

III. Zusammenfassung

Die von der Kommission entwickelten Kriterien zur *wirtschaftlichen Kontinuität* haben ausschließlich Indizwirkung. Die Kommission prüft diese anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls. Eine abschließende Beschlusspraxis der Kommission oder gar Spruchpraxis der Europäischen Gerichte liegt in diesem Zusammenhang bislang noch nicht vor. Dennoch sollten die o.g. Kriterien der *wirtschaftlichen Kontinuität* bei der Veräußerung des Vermögens eines insolventen Beihilfenempfängers durch den Verwalter im Auge behalten werden, um das Risiko eines Haftungsdurchgriffs auf den Erwerber zu reduzieren.

Für den Beleg des wohl gewichtigsten Kriteriums „Veräußerung zum Marktpreis“ sollte die Veräußerung im Rahmen eines Bietverfahrens durchgeführt werden, in dem die Assets einzeln und in Gesamtheit angeboten werden. Eine entsprechende Dokumentation muss dabei aus Gründen der Beweisführung sichergestellt werden. Dies zum einen deshalb, weil die Kommission prüfen wird, ob auch der Erwerber für die Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe in

Anspruch genommen werden kann und sich dabei auch den Ablauf des Bietverfahrens ansehen wird. Zum anderen muss jedoch auch damit gerechnet werden, dass Bieter, deren Angebot nicht den Zuschlag erhalten haben, bei der Kommission Beschwerde einlegen und diese daher die Durchführung des Bietverfahrens überprüfen wird.⁴⁵

Zusammenfassend gibt die Kommission durch ihre bisherigen Beschlüsse bereits einige Eckpunkte zur *wirtschaftlichen Kontinuität* vor, diese reichen jedoch noch nicht aus, im Fall einer Veräußerung auch bei Durchführung eines Bietverfahrens rechtssicher davon ausgehen zu können, dass der Erwerber von der Beihilferückforderung verschont bleibt. Für die Durchführung eines rechtswirksamen Verkaufs ist es dem Insolvenzverwalter daher zu empfehlen den Veräußerungsprozess in enger Abstimmung, mit den zuständigen deutschen Behörden und insbesondere mit der Kommission durchzuführen.

⁴⁵ EuG, Urt. v. 28.2.2012 – Rs. T-268/08 und T-281/08, Land Burgenland/Kommission.

Die analoge Anwendung der §§ 93, 334 InsO auf den unbeschränkt haftenden Erben im Nachlassinsolvenzverfahren

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch, Hamburg*

Entfernt ein Erbe einzelne Gegenstände aus dem Nachlass, um sich diese oder deren Vermögenswert einzuverleiben und unterlässt es anschließend, dies in einem von ihm zu erstellenden Inventar auszuweisen, soll er nach der Wertung des Gesetzgebers das Erbe angenommen haben und unbeschränkt für den Nachlass haften. In Bezug auf die Zugriffsmöglichkeiten auf das Privatvermögen des Erben stellt sich im Fall der Nachlassinsolvenz die Frage, ob diese den einzelnen Gläubigern oder aber dem Insolvenzverwalter als Hüter der Gläubigergleichbehandlung zukommt. Wie die erbrechtlichen Grundlagen aussehen und warum die wohl h.M., welche den Gläubigern das Zugriffsrecht auf das Vermögen des Erben zusprechen will, unzutreffend ist, soll Thema der folgenden Ausführungen sein.

I. Fallkonstellation und erbrechtliche Grundlagen

Ausgangspunkt der Streitfrage sind Fälle wie der Folgende: Nach Eintritt des Erbfalls liegt ein insolventer Nachlass i.S.d. § 320 InsO vor. Probleme in Bezug auf die unbeschränkte Erbenhaftung treten etwa dann auf, wenn einer der Erben zunächst über Gegenstände des Erbes verfügt,¹ das Erbe dann aber später ausschlägt, um dem Vollstreckungszugriff in das eigene Vermögen zu entgehen. Grds. liegt hier eine konkludente Annahme des Erbes i.S.d. § 1943 BGB vor (dazu unter 1.), für die der Erbe zwar im Fall der Insolvenz nur beschränkt haftet, jedoch bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen umfassend persönlich haftbar gemacht werden kann (dazu unter 2.).

1. Fälle der konkludenten Erbschaftsannahme

Das Erbe kann, neben der eindeutigen Erklärung das Erbe annehmen zu wollen, ebenfalls durch schlüssiges Verhalten oder aber durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist angenommen werden.²

Dabei kommen für die Annahme durch schlüssiges Handeln verschiedene Handlungsformen in Betracht. Die Rechtsprechung hat hier eine erhebliche Anzahl an Einzelfallkonstellationen herausgearbeitet. So kann u.a. die Beantragung eines Erbscheins,³ Verkauf der Erbschaft i.S.d. §§ 2371 ff. BGB⁴ oder auch das Unterbreiten von Vergleichsvorschlägen in einem durch Todesfall unterbrochenen Prozess bei Vorbehalt einer späteren Erbausschlagung⁵ eine Annahme der Erbschaft durch schlüssiges Handeln bedeuten.⁶ Häuf-

* Der Autor ist Rechtsanwalt/FAInsR/Insolvenzverwalter bei der Kanzlei SHNF (www.SHNF.de), Hamburg

1 Oder eine andere Handlung vornimmt, welche als konkludente Annahme zu werten ist, dazu sogleich.

2 Zur konkludenten Annahme allgemein MünchKomm-BGB/Leipold, § 1943 Rn. 4 ff.

3 KG, OLGE 14, 309; OLG Colmar, KGJ 53, 250.

4 BayOblLG, Recht 1906 Nr. 2515; OLG Kiel, SchIHAuz 1914, 37.

5 OLG Stettin, LZ 1929, 278.

6 Gesamtübersicht bei Staudinger/Otte, BGB, § 1943 Rn. 10.

ger Anwendungsfall wird dabei insbesondere die Verfügung über (einzelne) Nachlassgegenstände sein.⁷ Dies ist im Ergebnis für den Fall, dass der Erbe in dem Bewusstsein über den Gegenstand verfügt, er sei Erbe geworden unbestritten, dann jedoch streitig, wenn er davon ausgeht, bereits vor dem Erbfall Eigentümer geworden zu sein.⁸ Rechtlich relevanter dürfte der Fall sein, in dem der Erbe davon ausgeht, er sei Erbe und nicht bereits vor dem Erbfall Eigentümer des Nachlassgegenstands geworden, auch wenn gute Gründe dafür sprechen, beide Sachverhalte gleichzubehandeln.⁹ Es kommt somit darauf an, ob der Verfügende den Gegenstand oder den in ihm verkörperten Wert behalten will.¹⁰ Folglich ist bereits in jedem Verfügen, insbesondere in der Veräußerung oder Ansichnahme, auch über einzelne Gegenstände des Nachlasses eine konkludente Annahme i.S.d. § 1943 BGB zu sehen.

2. Daraus resultierende unbeschränkte Haftung

Liegen die o.g. Voraussetzungen vor, haftet der Erbe nicht mit dem eigenen Vermögen für den Nachlass, wenn über den Nachlass die Nachlassverwaltung oder das Nachlassinsolvenzverfahren i.S.d. §§ 315 ff. InsO angeordnet wird, § 1975 BGB. Abweichend davon bleibt aber die unbeschränkte Haftung des Erben jedoch unter bestimmten Voraussetzungen bestehen.

Als Einzelfälle dieser Haftung kommen dabei in Betracht:

- Versäumung der Inventarfrist des § 1994 Abs. 1 Satz 2 BGB;
- Herbeiführung einer erheblichen Unvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Nachlassgegenstände, § 2005 Abs. 1 Satz 1, 1. HS BGB. Einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bedarf es dazu nicht.¹¹ Tatsächlich reicht jeder Vorsatz, soweit er sich auf das Erreichen eines bestimmten Zwecks konkretisiert hat, aus.¹² Üblicherweise wird bei dem Erben, der über Einzelgegenstände verfügt, der Wille, einzelne, werthaltige Vermögensgegenstände zur persönlichen Vorteilsabschöpfung zur Seite zu schaffen, im Vordergrund stehen. Dieser Vorsatz ist also, im Gegensatz zu § 2005 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB der einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz voraussetzt, ausreichend;
- Bewirkung der Aufnahme einer nicht bestehenden Verbindlichkeit in das Nachlassinventar mit dem Vorsatz die Gläubiger zu benachteiligen, § 2005 Abs. 1 Satz 1, 2. HS BGB;
- erhebliche Verzögerung oder Verweigerung der Auskunft nach Beantragung der amtlichen Aufnahme des Inventars gem. §§ 2003, 2005 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Somit haftet der Erbe insbesondere dann unbeschränkt, wenn er sich einzelne Gegenstände aus dem Nachlass zu eigen macht oder diese gewinnbringend verkauft, und sich dann auf die beschränkte Haftung beruft, ohne diese Gegenstände oder Verkaufserlöse im Inventar anzugeben. Somit

ist für die Streitfrage die Erfüllung des § 2005 Abs. 1 Satz 1 BGB von besonderer Relevanz.¹³

Die Rechtsfolge für den Erben ergibt sich aus § 2013 BGB: Haftet er unbeschränkt für den Nachlass, kann er keine Einreden gegen einen Zugriff auf sein eigenes Vermögen geltend machen.

Somit haftet der Erbe über die Normenkette §§ 1943, 1975, 2005, 2013 BGB im Fall des Verschweigens der Verfügung über einen Einzelgegenstand des Nachlasses persönlich und unbeschränkt mit dem eigenen Vermögen.

II. Analoge Anwendung der §§ 93, 334 InsO

Kommt es nun zur Nachlassinsolvenz i.S.d. §§ 315 ff. InsO, stellt sich die Frage, wem nach Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens die Einzugsermächtigung für die Ansprüche gegen den unbeschränkt haftenden Erben zusteht, den Nachlassgläubigern selbst (dazu unter 1.) oder aber dem Insolvenzverwalter (dazu unter 2.).¹⁴

1. Gläubiger als Einzugsermächtigte

Nach dem alten Recht der KO war es einhellige Ansicht, dass ein solches Recht nur den einzelnen Gläubigern zustehen würde.¹⁵ Zunächst ist denkbar, dass der einzelne Nachlassgläubiger sich nun vor der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens und sogar während des laufenden Verfahrens auch nach Ablösung der KO durch die InsO an den unbeschränkt haftenden Erben wenden kann und in das Privatvermögen dieses Erben vollstreckt. Diese der alten Rechtslage entsprechende Ansicht wird auch von einer Reihe Autoren¹⁶ und der bisherigen Rechtsprechung zu diesem

7 MünchKomm-BGB/Leipold, § 1943 Rn. 4; Prütting/Wegen/Weinreich/Tschichoflos/Zimmer, BGB, § 1943 Rn. 7; BayObLG v. 9.10.1987, FamRZ 1988, 213 zur Veräußerung eines Einzelgegenstands (Gesellschaftsanteils des Erblassers); noch weiter gehend OLG Oldenburg, NJW-RR 1995, 441 (ausreichen von Auftragserteilung an Immobilienmakler zur Veräußerung eines einzelnen Gegenstands).

8 Für eine Anwendung von § 1943 BGB MünchKomm-BGB/Leipold, § 1943 Rn. 4; BayObLGZ 4, 60; a.A. Palandt/Edenhof, BGB, § 1943 Rn. 2; Prütting/Wegen/Weinreich/Tschichoflos/Zimmer (Fn. 7), § 1943 Rn. 8.

9 So insbesondere die großzügigen Anfechtungsvoraussetzungen und -fristen der §§ 1954 ff. BGB.

10 Dieser Ansatz bietet insbesondere eine sinnvolle Abgrenzung zu der reinen Nachlasspflege und -erhaltung, Schulze u.a./Hoeren, BGB, § 1943 Rn. 2 mit Bezug auf den Code Civil.

11 MünchKomm-BGB/Küpper, § 2005 Rn. 2.

12 Prütting/Wegen/Weinreich/Tschichoflos/Zimmer (Fn. 7), § 2005 Rn. 4.

13 Zur Haftung bei Verwendung von Nachlassgegenständen für eigene Zwecke RG, DJZ 1912, 1185.

14 Bork wirft diese Frage bereits 2001 in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 1346 auf.

15 Uhlenbruck/Kuhn, KO, § 226 Rn. 4; OLG Kassel, OLGE 19, 137.

16 MünchKomm-BGB/Küpper, § 2013 Rn. 2 sowie Fn. 28 zu § 1984 Rn.; Staudinger/Marotzke (Fn. 6), Vor §§ 1967 ff. Rn. 29; MünchKomm-InsO/Siegmann, § 325 Rn. 12; Döbereiner, in: Insolvenzzrechtshandbuch, § 115 Rn. 38; Brinkmann, Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse, S. 192 ff.; Meßink, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft in der Insolvenz, S. 69 f.

Thema¹⁷ vertreten. Begründet wird dies damit, dass es an der vergleichbaren Interessenlage zu den Fällen der §§ 93, 334 InsO fehle und somit eine Analogie scheitere. Mangels entsprechender Rechtsgrundlage bliebe es dann beim Einzugsrecht der Gläubiger. Weiter solle vermieden werden, dass der Nachlassinsolvenzverwalter allzu unterschiedlichen und komplizierten Ansprüchen nachgehen soll. Auch stehe die Wertung aus § 43 InsO der Analogie im Wege, da der unbeschränkt haftende Erbe nicht wie ein Gesellschafter neben dem Gesellschaftsvermögen hafte.¹⁸ Weiter sollen einzelne, privilegierte Gläubigergruppen ihre Privilegien nicht verlieren.¹⁹

2. Einzugsrecht des Insolvenzverwalters

Von dieser Argumentation abweichend könnte man jedoch auch dem Insolvenzverwalter analog §§ 93, 334 InsO das Einzugsrecht gegenüber dem unbeschränkt haftenden Erben zugestehen.²⁰ Die Anwendung der §§ 93, 334 InsO ist jedenfalls nicht vom Wortlaut der Normen gedeckt. Diese umschreiben zwei klar umrissene Fälle, welche nicht identisch mit dem Fall des unbeschränkt haftenden Erben sind.

Somit ist die Frage der analogen Anwendung der §§ 93, 334 InsO durch Auslegung der Normen zu klären. Ob eine Analogie möglich ist, ist davon abhängig, ob eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und für den streitigen Fall eine ähnliche Interessenlage besteht.

a) Sinn und Zweck der Norm

Zunächst ist zu klären, welchen Sinn und Zweck die §§ 93, 334 InsO verfolgen. Die §§ 93, 334 InsO treffen, anders noch als die KO die keine vergleichbaren Einzugsvorbehalte beinhaltete,²¹ eine Entscheidung bzgl. des Einzugsrechts von Forderungen der Gläubiger bei Vorliegen von Haftungskumulationen im Fall der Gesellschafts- und Ehegatteninsolvenz. Dies soll insbesondere die Masse mehren und eine größere Zahl an Verfahren ermöglichen, um eine Massearbitrage i.S.d. § 207 InsO zu verhindern. Dies ist letztlich Ausfluss des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung des § 1 InsO und stellt für das moderne Insolvenzrecht eine sinnvolle Neuerung dar. Somit lässt sich festhalten, dass die §§ 93, 334 InsO letztlich Ausfluss des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung sind.

b) Planwidrige Regelungslücke

Da eine direkte Anwendung der Normen nicht möglich ist, stellt sich somit die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Analogie vorliegen. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen sowie die Interessenlage bzgl. des Regel- und des Analogiefalles vergleichbar sein. Jedenfalls besteht eine Regelungslücke: Die Normen haben einen klar umrissenen Anwendungsbereich, der den Fall des unbeschränkt haftenden Erben nicht umfasst.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch planwidrig ist. Planwidrigkeit besteht dann, wenn die Gesetzeslage der Regelungs-

absicht des Gesetzgebers zuwiderläuft.²² Dabei wird in der Literatur vertreten,²³ dass trotz des bestehenden Vorschlages im Vorwege der Reform der KO,²⁴ der Gesetzgeber diesem Vorschlag nicht nachgekommen sei. Daraus ließe sich zwingend schließen, dass sich eine Analogie verbiete. Jedoch verkennt diese Ansicht die tatsächliche Sachlage. Wie bereits anderweitig in der Literatur vertreten,²⁵ ergeben sich aus den gesamten Materialien zum Gesetzgebungsprozess keinerlei Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber den Vorschlag überhaupt gesehen hat, und ihn dann aber verworfen hat. Im Gegenteil fehlen in den Gesetzgebungsmaterialien sämtliche Hinweise darauf, dass sich der Gesetzgeber mit der Einführung eines dritten Einzugsvorbehaltes überhaupt auseinandergesetzt hat.²⁶ Der Gesetzgeber dürfte einfach vergessen haben, sich damit zu befassen. Folglich liegen die Voraussetzungen der Regelungslücke sowie der Planwidrigkeit vor.

c) Vergleichbare Interessenlage

Ausschlaggebend für die analoge Anwendung der Normen ist jedoch insbesondere eine Vergleichbarkeit der Interessenlage zwischen dem Regelfall und dem Analogiefall.

Die §§ 93, 334 InsO dienen der Umsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung.²⁷ Zu fragen ist also, ob der Gesetzgeber mit Einführung der InsO als Ablösung der KO ein umfangreiches Einzugsrecht des Insolvenzverwalters begründen wollte oder dies nur in einigen wenigen Teilbereichen umsetzen wollte. In der KO existierten keine Einzugsvorbehalte,²⁸ diese Wertung war eine klare gesetzgeberische Entscheidung. Von dieser ist der Gesetzgeber jedoch mit der Einführung der InsO abgerückt. Mit Einführung der §§ 93, 334 InsO wurden ausdrückliche Einzugsvorbehalte für den Insolvenzverwalter geschaffen.²⁹

17 OLG Schleswig, FamRZ 2011, 1682. Das Urteil stützt sich anscheinend ausschließlich auf die oben zitierte Stelle aus dem MünchKomm-InsO und ist somit aus rechtsdogmatischer Sicht fragwürdig. Weiter erkennen die Richter trotz der Ablehnung der analogen Anwendung an, dass der Grundsatz der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung verletzt wird („Es steht mit dem Maßstab gemeinschaftlicher Gläubigerbefriedigung aus § 1 InsO nicht im Einklang, wenn im Nachlassverfahren im Fall unbeschränkter Erbenhaftung jedem Nachlassgläubiger selbst das Recht zur Beitreibung seiner Forderung verbleibt.“).

18 Ausführliche Argumentation dazu MünchKomm-InsO/Siegmann, § 325 Rn. 12.

19 Meßink (Fn. 16), S. 79 f.

20 Oepen, in: Massefremde Masse, Rn. 277 f.; Roth, ZInsO 2010, 118, 122; Wolf, in: Leipold: Insolvenzrecht im Umbruch, S. 123 f. der bereits im Vorwege der Reform den Regelungsbedarf analog einer Regelung §§ 93, 334 InsO erkennt.

21 Oepen (Fn. 20), Rn. 277 f.

22 Etwa Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rn. 483.

23 Insbesondere MünchKomm-InsO/Siegmann, § 325 Rn. 12.

24 Wolf (Fn. 20), S. 123 f.

25 Meßink (Fn. 16), S. 72 f.

26 Meßink (Fn. 16), der zwar im Folgenden zu einer Ablehnung der Analogie gelangt, die Planwidrigkeit der Regelungslücke aber überzeugend herausarbeitet.

27 S.o.

28 S.o.

29 So auch Oepen (Fn. 20), Rn. 277 f.