlassinsolvenzverfahrens erleichtert hat, kann dies im Einzelfall einen Abschlag rechtfertigen.

Praxistipp: Ergab sich jedoch in anderen Teilbereichen eine Erhöhung des Bearbeitungsaufwandes wie z. B. im Rahmen der Prüfung nachlassinsolvenzspezifischer sowie anfechtungsrechtlicher Ansprüche, kann der Arbeitsaufwand des Nachlassinsolvenzverwalters in Teilbereichen zwar hinter den Regelaufgaben des Insolvenzverfahrens zurück bleiben – er aber in anderen Teilbereichen diese übersteigen, so dass es in einer Gesamtschau angemessen sein kann, die Regelvergütung anzusetzen. Eine grundsätzlich zu reduzierende Vergütung für den Nachlassinsolvenzverwalter z. B. bei Insolvenzantragstellung durch den Nachlasspfleger verbietet sich „pauschal“ (so auch Graeber/Graeber, § 3 InsVV Rz. 436, LG Münster v. 19.12.2017 – 5 T 598/17) schon aufgrund der Tätigkeitsrealität eines Nachlasspflegers!

Vertiefung/Literatur

- Firsching/Graf (Hrsg.), Nachlassrecht, § 21: Das Nachlassinsolvenzverfahren
- Kaltwasser, Der überschuldete Nachlass, Eine Untersuchung zur Verantwortlichkeit von Nachlasspflegern und Fiskalerben bei der Verwaltung überschuldeter Nachlässe
- Nerlich/Römermann(Hrsg.)
 - Weiß, InsO-Kommentar, § 63 InsO
 - Riering, InsO-Kommentar, § § 315ff. Inso
- Roth/Gerhardt, Restrukturierung des Nachlasses im Wege des Nachlassinsolvenzverfahrens – Eigenverwaltung, Insolvenzplanverfahren und Änderung sachenrechtlicher Verhältnisse, ZRI 2021, 521
- Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren
- Weiß, Anmerkung zu Urteil des LG Hamburg v. 20.09.2021 – 304 O 407/20: Schadensersatzanspruch gegen Nachlasspfleger wegen verspäteter Insolvenzantragstellung nach Entnahme seiner Vergütung, ZErB 4/2022, 158
- Ders., Der rechtzeitige Insolvenzantrag des Nachlasspflegers: Wieso dieser jedenfalls mitunter sehr sinnvoll ist, ZErB 05/2021, 168

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!
Fragen – Anregungen – Wünsche:**



Christian Weiß

Rechtsanwalt / Partner

Fachanwalt für Insolvenzrecht

Testamentsvollstrecker (AGT Bonn)

WELLENSIEK Rechtsanwälte und Insolvenzverwalter PartG mbB

Im Zollhafen 2-4, 50678 Köln

Telefon +49 (0)221 801 889-0, Telefax +49 (0)221 801 889-14

E-Mail christian.weiss@wellensiek.de