



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit 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“**

Dissertation vorgelegt von Friederike Dorn

Erstgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Gegenstand und Ziel der Arbeit

Fällt dem Insolvenzschuldner eine werthaltige Erbschaft oder ein Vermächtnis an, stellt dies für die Gläubiger oft die einzige Möglichkeit dar, überhaupt eine nennenswerte Befriedigungsquote zu erhalten. Sie haben dementsprechend ein hohes Interesse daran, dass der Schuldner die Erbschaft bzw. das Vermächtnis annimmt. 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 stattdessen in seiner Familie zu erhalten. Dies kann er nach bürgerlichem Recht durch die Ausschlagung erreichen. Infolge der Ausschlagung scheidet der erbrechtliche Erwerb aus dem Vermögen des Ausschlagenden aus und fällt dem Nächstberufenen an (§§ 1953 Abs. 1, Abs. 2, 2180 Abs. 3 BGB). Damit ist er dem Zugriff der Gläubiger des Ausschlagenden entzogen. In der Insolvenz des Erben bzw. Vermächtnisnehmers kollidiert somit die erbrechtliche Entscheidungsfreiheit des Schuldners mit dem durch das Insolvenzrecht geschützten Befriedigungsinteresse seiner Gläubiger.

Die deutsche Insolvenzordnung löst diesen Interessenkonflikt zugunsten der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners auf. Nach § 83 Abs. 1 S. 1 InsO steht das Ausschlagungsrecht auch während des Insolvenzverfahrens ausschließlich dem Schuldner zu. Das Ergebnis der Ausschlagung müssen die Gläubiger nach derzeitiger Rechtslage hinnehmen. Angesichts der eindeutigen Wertung des § 83 InsO hat der Verwalter keine Möglichkeit, die Ausschlagung – etwa im Wege der Anfechtung – zu korrigieren. Gleiches gilt für Ausschlagungen, die der Schuldner bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärt hat. Der Gesetzgeber führt diese Wertung auch im Restschuldbefreiungsverfahren fort. Die hälftige Herausgabeobligiertheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO bezieht sich nur auf die Erbschaften und Vermächtnisse, die der Schuldner annimmt. Eine Obliegenheit zur Annahme trifft ihn hingegen nicht. Schlägt der Schuldner während der Wohlverhaltensperiode eine Erbschaft oder ein Vermächtnis aus, kann ihm die Restschuldbefreiung daher nicht versagt werden.

Diese einseitige Privilegierung der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners birgt zum einen Missbrauchsgefahren. Denkbar ist zum Beispiel, 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. Zum anderen hat sich der Konflikt zwischen der Ausschlagungsfreiheit des Schuldners und dem Befriedigungsinteresse der Gläubiger durch die Einführung der Restschuldbefreiung grundlegend verschärft. Der Interessenkonflikt könnte sich künftig weiter zuspitzen, wenn der Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur „zweiten Chance“¹ angenommen wird. Danach soll die Entschuldungsfrist für Unternehmer maximal drei Jahre ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens betragen (vgl. Art. 20 des Vorschlags). Diese Tendenz einer immer weitergehenden Privilegierung des Schuldners (vgl. auch die Einführung des § 300 Abs. 1 S. 2 InsO) gibt Anlass, die Behandlung des Ausschlagungsrechts in der Insolvenz kritisch zu überdenken.

Ein Blick über die deutschen Grenzen hinweg zeigt, dass Deutschland mit der derzeitigen Lösung in Europa einen Sonderweg geht. Alle Nachbarrechtsordnungen sehen irgendeinen Schutz der Gläubiger gegen die Ausschlagung vor. Vor diesem Hintergrund wählt die Arbeit einen rechtsvergleichenden Ansatz. Als Vergleichsrechtsordnungen dienen das niederländische und das französische Recht. Die drei verglichenen Rechtsordnungen bilden die gesamte Bandbreite der möglichen Lösungsansätze zur Behandlung des Ausschlagungsrechts in der Insolvenz ab.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU vom 22.11.2016, COM(2016) 723 final.

Ziel des Rechtsvergleiches ist es, die deutsche Lösung in der Gegenüberstellung mit anderen Rechtsordnungen auf ihre Tragfähigkeit hin zu überprüfen, bestehenden Reformbedarf aufzudecken und auf rechtsvergleichender Grundlage einen Reformvorschlag zu erarbeiten.

Die Untersuchung gliedert sich dementsprechend in drei Abschnitte. Im ersten Teil wird die Behandlung des Ausschlagungsrechts im derzeitigen deutschen, französischen und niederländischen Insolvenzrecht dargestellt. Die unterschiedlichen Lösungsansätze werden im zweiten Teil einer umfassenden rechtsvergleichenden Bewertung unterzogen. Im dritten Teil wird auf dieser Grundlage ein konkreter Reformvorschlag für die künftige Behandlung des Ausschlagungsrechts im deutschen Insolvenzrecht entwickelt.

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

Als Grundlage für den Rechtsvergleich sowie die darauf aufbauenden Reformüberlegungen untersucht die Arbeit im ersten Teil die geltende Rechtslage in den drei Vergleichsrechtsordnungen. Dabei wird auch die historische Entwicklung der jeweils einschlägigen Regelungen in den Blick genommen.

Deutschland

Die Darstellung der deutschen Rechtslage beginnt mit einem Überblick über die Genese des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO. Aus rechtshistorischer Perspektive stellt die Regelung keineswegs eine Selbstverständlichkeit dar. Letztlich findet sie ihren Ursprung im gemeinen Recht, das die Wertungen des römischen Anfechtungsrechts auf das Gesamtverfahren übertragen und aus der Unanfechtbarkeit der Ausschlagung vor der Verfahrenseröffnung auf die freie Ausschlagungsbefugnis des Schuldners während des Gesamtverfahrens geschlossen hatte. In methodischer Hinsicht ist dieser Rückschluss allerdings zweifelhaft.

Anschließend untersucht die Arbeit die Legitimation des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO. Entgegen einiger Stimmen in Rechtsprechung und Literatur ist die Ausschlagungsfreiheit des Schuldners in der Insolvenz nicht durch das Erbrecht des BGB vorgegeben. Die Ansicht, die Erbschaft stelle aufgrund der Rückwirkung der Ausschlagung (§ 1953 Abs. 1 BGB) bis zur Annahme noch keinen haftungsrechtlich relevanten Vermögenswert des Schuldners dar, sodass der Insolvenzbeschlag insoweit nicht greife, misst der Rückwirkungsfiktion mehr Bedeutung zu, als ihr methodisch zusteht. § 83 Abs. 1 S. 1 InsO ist vielmehr Ausfluss einer gesetzgeberischen Wertungsentscheidung. In der Abwägung zwischen dem vermögensrechtlichen und dem persönlichen Aspekt des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts räumt der deutsche Gesetzgeber dem persönlichen Charakter des Rechts den Vorrang ein. Ob diese Wertungsentscheidung überzeugt, ist Gegenstand des zweiten Teils der Arbeit.

Aus dieser Lesart des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO ergibt sich für die Massezugehörigkeit des erbrechtlichen Erwerbs Folgendes: Nach den allgemeinen Regelungen der §§ 35 InsO, 1922, 1976 BGB werden Erbschaft und Vermächtnis bereits mit dem Anfall Bestandteil der Insolvenzmasse. Aufgrund der dem Schuldner in § 83 Abs. 1 S. 1 InsO eingeräumten Entscheidungsfreiheit über die Annahme oder Ausschlagung ist der erbrechtliche Erwerb jedoch bis zur Annahme nicht für die Masse verwertbar. Erklärt der Schuldner die Annahme erst nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens, ist der nunmehr verwertbare Massebestandteil Gegenstand der Nachtragsverteilung (§ 203 InsO).

Im Anschluss untersucht die Arbeit Möglichkeiten, wie der Insolvenzverwalter und die Gläubiger die Ausschlagung verhindern bzw. korrigieren können. Insofern steht die Wertung des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO sowohl der Anfechtung der Ausschlagung nach §§ 129 ff. InsO als auch

der Nichtigkeit der Ausschlagung nach § 138 BGB entgegen. In Betracht kommt lediglich eine privatautonome Annahmevereinbarung zwischen dem Schuldner und den Insolvenzgläubigern, in der sich die Gläubiger im Gegenzug beispielsweise verpflichten, nach ihrer Befriedigung aus dem erbrechtlichen Erwerb der Aufhebung des Insolvenzverfahrens zuzustimmen und auf ihre Restforderungen zu verzichten. In der Praxis dürfte es allerdings meist an der dazu erforderlichen Verhandlungsbereitschaft des Schuldners fehlen.

Beim Vermächtnis bietet sich dem Schuldner neben der Ausschlagung noch eine weitere Möglichkeit, um den Zugriff der Gläubiger auf den erbrechtlichen Erwerb zu unterbinden. Da das BGB für das Vermächtnis keine Annahmefrist vorsieht, kann der Schuldner die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung auch schlichtweg unterlassen. Die dauerhafte Nichtannahme des Vermächtnisses führt zur dauerhaften Unverwertbarkeit des Vermächtnisses für die Insolvenzmasse. Auch dieses Ergebnis müssen die Gläubiger angesichts der Wertung des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO hinnehmen. Diese Konstellation wird bei der Erarbeitung eines Reformvorschlags im dritten Teil gesondert berücksichtigt.

Schließlich untersucht die Arbeit die Auswirkungen der Ausschlagung auf die Erteilung der Restschuldbefreiung. Insofern ist zunächst danach zu unterscheiden, ob der Schuldner die Ausschlagung vor der Beendigung des Insolvenzverfahrens oder erst in der Wohlverhaltensperiode erklärt hat. Vor der Beendigung des Insolvenzverfahrens gelten die Obliegenheiten des § 295 InsO noch nicht. Auch eine Versagung der Restschuldbefreiung nach § 290 InsO scheidet angesichts der dem Schuldner für das Insolvenzverfahren ausdrücklich eingeräumten Ausschlagungsfreiheit (§ 83 InsO) aus. Diese Freiheit würde unterlaufen, wenn dem Schuldner im Fall der Ausschlagung die spätere Versagung der Restschuldbefreiung drohte.

Bei Ausschlagungen, die der Schuldner während der Wohlverhaltensperiode erklärt, ist wiederum danach zu unterscheiden, ob der ausgeschlagene erbrechtliche Erwerb dem Schuldner vor oder nach Beendigung des Insolvenzverfahrens angefallen ist. Die Obliegenheiten des § 295 InsO beziehen sich nur auf den Neuerwerb des Schuldners in der Wohlverhaltensperiode. Schlägt der Schuldner in der Wohlverhaltensperiode einen erbrechtlichen Erwerb aus, der ihm bereits im Insolvenzverfahren angefallen ist, scheidet eine Versagung der Restschuldbefreiung wegen einer Obliegenheitsverletzung daher von vornherein aus. Aber auch die Ausschlagung eines erst in der Wohlverhaltensperiode angefallenen erbrechtlichen Erwerbs stellt keine Obliegenheitsverletzung nach § 295 InsO dar. Wie im Insolvenzverfahren genießt der Schuldner auch im Restschuldbefreiungsverfahren umfassende Ausschlagungsfreiheit. Die hälftige Herausgabeobligiegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO betrifft nur denjenigen erbrechtlichen Erwerb, den der Schuldner annimmt.

Besonderes Augenmerk widmet die Arbeit dem Fall, dass der Schuldner ein ihm während der Wohlverhaltensperiode angefallenes Vermächtnis erst nach der Erteilung der Restschuldbefreiung annimmt. Hier bietet die Konstruktion der Restschuldbefreiung dem Schuldner eine Missbrauchsmöglichkeit, die sich mit den Mitteln des geltenden Rechts nicht unterbinden lässt. Da die Obliegenheiten des § 295 InsO nur bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung gelten, kann der Schuldner die hälftige Herausgabeobligiegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO umgehen, indem er mit der Annahme bis nach der Erteilung der Restschuldbefreiung wartet. Entgegen einiger Vorschläge in der Literatur kann die Entscheidung über die Erteilung der Restschuldbefreiung in diesem Fall weder bis zur Annahmefrist zurückgestellt noch nachträglich widerrufen werden.

Frankreich

Da die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs insbesondere natürliche Personen betrifft, berücksichtigt die Arbeit für Frankreich sowohl das klassische handelsrechtliche Insolvenzrecht des *Code de commerce* als auch das noch vergleichsweise junge Verbraucherinsolvenzrecht des *Code de la consommation*.

Anders als in Deutschland ist die Ausübung des Ausschlagungsrechts im französischen Insolvenzrecht nicht ausdrücklich geregelt. Daher obliegt es der Rechtsprechung zu entscheiden, ob das Ausschlagungsrecht dem insolvenzrechtlichen Vermögensbeschlagn (*dessaisissement du débiteur*) unterfällt, oder ob es als höchstpersönliches Recht dem Schuldner verbleibt. Seit der Leitentscheidung der *Cour de Cassation* vom 3. Mai 2006² wird das Ausschlagungsrecht als höchstpersönliches Recht des Schuldners qualifiziert, das dieser auch im Insolvenzverfahren persönlich ausübt. Grenze der schuldnerischen Entscheidungsfreiheit ist nach Ansicht der *Cour de Cassation* jedoch der Schutz der Gläubiger vor bewusster Benachteiligung (*fraude*). Daher steht dem Verwalter das Recht zu, die wirksame Ausschlagung des Schuldners mit dem erbrechtlichen Rechtsbehelf des Art. 779 *Code civil* anzufechten. Infolge der Anfechtung können die Insolvenzgläubiger aus dem Nachlass Befriedigung erlangen, ohne dass die Ausschlagungsentscheidung des Schuldners an sich revidiert wird.

Eine zentrale Rolle kommt somit dem bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsrechtsbehelf gegen Ausschlagungen in Art. 779 *Code civil* (Art. 788 *Code civil* 1804) zu, der in vielen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen Nachahmung gefunden hat. Daher widmet die Arbeit diesem – dem deutschen Erbrecht unbekanntem – Rechtsbehelf ein eigenes Unterkapitel zu seinen Ursprüngen, seiner Rechtsnatur und seiner Funktionsweise. Es handelt sich um eine Ausprägung der allgemeinen Gläubigeranfechtung (*action paulienne*) für den Fall der Erbschaftsausschlagung. Seinen historischen Ursprung findet der Rechtsbehelf im altfranzösischen Gewohnheitsrecht (Art. 278 der *Coutume de Normandie* von 1583).

Eine Ausschlagung erbrechtlichen Erwerbs, die der Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärt hat, unterliegt ebenfalls der Anfechtung nach Art. 779 *Code civil*. Da die Ausschlagung durch diese Ausprägung der allgemeinen Gläubigeranfechtung lediglich dem Gesamtverfahren gegenüber unwirksam wird, ansonsten aber wirksam bleibt, ist dieser Rechtsbehelf mit dem höchstpersönlichen Charakter des Ausschlagungsrechts vereinbar. Anders als im deutschen Recht kann die allgemeine Gläubigeranfechtung (*action paulienne*) im französischen Insolvenzverfahren sowohl mit individueller Wirkung durch einzelne Gläubiger als auch mit kollektiver Wirkung durch den Verwalter ausgeübt werden. Diese durch die Rechtsprechung entwickelte Lösung erscheint insbesondere mit Blick auf den auch im französischen Insolvenzrecht geltenden Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zweifelhaft. Einer Anfechtung der Ausschlagung nach den Regeln der besonderen Insolvenzanfechtung (*nullités de la période suspecte*) steht hingegen die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts entgegen. Da die besondere Insolvenzanfechtung nach französischem Recht zur Nichtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung führt, bliebe von der höchstpersönlichen Ausschlagungsentscheidung des Schuldners nichts mehr übrig.

Der erbrechtliche Anfechtungsrechtsbehelf des Art. 779 *Code civil* wirkt sich schließlich auch auf die Restschuldbefreiung des Schuldners aus. Das Befriedigungsinteresse der Gläubiger wird durch den Anfechtungsrechtsbehelf des Art. 779 *Code civil* bereits ausreichend gegen Aus-

² Cass. com., Urt. v. 3.5.2006 – Nr. 04-10.115, Bull. civ. IV, Nr. 109.

schlagungen geschützt, die der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung oder während des Verfahrens erklärt. Zum Schutz der Gläubiger ist es daher nicht erforderlich, dem Schuldner wegen der Ausschlagung die Restschuldbefreiung zu versagen.

All dies beansprucht jedoch nur im handelsrechtlichen Liquidationsverfahren uneingeschränkte Geltung. Da das verbraucherrechtliche Liquidationsverfahren kein klassisches kollektives Vollstreckungsverfahren darstellt, sondern primär dem Interesse des Schuldners an einer Schuldenbefreiung dient, lassen sich die dargestellten Grundsätze nicht unbesehen auf das Verbraucherverfahren übertragen. Zwar wird das Ausschlagungsrecht auch im Verbraucherverfahren als höchstpersönliches Recht des Schuldners anerkannt, doch hat der Verwalter keine Befugnis, die Ausschlagung mit kollektiver Wirkung anzufechten. Dementsprechend kann die Ausschlagung hier der Eröffnung des Liquidationsverfahrens und damit letztlich der Restschuldbefreiung des Schuldners entgegenstehen.

Niederlande

In diametralem Gegensatz zum deutschen Recht spricht das niederländische Insolvenzrecht die Befugnis zur Annahme oder Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs ausschließlich dem Verwalter zu. Dies gilt auch im Schuldsanierungsverfahren, das mit der Restschuldbefreiung des Schuldners endet. Nach Art. 41 *Faillissementswet* ist der Verwalter befugt, Erbschaften mit dem Vorbehalt der Inventarerrichtung anzunehmen oder mit richterlicher Ermächtigung auszuschlagen. Die Annahme mit dem Vorbehalt der Inventarerrichtung beschränkt die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass.

Konsequenterweise unterliegen Ausschlagungen, die der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung erklärt hat, der Anfechtung. Für die Erbschaftsausschlagung sieht Art. 4:205 *Burgerlijk Wetboek* nach französischem Vorbild einen eigenständigen Anfechtungsrechtsbehelf vor. Er geht als Spezialvorschrift auch in der Insolvenz der allgemeinen Insolvenzanfechtung (Art. 42 *Faillissementswet*) vor. Ob wie in Frankreich auch die einzelnen Gläubiger oder ausschließlich der Verwalter anfechtungsbefugt ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Die besseren Argumente sprechen dafür, die Anfechtungsbefugnis im Insolvenzverfahren ausschließlich dem Verwalter zuzusprechen. Die Vermächtnisausschlagung kann demgegenüber nach den allgemeinen insolvenzrechtlichen Vorschriften ausschließlich vom Verwalter angefochten werden.

Die Frage, ob die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses der Restschuldbefreiung des Schuldners entgegensteht, hängt von einer umfassenden Beurteilung aller Umstände des Einzelfalles ab. Dies gilt sowohl im Rahmen der Entscheidung über die Eröffnung des Schuldsanierungsverfahrens als auch bei der Entscheidung über die Verfahrensbeendigung ohne Erteilung der Restschuldbefreiung. Für sich betrachtet spricht die Ausschlagung dabei in der Regel gegen die Restschuldbefreiung des Schuldners.

Teil 2. Rechtsvergleichende Bewertung

Der zweite Teil der Arbeit bildet den Rechtsvergleich im engeren Sinne. Hier werden die verschiedenen Modelle einer umfassenden vergleichenden Bewertung unterzogen.

Die Gegenüberstellung des deutschen, niederländischen und französischen Rechts zeigt, dass der deutsche Sonderweg nicht gerechtfertigt ist. Die einseitige Privilegierung der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners ist weder erbrechtlich vorgegeben noch erforderlich, um den persönlichen Kern der Entscheidung für den Schuldner zu schützen. Damit besteht im deutschen Recht Reformbedarf.

Keine notwendige Folge erbrechtlicher Vorgaben

Der Rechtsvergleich bestätigt zunächst, dass die Behandlung des Ausschlagungsrechts in der Insolvenz nicht durch die Konzeption des erbrechtlichen Erwerbs (Antritts- oder Vonselbsterwerb) vorgegeben wird. Denn obwohl die Grundlagen des erbrechtlichen Erwerbs in den verglichenen Rechtsordnungen weitgehend übereinstimmen, behandeln sie das Ausschlagungsrecht in der Insolvenz auf völlig unterschiedliche Weise. Wem die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung des erbrechtlichen Erwerbs im Insolvenzverfahren zusteht, richtet sich also nicht danach, ob sich der erbrechtliche Erwerb zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits im Vermögen des Berufenen befindet. Maßgeblich ist vielmehr, ob das Annahme- bzw. Ausschlagungsrecht, das dem Berufenen in allen Erwerbssystemen zusteht, dem Insolvenzbeschlag unterliegt. Dies hängt davon ab, ob man dem Recht überwiegend vermögensrechtlichen oder überwiegend persönlichen Charakter beimisst.

Abwägung der beteiligten Interessen

Demnach folgt die unterschiedliche insolvenzrechtliche Behandlung des Ausschlagungsrechts in Deutschland, Frankreich und den Niederlanden aus unterschiedlichen gesetzgeberischen Wertungsentscheidungen. Während der deutsche Gesetzgeber dem persönlichen Charakter des Ausschlagungsrechts in der Tradition des gemeinen Rechts den Vorrang einräumt, nehmen sowohl das französische als auch das niederländische Recht auf die vermögensrechtliche Dimension der Entscheidung Rücksicht.

Um beurteilen zu können, welches Modell dem in der Insolvenz des Erben bzw. Vermächtnisnehmers bestehenden Interessengefüge am besten gerecht wird, untersucht die Arbeit eingehend, wessen Interessen in dieser Situation betroffen sind (Gläubiger, Schuldner, Erblasser) und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Interessen besteht.

Die vermögensrechtliche Dimension der Entscheidung korreliert zunächst mit dem Befriedigungsinteresse der Insolvenzgläubiger. Da beim Anfall einer werthaltigen Erbschaft oder eines Vermächtnisses ein Vermögenszuwachs des Schuldners in Rede steht, wirkt sich die Annahme bzw. Ausschlagung in der Regel unmittelbar auf die Haftungsgrundlage der Gläubiger aus. Etwas anderes gilt nur, wenn der Erblasser testamentarische Anordnungen getroffen hat, die den Zugriff der Eigengläubiger des Berufenen auf den erbrechtlichen Erwerb verhindern.

Die Gläubiger sind im Hinblick auf den erbrechtlichen Erwerb des Schuldners in hohem Maße schutzwürdig. Zwar können sie zu Lebzeiten des Erblassers nicht mit dem künftigen Erwerb ihres Schuldners rechnen, doch geht es ab dem Erbfall nicht mehr um eine bloße Erbaussicht, sondern um eine gesicherte Rechtsposition des Schuldners. Das Schutzbedürfnis der Gläubiger folgt insbesondere aus der möglichen Restschuldbefreiung des Schuldners. Damit droht ihnen nicht nur der wirtschaftliche Verlust ihrer Forderungen, sondern die Aussicht auf die Restschuldbefreiung nimmt dem Schuldner auch jeglichen Anreiz, einen erbrechtlichen Erwerb anzunehmen, um damit seine Schulden zu tilgen. Hinzu kommen neuere gesetzgeberische Tendenzen, den Zeitraum der Wohlverhaltensperiode immer weiter zu verkürzen. Dies führt für die Gläubiger zu erheblich geringeren Befriedigungsquoten.

Aber auch für den Schuldner hat die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung eine hohe vermögensrechtliche Bedeutung. Sinn und Zweck des Ausschlagungsrechts ist es in erster Linie, die Privatautonomie des Berufenen vor einem ungewollten Vermögenserwerb zu schützen. Daneben dient die Ausschlagung in der Praxis häufig als vermögensrechtliches Gestaltungsmittel. In der Insolvenz ist diese Legitimation der Ausschlagungsfreiheit allerdings nicht mehr tragfähig. Das Insolvenzrecht schränkt die Privatautonomie des Schuldners zum Schutz des Befriedigungsinteresses der Insolvenzgläubiger gerade ein.

Die Ausschlagungsfreiheit des Schuldners lässt sich in der Insolvenz daher allenfalls mit der besonderen persönlichen Bedeutung dieser Entscheidung für den Schuldner rechtfertigen. Der schützenswerte persönliche Kern der Entscheidung variiert je nach Art des in Rede stehenden Erwerbs erheblich: Bei der Erbschaft geht es in persönlicher Hinsicht im Kern um die Frage, ob der Berufene der Rechtsnachfolger des Erblassers werden möchte. Hat der Schuldner aufgrund seines persönlichen Verhältnisses zum Erblasser dagegen gewichtige Vorbehalte, wäre es unbillig, ihm die Annahme der Erbschaft aufzuzutroyieren. Derartige Fälle bilden in der Praxis jedoch die Ausnahme. Beim Vermächtnis spielt das persönliche Verhältnis zum Erblasser hingegen eine wesentlich geringere Rolle. Die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung erhält hier erst dann einen besonderen persönlichen Charakter, wenn das Vermächtnis mit Auflagen versehen ist. Dies gilt auch für die Erbschaft. Würde man dem Schuldner die Annahme in diesen Fällen aufzwingen, würde man ihn gleichzeitig zu einem bestimmten Verhalten verpflichten.

Der mutmaßliche Wille des Erblassers spielt für die insolvenzrechtliche Behandlung des Ausschlagungsrechts hingegen keine Rolle. Hat er keine schützenden testamentarischen Anordnungen getroffen, kann sein mutmaßlicher Wille keine Auswirkungen auf die Behandlung der Erbschaft oder des Vermächtnisses in der Insolvenz des Erben bzw. Vermächtnisnehmers haben. Denn die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung liegt außerhalb seiner Einflussphäre. Das Ausschlagungsrecht des Berufenen soll gerade ein Gegengewicht zur Testierfreiheit des Erblassers schaffen.

Im Ergebnis besteht zwischen dem vermögensrechtlichen und dem persönlichen Aspekt des Ausschlagungsrechts in der Insolvenz das folgende Kräfteverhältnis: Während sich die Entscheidung für die Gläubiger in der Regel unmittelbar auf ihre Haftungsgrundlage auswirkt, ist der schützenswerte persönliche Kern der Entscheidung für den Schuldner nur selten betroffen. In weitaus mehr Fällen dient die Ausschlagung dazu, den erbrechtlichen Erwerb vor dem Zugriff der Gläubiger zu schützen und ihn stattdessen an jüngere Generationen weiterzuleiten.

Bewertung der verschiedenen Modelle

Diesem Kräfteverhältnis wird das deutsche Modell unter den hier betrachteten Rechtsordnungen am wenigsten gerecht. Vielmehr verkehrt es das Kräfteverhältnis in sein Gegenteil, indem es das Befriedigungsinteresse der Gläubiger vollständig hinter der erbrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners zurücktreten lässt. Dies führt in den meisten Fällen zu einer unangemessenen Überprivilegierung des Schuldners.

Aber auch das niederländische Recht führt zu einem Interessenungleichgewicht. Indem es das Ausschlagungsrecht ausschließlich dem Verwalter zuspricht, negiert es, dass der Schuldner im Einzelfall ein schutzwürdiges Interesse an der Ausschlagung haben kann. Ist der persönliche Kern der Ausschlagung betroffen, geht es zum Schutz des Befriedigungsinteresses der Insolvenzgläubiger zu weit, dem Schuldner die Rechtsnachfolge des unliebsamen Erblassers oder die Erfüllung einer Auflage aufzuzutroyieren, die er nicht erfüllen will.

Das französische Recht zeigt schließlich, dass die umfassende Zurückstellung des einen Interesses überhaupt nicht erforderlich ist, um dem jeweils anderen Interesse Geltung zu verleihen. Indem das französische Modell zwischen dem persönlichen Kern der Ausschlagungsentscheidung und ihren vermögensrechtlichen Folgen differenziert, stellt es einen ausgewogenen Interessenausgleich her: Es gewährt dem Schuldner seine erbrechtliche Entscheidungsfreiheit, schützt das Befriedigungsinteresse der Gläubiger jedoch durch die Anfechtung. Dabei bleibt der persönliche Kern der Ausschlagungsentscheidung des Schuldners gewahrt, da die Anfechtung den Schuldner nicht wieder zum Erben macht.

Teil 3. Die Behandlung des erbrechtlichen Ausschlagungsrechts im deutschen Insolvenzrecht *de lege ferenda*

Der dritte Teil erarbeitet auf der Grundlage des im zweiten Teil gefundenen Ergebnisses einen Reformvorschlag für das deutsche Recht. Eine Neuregelung des Ausschlagungsrechts in der Insolvenz hat sich am französischen Modell zu orientieren. Der Reformvorschlag muss sich jedoch in die Systematik des deutschen Insolvenzrechts einfügen.

Die Ausschlagungsbefugnis im Insolvenzverfahren

Das französische Recht zeigt, dass die Zuweisung der Ausschlagungsbefugnis an den Schuldner das Befriedigungsinteresse der Gläubiger während des Insolvenzverfahrens nicht verdrängen muss. Die Entscheidungsbefugnis kann daher nach dem Grundsatz des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO weiterhin dem Schuldner zustehen. *De lege ferenda* sind jedoch Mechanismen zu entwickeln, um die vermögensrechtlich nachteiligen Folgen der schuldnerischen Entscheidung für die Insolvenzgläubiger zu korrigieren. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob der Schuldner den erbrechtlichen Erwerb ausschlägt, oder ob er ein Vermächtnis dauerhaft nicht annimmt.

Als Korrektiv der *Ausschlagung* eignet sich die Anfechtung nach den §§ 129 ff. InsO. Sie respektiert die persönliche Ausschlagungsentscheidung des Schuldners, da sie lediglich dazu führt, dass der ausgeschlagene Erwerb weiter für die Verbindlichkeiten des Schuldners haftet. Dem Schuldner wird auf diese Weise weder die Rechtsnachfolge eines unliebsamen Erblassers noch eine ungewollte Auflagenverpflichtung aufgedrängt.

Mit der Ausschlagung soll eine Rechtshandlung für anfechtbar erklärt werden, die der Schuldner während des Insolvenzverfahrens vornimmt. Dies ist mit der Ratio der §§ 129 ff. InsO vereinbar (vgl. auch § 147 InsO). Denn die Haftungsmasse wird gegen die Ausschlagung nicht über die allgemeinen Mechanismen der §§ 81, 82, 89, 91 Abs. 1 InsO geschützt. Wegen § 83 Abs. 1 S. 1 InsO ist die Ausschlagung gerade wirksam.

Sachgerechter Anfechtungsgrund ist § 133 InsO. Die Ausschlagung eines erbrechtlichen Erwerbs unterscheidet sich von anderen gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen des Schuldners nicht derart, dass ihre Anfechtung *per se* gerechtfertigt wäre. Ebenso wenig passt die Anfechtung nach § 134 InsO, da das Fehlverhalten des Schuldners nicht darin besteht, dass er für die Ausschlagung keine Gegenleistung vereinbart hat. Zudem kann die Ausschlagung nicht Gegenstand einer Schenkung sein (§ 517 Var. 3 BGB).

Der Tatbestand des § 133 InsO ist bei Ausschlagungen, die der Schuldner während des Insolvenzverfahrens erklärt, in der Regel erfüllt. Die Ausschlagung eines werthaltigen erbrechtlichen Erwerbs führt zu einer Gläubigerbenachteiligung, da die Erbschaft bzw. das Vermächtnis aufgrund des Prinzips des Vonselbsterwerbs ab dem Anfall Bestandteil der Insolvenzmasse ist. Selbst wenn der Schuldner die Ausschlagung aus persönlichen Gründen erklärt, ist in diesen Fällen auch der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz zu bejahen. Angesichts des laufenden Insolvenzverfahrens ist sich der Schuldner der gläubigerbenachteiligenden Wirkung der Ausschlagung bewusst und nimmt sie zumindest billigend in Kauf. Da der Anfechtungsgegner in der Regel mit dem Schuldner verwandt ist, lässt sich auch seine Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners meist nachweisen.

Die Anfechtung der Ausschlagung nach § 133 InsO führt auch im Einzelfall zu angemessenen Ergebnissen. Um dies zu überprüfen, nimmt die Arbeit neben der Grundkonstellation eines unbeschwerten und unbeschränkten erbrechtlichen Erwerbs auch eine Vielzahl von denkbaren testamentarischen Beschränkungen und Beschränkungen (Testamentsvollstreckung, Vor- und Nacherbschaft, Auflagen) in den Blick.

Für den Fall der *Nichtannahme eines Vermächtnisses* eignet sich die Anfechtung nach den §§ 129 ff. InsO hingegen nicht als Korrektiv. Sie ist insbesondere deswegen unpraktikabel, da sie erst mit dem Eintritt der Verjährung des Vermächtnisanspruchs möglich wäre, was die Rekonstruktion der Insolvenzmasse erheblich verzögern würde.

Der schuldnerischen Untätigkeit kann man jedoch durch eine Fristsetzungslösung beikommen. Konkret kann dem Verwalter das Recht eingeräumt werden, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung des Vermächtnisses zu setzen. Die Länge der Frist kann sich an der sechswöchigen Ausschlagungsfrist für Erbschaften (§ 1944 Abs. 1 BGB) orientieren. Lässt der Schuldner diese Frist untätig verstreichen, wird die Annahme des Vermächtnisses fingiert. Damit wird der Vermächtnisanspruch für die Insolvenzmasse verwertbar. Gleiches gilt, wenn der Schuldner das Vermächtnis innerhalb der Frist annimmt. Schlägt der Schuldner das Vermächtnis hingegen aus, kann der Verwalter die Ausschlagung gem. § 133 InsO anfechten.

Die Ausschlagung vor der Verfahrenseröffnung

Das für das Insolvenzverfahren gefundene Ergebnis kann auf den Zeitraum vor der Verfahrenseröffnung weitgehend übertragen werden.

Ausschlagungen, die der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung erklärt hat, können nach § 133 InsO angefochten werden. Aufgrund der zehnjährigen Reichweite der Vorsatzanfechtung sind an den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz in diesen Fällen jedoch wesentlich höhere Anforderungen zu stellen als im Insolvenzverfahren. Es ist genau zu prüfen, ob sich der Schuldner der Gläubigerbenachteiligung überhaupt bewusst war und sie zumindest gebilligt hat. Dabei kommt persönlichen Ausschlagungsmotiven des Schuldners eine hohe Bedeutung zu. Sie schließen den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz zwar nicht *per se* aus. Je weiter die Ausschlagung vom Eintritt der materiellen Insolvenz entfernt ist, desto größere Zweifel begründen sie jedoch am Bewusstsein des Schuldners von der Gläubigerbenachteiligung.

Hat der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung ein Vermächtnis nicht angenommen, ist danach zu unterscheiden, ob der Vermächtnisanspruch vor oder nach der Verfahrenseröffnung verjährt. Ist noch keine Verjährung eingetreten, kann auf das für das Insolvenzverfahren entwickelte Fristsetzungsmodell zurückgegriffen werden. Ist der Vermächtnisanspruch bereits verjährt, kann der Verwalter die Nichtannahme des Vermächtnisses auch direkt nach § 133 oder § 134 InsO anfechten.

Die Auswirkungen der Ausschlagung auf die Restschuldbefreiung

Auf das Restschuldbefreiungsverfahren lässt sich die für das Insolvenzverfahren entwickelte Lösung hingegen nicht übertragen. Instrumente der zwangsweisen Vollstreckung wie die Anfechtung sind dem Restschuldbefreiungsverfahren völlig fremd. Der Gesetzgeber arbeitet an dieser Stelle lediglich mit Obliegenheiten. Ein systemkonformer Schutz der Gläubiger gegen die Ausschlagung lässt sich daher nur durch eine Annahmepflicht erreichen, die neben die *de lege lata* bestehende Herausgabepflicht (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO) tritt. Diese Lösung geht freilich wesentlich weiter als das für das Insolvenzverfahren gefundene Anfechtungsmodell. Allerdings hat das Restschuldbefreiungsverfahren auch für die Gläubiger wesentlich tiefgreifendere Auswirkungen als das Insolvenzverfahren. Insofern muss der Schuldner hier weitergehende Beschränkungen in Kauf nehmen.

Es darf jedoch auch hier nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Schuldner in seltenen Fällen schützenswerte persönliche Ausschlagungsmotive haben kann. Ist der persönliche Kern der Ausschlagungsentscheidung betroffen, ginge der von der Annahmepflicht ausgehende faktische Annahmepflicht zu weit.

Um dem Schuldner in diesen Fällen die sanktionslose Ausschlagung zu ermöglichen, ist die Annahmepflicht mit einer Zumutbarkeitsklausel zu versehen. Die Annahmepflicht trifft den Schuldner danach ausnahmsweise nicht, wenn ihm die Annahme unzumutbar ist. Die Unzumutbarkeit besteht in den Fällen, in denen der schützenswerte persönliche Kern der Ausschlagungsentscheidung betroffen ist (Vorbehalte gegen die Rechtsnachfolge des Erblassers, Auflagen). Die Rechtsnachfolge des Erblassers ist dem Schuldner insbesondere bei einem persönlichen Zerwürfnis mit dem Erblasser oder tiefgreifenden Meinungsverschiedenheiten unzumutbar. Die vorgebrachten Motive müssen allerdings ein gewisses Gewicht haben, um die Unzumutbarkeit der Erbschaftsannahme begründen zu können.

Schließlich ist die hälftige Herausgabeobligatorik des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO für Erbschaften und Vermächtnisse *de lege ferenda* auf den vollständigen Wert des erbrechtlichen Erwerbs zu erstrecken. Neben der Annahmepflicht ist eine Beschränkung der Herausgabeobligatorik insoweit nicht mehr erforderlich, um dem Schuldner einen Anreiz zur Annahme zu setzen. Dieser Anreiz geht dann schon von der im Fall der Ausschlagung bzw. Nichtannahme drohenden Versagung der Restschuldbefreiung aus.