

Schriften zum Prozessrecht

Band 85

Sicherungs- und Prozeßpflegschaft

(§§ 1960, 1961 BGB)

Von

Dr. Albert Ziegltrum



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ALBERT ZIEGLTRUM

Sicherungs- und Prozeßpflegschaft

Schriften zum Prozessrecht

Band 85

Sicherungs- und Prozeßpflegschaft

(§§ 1960, 1961 BGB)

Von

Dr. Albert Ziegltrum



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Ziegltrum, Albert:

Sicherungs- und Prozesspflegschaft: (§§ 1960,
1961 BGB) / von Albert Ziegltrum. — Berlin:
Duncker und Humblot, 1986.

(Schriften zum Prozessrecht; Bd. 85)

ISBN 3-428-05977-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1986 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Hermann Hagedorn, Berlin 46

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05977-8

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Die Nachlaßpflegschaft als staatliche Fürsorge anläßlich eines Erbfalls	19
§ 1 Die Gestaltung des Erbschaftserwerbs nach dem BGB	19
A. Die Grundsätze der Gesamtrechtsnachfolge, des Selbst-Übergangs und des Sofort-Erwerbs der Erbschaft	19
B. Die Hindernisse für einen sofortigen vollen Erbschaftserwerb	20
I. Die Erbfähigkeit der Leibesfrucht	20
II. Der Anfall der Erbschaft	20
III. Die Geschäftsführung des Erben vor der Ausschlagung	21
IV. Die fehlende passive Prozeßführungsbefugnis des Erben vor der Annahme	22
C. Zusammenfassung	23
§ 2 Überblick zur Geschichte der Nachlaßfürsorge	23
A. Das römische Recht	24
I. Das altrömische Recht (bis etwa Mitte des 3. Jahrhunderts v. Chr.)	24
II. Das vorklassische und klassische Recht	25
III. Die nachklassischen Entwicklungen (3. bis 6. Jahrhundert n. Chr.)	27
B. Das deutsche Recht	27
I. Die Zeit bis zum Ende des Mittelalters (etwa 15. Jahrhundert)	27
II. Die Entwicklung nach der Rezeption des römischen Rechts	28
C. Das Bürgerliche Gesetzbuch	29
§ 3 Die Nachlaßpflegschaft	30
A. Die Sicherungspflegschaft im Sinne des § 1960 Abs. 2 BGB	30
B. Die Prozeßpflegschaft im Sinne des § 1961 BGB	31
C. Die Nachlaßverwaltung im Sinne der §§ 1975 ff. BGB	33

Zweiter Teil

Die Einleitung der Nachlaßpflegschaft	34
<i>§ 1 Die Zuständigkeit für die Einleitung der Nachlaßpflegschaft</i>	<i>35</i>
A. Vorbemerkung	35
B. Die sachliche Zuständigkeit	36
C. Die örtliche Zuständigkeit	37
I. Die Regelzuständigkeit	38
1. Deutscher Erblasser	38
2. Ausländischer Erblasser	39
3. Staatenloser Erblasser	39
II. Die Zuständigkeit kraft Fürsorgebedürfnisses	39
III. Die Zuständigkeit kraft Abgabeverfügung	40
D. Die funktionelle Zuständigkeit	41
E. Die internationale Zuständigkeit	43
F. Die interlokale Zuständigkeit	46
 <i>§ 2 Die Voraussetzungen für die Einleitung der Nachlaßpflegschaft</i>	 <i>47</i>
A. Die Rechtsgrundlagen	47
B. Die Voraussetzungen für die Einleitung der Sicherungspflegschaft	49
I. Vorbemerkung	49
1. Der Beurteilungsstandpunkt	49
2. Das Verhältnis der Sätze 1 und 2 des § 1960 Abs.1 BGB	50
II. Die einzelnen Fälle des § 1960 Abs.1 BGB	52
1. Das Unbekannt-Sein des Erben	52
a) Der Begriff „Unbekannt-Sein“ des Erben	53
b) Die einzelnen Fälle des „Unbekannt-Sein“ des Erben	54
aa) Unkenntnis des Berufungsgrundes	
bb) Unkenntnis der Erbfähigkeit	
cc) Unkenntnis der Koexistenz von Erblasser und Erben	
2. Die fehlende Annahme der Erbschaft	57
3. Die Ungewißheit der Erbschaftsannahme	58
a) Die Auffassung in Rechtsprechung und Literatur	58
b) Eigene Auffassung	59
4. Zusammenfassung	61
III. Das Bedürfnis im Sinne des § 1960 Abs.1 BGB	61
1. Die doppelte Funktion des Bedürfnisses	61
2. Das Sicherungsbedürfnis als Tatbestandsvoraussetzung	62
a) Allgemeine Beschreibung	62
b) Einzelerläuterung	63
aa) Gefahrträchtige Zusammensetzung des Nachlasses	

bb)	Fürsorge für den Nachlaß durch „Privatpersonen“: Notgeschäftsführungspflichten, Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkursverfahren, Fürsorgebereitschaft	
cc)	Vertrauenswürdigkeit	
dd)	Blick auf die einzelnen Nachlaßbestandteile	
ee)	Bedürfnisprüfung anhand der Interessen des Erben	
3.	Das Sicherungsbedürfnis als Maßstab für die konkrete Rechtsfolge	71
a)	Die Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung, die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses	72
aa)	Die Anlegung von Siegeln	
bb)	Die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten	
cc)	Die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses	
b)	Die Bestellung eines Sicherungspflegers	73
c)	Die Auswahl der konkreten Sicherungsmaßnahme „Bestellung eines Sicherungspflegers“	73
IV.	Das Beweismaß	76
V.	Zusammenfassung zu den Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungspflegschaft	80
C.	Die Voraussetzungen für die Einleitung der Prozeßpflegschaft	80
I.	Vorbemerkung	80
1.	Die Ausgangslage	80
2.	Der Beurteilungsstandpunkt	81
II.	Die Voraussetzungen im einzelnen	81
1.	Die Fälle des § 1960 Abs. 1 BGB	81
a)	Die fehlende Annahme der Erbschaft	81
b)	Das Bedürfnis	82
aa)	Verweisung des § 1961 BGB auf die Fälle des § 1960 Abs. 1 BGB	
bb)	Gefahrträchtige Zusammensetzung des Nachlasses	
cc)	Wegfall des Bedürfnisses bei gesetzlicher oder gewillkürter Prozeßstandschaft	
dd)	Vertrauenswürdigkeit	
ee)	Verbot der globalen Betrachtung des Nachlasses	
ff)	Bedürfnisprüfung anhand der Interessen des Erben?	
2.	Der sich gegen den Nachlaß richtende Anspruch	87
3.	Der Zweck der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs	87
a)	Die gerichtliche Geltendmachung	88
b)	Der Zweck der gerichtlichen Geltendmachung	88
4.	Der Antrag des Berechtigten	89
a)	Die Form des Antrags	89
b)	Der Inhalt des Antrags	89
III.	Das Beweismaß	90
IV.	Zusammenfassung zu den Voraussetzungen für die Einleitung der Prozeßpflegschaft	91

§ 3 <i>Das Verhältnis der Sicherungspflegschaft zu anderen Pflegschaften</i>	91
A. Die Abgrenzung Sicherungspflegschaft/Prozeßpflegschaft/ Nachlaßverwaltung	92
I. Sicherungspflegschaft (§ 1960 Abs. 1, 2 BGB) und Pro- zeßpflegschaft (§ 1961 BGB)	93
II. Sicherungspflegschaft, Prozeßpflegschaft einerseits und Nachlaßverwal- tung (§§ 1975 ff. BGB) andererseits	94
B. Die Abgrenzung Sicherungspflegschaft/Pflegschaft für unbekannte Beteiligte (§ 1913 BGB)	95
I. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1913 BGB	95
1. Die Vorschrift des § 1913 Satz 1 BGB	95
2. Die Vorschrift des § 1913 Satz 2 BGB (sogenannte Deszendentzpfleg- schaft)	95
II. Die Abgrenzung	96
C. Die Abgrenzung Sicherungspflegschaft/Pflegschaft für eine Leibesfrucht (§ 1912 BGB)	97
I. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1912 BGB	97
1. Die Vorschrift des § 1912 Abs. 1 Satz 1 BGB	97
2. Die Vorschrift des § 1912 Abs. 1 Satz 2 BGB	97
3. Die Vorschrift des § 1912 Abs. 2 BGB	97
II. Die Abgrenzung	98
D. Die Abgrenzung Sicherungspflegschaft/Abwesenheitspflegschaft (§ 1911 BGB)	99
I. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1911 BGB	99
1. Die Vorschrift des § 1911 Abs. 1 BGB	99
2. Die Vorschrift des § 1911 Abs. 2 BGB	100
II. Die Abgrenzung	100
§ 4 <i>Die Auswahl und Bestellung des Nachlaßpflegers</i>	101
A. Die Rechtsgrundlagen	101
I. Die Anwendung der Regeln über die Pflegschaft im Sinne des Familienrechts	101
II. Die Anwendung der Regeln der Vormundschaft über Volljährige ...	102
B. Die Auswahl des Nachlaßpflegers	103
I. Vorbemerkung	103
1. Die Berufung zum Nachlaßpfleger	103
2. Die Hinderungsgründe	104
a) Die Unfähigkeit	104
b) Die „Untauglichkeit“	104
II. Die Grundsätze für die Auswahl des Nachlaßpflegers	105
1. Die Eignung nach den persönlichen Verhältnissen	105
a) Die intellektuellen Fähigkeiten	105
b) Die Charaktereigenschaften	106

2. Die Eignung nach der Vermögenslage	106
3. Die Eignung nach den sonstigen Umständen	108
C. Die Übernahmepflicht und das Ablehnungsrecht	108
I. Die Übernahmepflicht	108
II. Der Ausschluß der Übernahmepflicht	108
III. Das Ablehnungsrecht	109
1. Die einzelnen Fälle	109
2. Die Geltendmachung des Ablehnungsrechts	109
3. Die grundlose Ablehnung und die Verhängung von Zwangsgeld	110
D. Die Bestellung des Nachlaßpflegers	110
I. Die Bestellung	110
1. Der Begriff	110
2. Die Form	110
3. Der Inhalt	111
4. Die Wirkung	112
II. Die Bestallungsurkunde	112
E. Die Bestellung mehrerer Nachlaßpfleger und eines „Gegen-Nachlaßpflegers“	112
I. Die Bestellung mehrerer Nachlaßpfleger	112
II. Die Bestellung eines „Gegen-Nachlaßpflegers“	113

Dritter Teil

Die Durchführung der Nachlaßpflegschaft 114

§1 Vorbemerkung	114
A. Die Zuständigkeiten	114
B. Das Verhältnis zwischen Nachlaßpfleger und Nachlaßgericht	114
I. Der Grundsatz der Selbständigkeit des Nachlaßpflegers	114
II. Die Aufsicht des Nachlaßgerichts	115
1. Die Leitlinie für die Ausübung der Aufsicht	115
2. Die einzelnen Aufsichtsmittel	116
a) Die Unterrichtung	116
b) Die Rechnungslegung	116
c) Die Genehmigungsvorbehalte	117
aa) Die genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte	
bb) Die Rechtslage ohne die erforderliche Genehmigung, die Genehmigung	
d) Die Ausnahmebewilligung	120
e) Das Einschreiten gegen Pflichtwidrigkeiten durch Gebote und Verbote	120
aa) Pflichtwidrigkeit des Nachlaßpflegers	
bb) Verschulden	
cc) Art der Gebote und Verbote	

f) Die Festsetzung von Zwangsgeld (§ 1837 Abs. 2 Satz 1 BGB analog)	121
aa) Die Voraussetzungen	
bb) Das Verfahren	
g) Die Entlassung des Nachlaßpflegers	122
C. Die Rechtsstellung des Nachlaßpflegers	122
I. Die privatrechtliche Rechtsstellung des Nachlaßpflegers	122
II. Der Nachlaßpfleger als (gesetzlicher) Vertreter oder Träger eines privaten Amtes	123
1. Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	123
a) Der Nachlaßpfleger als (gesetzlicher) Vertreter	123
b) Der Nachlaßpfleger als Träger eines privaten Amtes	124
2. Die eigene Ansicht	125
a) Zur Vertretertheorie	125
b) Zur Amtstheorie	127
c) Die Entscheidung der Frage	128
aa) Materiell-rechtliche Fragen: Verfügungsgeschäfte, Erwerbs- handlungen, Begründung von Verbindlichkeiten	
bb) Prozeßrechtliche Fragen: Allgemeiner Gerichtsstand, Zeug- nisverweigerungsrecht, Parteivernehmung, Prozeßkosten- hilfe, Prozeßkosten	
cc) Entscheidung	
§ 2 Die Aufgaben des Nachlaßpflegers	135
A. Allgemeine Beschreibung	135
I. Der Zweck der Nachlaßpflegschaft als Maßstab	135
1. Der Zweck der Sicherungspflegschaft	135
2. Der Zweck der Prozeßpflegschaft	136
II. Die ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen	137
1. Die ausdrücklich genannten Pflicht-Aufgaben	137
a) Auskunft über den Bestand des Nachlasses	137
b) Steuerliche Pflichten	137
2. Die ausdrücklich genannten fakultativen Aufgaben	138
a) Einreden der §§ 2014, 2015 Abs. 1 BGB	138
b) Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens	139
c) Antrag auf Zwangsversteigerung eines Grundstücks	139
d) Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses	140
e) Antrag auf Eröffnung des Nachlaßvergleiches	140
f) Bewilligung von Grundbucheintragungen	141
g) Weiterführung eines Betriebes	141
aa) § 46 Abs. 2 GewO	
bb) § 6 Satz 2 EHG	
cc) § 10 Satz 2 GaststättenG	
dd) § 4 Abs. 1 Satz 1 HandwO	
ee) § 19 Abs. 1 Halbsatz 2 PBefG	
ff) § 19 GüKG	
III. Die entsprechende Anwendung des Vormundschaftsrechts	142
IV. Die Anordnungen dritter Personen, insbesondere des Erblassers	142
V. Zusammenfassung	143

B. Die wichtigsten Aufgaben des Nachlaßpflegers während seiner Amtszeit	144
I. Die Aufgaben zu Beginn seiner Amtszeit	144
1. Die Feststellung des Nachlaßbestandes	144
2. Die Sicherstellung des Nachlasses	146
3. Die Anlegung der Nachlaßgelder; die Aufbewahrung von Wertpapieren und Kostbarkeiten	147
a) Die Trennung der Vermögen	147
b) Die Anlegung der Nachlaßgelder	147
c) Die Aufbewahrung von Wertpapieren	148
aa) Die Inhaberpapiere	
bb) Die Buchforderungen	
cc) Sonstige Wertpapiere	
dd) Die Befreiung durch das Nachlaßgericht	
d) Die Aufbewahrung von Kostbarkeiten	151
4. Die Behandlung des sonstigen Nachlasses	151
II. Die Aufgaben des Nachlaßpflegers im weiteren Verlauf seiner Amtszeit	152
1. Die Ausgangslage	152
2. Die Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses	152
a) Die Erhaltung des Nachlasses	152
b) Die Verwaltung des Nachlasses	153
c) Zusammenfassung	156
d) Einzelne Maßnahmen des Nachlaßpflegers	157
aa) Verfügung über Nachlaßgegenstände, Veräußerung, Liquidierung des Nachlasses	
bb) Begründung von Verbindlichkeiten	
cc) Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten	
e) Die Pflicht des Nachlaßpflegers zur Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß	158
aa) Grundsätzliche Probleme der Haftungsbeschränkung bei einer Nachlaßpflegschaft	
bb) Der Schutz des Nachlasses vor den Eigengläubigern des Erben	
cc) Der Schutz des Nachlasses vor einzelnen Nachlaßgläubigern: Nachlaßkonkurs- und Nachlaßvergleichsverfahren, Nachlaßverwaltung, Einreden der §§ 1990, 1991 BGB, Einreden der §§ 1973, 1974 BGB	
dd) Der „Schutz des Nachlasses“ vor allen Nachlaßgläubigern	
ee) Der Schutz des Nachlasses vor dem Erben	
ff) Zusammenfassung	
3. Die Ermittlung des Erben	172
a) Die Begründung einer derartigen Pflicht des Nachlaßpflegers	172
aa) Die Erbenermittlung als Aufgabe des Nachlaßgerichts	
bb) Die Erbenermittlung als Aufgabe des Nachlaßpflegers	
cc) Die Erbenermittlung durch den Nachlaßpfleger als Teil seiner Sicherungstätigkeit	
b) Die Durchführung der Erbenermittlung	175
c) Die Tätigkeit des Nachlaßpflegers bei der Erbenermittlung	177
III. Die Aufgaben des Nachlaßpflegers in Sonderfällen	180
1. Bei Testamentsvollstreckung	180
2. Bei Nachlaßverwaltung	181
3. Bei Nachlaßkonkurs	181

4. Bei Nachlaßvergleich	182
5. Bei Miterbengemeinschaft	183
IV. Die Unterschiede in den Aufgaben eines Sicherungspflegers und eines Prozeßpflegers; zugleich Zusammenfassung zu den Aufgaben	184
<i>§ 3 Das Verhältnis zwischen Nachlaßpfleger, vorläufigem und endgültigem Erben ...</i>	186
A. Das Verhältnis zwischen Nachlaßpfleger und vorläufigem Erben	186
I. Das Verhältnis im außerprozessualen Bereich	186
II. Das Verhältnis im prozessualen Bereich	188
1. Beim Erbfall noch nicht anhängige Prozesse	188
a) Passivprozesse	188
b) Aktivprozesse	189
2. Beim Erbfall bereits anhängige Prozesse	189
a) Passivprozesse	189
b) Aktivprozesse	190
c) Aussetzung der Prozesse	190
III. Das Verhältnis im Bereich der Zwangsvollstreckung	191
1. Nach dem Erbfall beginnende Zwangsvollstreckung	191
a) Passivvollstreckung	191
b) Aktivvollstreckung	191
2. Beim Erbfall bereits begonnene Zwangsvollstreckung	191
a) Passivvollstreckung	191
b) Aktivvollstreckung	191
B. Das Verhältnis zwischen Nachlaßpfleger und endgültigem Erben	192
I. Das Verhältnis im außerprozessualen Bereich	192
II. Das Verhältnis im prozessualen Bereich	194
1. Beim Erbfall noch nicht anhängige Prozesse	194
a) Passivprozesse	194
aa) Klage gegen den Erben	
bb) Klage gegen den Nachlaßpfleger	
b) Aktivprozesse	195
aa) Klage des Erben	
bb) Klage des Nachlaßpflegers	
c) Konfliktfälle	196
2. Beim Erbfall bereits anhängige Prozesse	196
III. Das Verhältnis im Bereich der Zwangsvollstreckung	197
1. Nach dem Erbfall beginnende Zwangsvollstreckung	197
a) Passivvollstreckung	197
b) Aktivvollstreckung	197
2. Beim Erbfall bereits begonnene Zwangsvollstreckung	197
a) Passivvollstreckung	197
b) Aktivvollstreckung	197
IV. Die Wirkung von Urteilen aus Prozessen des Nachlaßpflegers	198
V. Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel	199

§ 4 Die Haftung des Nachlaßpflegers	199
A. Die Haftung gegenüber dem Erben	199
I. Die Haftung gemäß § 1833 Abs.1 Satz1 BGB analog	199
1. Voraussetzungen	199
a) Wirksame Bestellung	199
b) Pflichtverletzung	200
c) Verschulden	200
aa) Eigenes Verschulden	
bb) Fremdes Verschulden	
d) Schaden	202
2. Rechtsfolge	202
3. Die Haftung mehrerer Nachlaßpfleger, des „Gegen-Nachlaßpflegers“	202
II. Die Haftung gemäß allgemeinen Vorschriften	203
B. Die Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern	203
I. Die Haftung nach besonderen Vorschriften	203
1. Die Haftung wegen Verletzung der Auskunftspflicht	203
2. Die Haftung wegen Verletzung der steuerlichen Pflichten	203
II. Die Haftung in Analogie zu § 1985 Abs. 2 Satz1 BGB	204

Vierter Teil

Die Beendigung der Nachlaßpflegschaft 206

§ 1 Das Ende des Amtes des Nachlaßpflegers	206
A. Das Ende kraft Gesetzes	206
I. Die Beendigung der Nachlaßpflegschaft	206
II. Der Tod des Nachlaßpflegers	206
III. Die Entmündigung des Nachlaßpflegers	207
B. Das Ende durch Entlassung	207
I. Die Entlassungsgründe	207
1. Die Gefährdung des Nachlasses (§ 1886 Alt. 1 BGB analog)	207
2. Die Untauglichkeitsgründe (§ 1886 Alt. 2 BGB analog)	208
3. Die Versagung oder Rücknahme einer erforderlichen Erlaubnis (§ 1888 BGB analog)	208
4. Der eigene Antrag des Nachlaßpflegers (§ 1889 Abs. 1 BGB analog)	209
a) Wichtiger Grund	209
b) Antrag des Nachlaßpflegers	210
5. Die Entlassung bei Bestellung unter Vorbehalt (§ 1790 BGB analog)	210
II. Das Entlassungsverfahren	210
C. Die Folgen des Amtsendes	210
I. Die Bestellung eines neuen Nachlaßpflegers	211
II. Die Rückgabe der Bestallung	211

III. Die Herausgabe des Nachlasses	211
IV. Die Rechenschaftspflicht	211
V. Das Recht und die Pflicht zum Weiterhandeln	211
1. Das Recht zur Fortführung der Geschäfte	211
2. Die Pflicht zur Fortführung der Geschäfte	212
VI. Der Aufwendungsersatzanspruch und die Vergütung	212
VII. Die Folgen für die Handlungsmacht des vorläufigen und endgültigen Erben	212
VIII. Die Folgen für anhängige Prozesse und Zwangsvollstreckungsverfahren	212
1. Die Prozeßverfahren	212
2. Die Zwangsvollstreckungsverfahren	213
D. Das Ende des Amtes eines „Gegen-Nachlaßpflegers“	213
§ 2 <i>Das Ende der Nachlaßpflegschaft</i>	213
A. Gerichtliche Aufhebung oder Beendigung kraft Gesetzes	213
B. Die Aufhebung durch das Nachlaßgericht	214
I. Der Wegfall des Anordnungsgrundes	214
1. Bei der Sicherungspflegschaft	214
a) Die Annahme der Erbschaft	215
b) Der Wegfall des Sicherungsbedürfnisses	215
2. Bei der Prozeßpflegschaft	215
a) Die Annahme der Erbschaft	216
b) Der Wegfall der Notwendigkeit der Bestellung eines Prozeßpflegers	216
c) Die Rücknahme des Antrags	216
II. Das Aufhebungsverfahren	216
C. Das Ende der Nachlaßpflegschaft kraft Gesetzes	217
§ 3 <i>Die Folgen des Endes der Nachlaßpflegschaft</i>	218
A. Das Ende der Rechtsstellung als Nachlaßpfleger	218
B. Die Rückgabe der Bestellung	218
C. Die Herausgabe des Nachlasses	219
I. Die Voraussetzungen der Herausgabepflicht	219
II. Der Inhalt der Herausgabepflicht	219
1. Der Umfang der Herausgabepflicht	219
2. Der Inhalt der Herausgabepflicht im einzelnen	219
a) Herausgabe	220
b) Verzeichnis des Nachlaßbestandes	220
III. Die Parteien des Herausgabeanpruchs	220
1. Der Schuldner des Herausgabeanpruchs	220
2. Der Gläubiger des Herausgabeanpruchs	220
IV. Die Geltendmachung des Herausgabeanpruchs	221

V. Die „Gegenrechte“ des Nachlaßpflegers	222
1. Der Anspruch auf Erteilung einer Quittung	222
2. Das Zurückbehaltungsrecht	222
D. Die Rechenschaftsablegung	222
I. Die Voraussetzungen der Rechenschaftspflicht	222
II. Der Inhalt der Rechenschaftspflicht	223
1. Der Umfang der Rechenschaftspflicht	223
2. Der Inhalt der Rechenschaftspflicht im einzelnen	223
a) Rechnungsmitteilung	223
b) Vorlage von Belegen	224
c) Versicherung an Eides Statt	224
III. Die Mitwirkung eines „Gegen-Nachlaßpflegers“ und des Nachlaß- gerichts	224
1. Die Mitwirkung eines „Gegen-Nachlaßpflegers“	224
2. Die Mitwirkung des Nachlaßgerichts	224
a) Einreichung der Rechnung an das Nachlaßgericht	224
b) Prüfung der Rechnung durch das Nachlaßgericht	225
c) Vermittlung der Rechnungsabnahme	225
d) Beurkundung des Anerkenntnisses	225
IV. Die Parteien des Anspruchs auf Rechenschaftsablegung	226
1. Der Schuldner des Anspruchs	226
2. Der Gläubiger des Anspruchs	226
V. Die Geltendmachung des Anspruchs auf Rechenschaftsablegung	226
VI. Die „Gegenrechte“ des Nachlaßpflegers	226
1. Der Anspruch auf Erteilung eines Empfangsbekanntnisses	226
2. Das Zurückbehaltungsrecht	227
3. Der Anspruch auf Entlastung	227
E. Das Recht und die Pflicht zum Weiterhandeln	228
I. Das Recht zum Weiterhandeln	228
1. Die Voraussetzungen des Rechts zum Weiterhandeln	228
2. Die Rechtsfolgen	229
II. Die Pflicht zum Weiterhandeln	229
F. Der Aufwendungsersatzanspruch und die Vergütung	230
G. Die Folgen für die Handlungsmacht des vorläufigen und endgültigen Erben	230
H. Die Folgen für anhängige Prozesse und Zwangsvollstreckungsverfahren ..	230
I. Die Prozeßverfahren	230
II. Die Zwangsvollstreckungsverfahren	232
J. Die Pflichten eines „Gegen-Nachlaßpflegers“	232
I. Das Ende der Rechtsstellung als „Gegen-Nachlaßpfleger“	232
II. Die Rückgabe der Bestallung	232
III. Die Herausgabe des Nachlasses	232

IV. Die Rechenschaftsablegung	233
V. Das Recht zum Weiterhandeln	233
<i>§4 Der Aufwendungsersatzanspruch und die Vergütung des Nachlaßpflegers</i>	<i>233</i>
A. Der Aufwendungsersatzanspruch des Nachlaßpflegers	233
I. Der Anspruch auf (nachträglichen) Ersatz von Aufwendungen	234
1. Die Voraussetzungen	234
a) Erbrachte Aufwendungen des Nachlaßpflegers	234
aa) Aufwendungen im Sinne des §670 BGB	
bb) Bestimmung des §1835 Abs. 2 BGB analog	
b) Aufwendungen zum Zwecke der Führung der Nachlaßpflegschaft	236
c) Vom Nachlaßpfleger für erforderlich gehaltene Aufwendungen	236
2. Die Rechtsfolgen	237
a) Der Ersatzanspruch gegen den Erben	237
aa) Ersatz in Geld	
bb) Verzinsungspflicht	
cc) Befreiungsanspruch	
dd) Geltendmachung des Aufwendungsersatzanspruchs	
ee) Verjährung	
b) Der Ersatzanspruch gegen die Staatskasse	239
aa) Mittellosigkeit des Nachlasses	
bb) Inhalt des Anspruchs	
cc) Realisierung des Aufwendungsersatzanspruchs	
dd) Verjährung	
II. Der Anspruch auf Vorschuß (vorweggenommenen Ersatz von Aufwendungen)	240
1. Die Voraussetzungen	241
a) Zu erbringende Aufwendungen des Nachlaßpflegers	241
b) Aufwendungen zum Zwecke der Führung der Nachlaßpflegschaft	241
c) Erforderlichkeit der Aufwendungen zum Zwecke der Führung der Nachlaßpflegschaft	241
d) Das Verlangen nach Vorschuß	241
2. Die Rechtsfolgen	242
a) Der Vorschußanspruch gegen den Erben	242
aa) Geldzahlung	
bb) Höhe des Vorschusses	
cc) Verwirklichung des Vorschußanspruchs	
dd) Verjährung des Vorschußanspruchs	
ee) Abrechnung und Rückzahlung des Vorschusses	
b) Der Vorschußanspruch gegen die Staatskasse	243
B. Der Aufwendungsersatzanspruch des „Gegen-Nachlaßpflegers“	243
C. Die Vergütung des Nachlaßpflegers	244
I. Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit	244
II. Die Bewilligung einer Vergütung als Ausnahme	245
1. Die Entscheidung über die Vergütung dem Grunde nach	245
a) Sinn und Zweck der Vergütung	245
b) Das Vermögen „Nachlaß“	245
c) Der Umfang und die Bedeutung der Tätigkeit des Nachlaßpflegers	246

aa) Wirkungskreis des Nachlaßpflegers	
bb) Risiko einer Haftung	
cc) Dauer der Tätigkeit	
dd) Erfolg oder Mißerfolg der Tätigkeit	
2. Die Entscheidung über die Vergütung der Höhe nach	248
a) Der Maßstab für die Höhe der Vergütung	248
b) Einzelheiten zur Höhe der Vergütung	249
c) Zusammenfassung	250
III. Das Bewilligungsverfahren	250
IV. Die Geltendmachung des Vergütungsanspruchs	251
D. Die Vergütung des „Gegen-Nachlaßpflegers“	252
E. Besonderheiten des Aufwendersersatzanspruchs und der Vergütung eines „Berufsnachlaßpflegers“	253
I. Die Problemstellung	253
II. Die verfassungsrechtlichen Konsequenzen	254
1. Die Rechtsposition des Berufsvormunds/Berufspflegers	254
2. Die Rechtsposition des Mündels/Pfleglings/Erben	254
III. Die Folgerungen für den Aufwendersersatz und die Vergütung des „Berufsnachlaßpflegers“	255
1. Die Anwendung der dargestellten Grundsätze auf den Nachlaßpfleger	255
2. Der Begriff des „Berufsvormunds/Berufsnachlaßpflegers“	255
3. Der Aufwendersersatz des „Berufsnachlaßpflegers“	256
4. Die Vergütung des „Berufsnachlaßpflegers“	256
Literaturverzeichnis	257

Abkürzungen

Die in der Arbeit verwendeten Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen von Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Auflage Berlin/New York 1983, mit folgender Ausnahme:

ROLG Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

Erster Teil

Die Nachlaßpflegschaft als staatliche Fürsorge anlässlich eines Erbfalls

§ 1 Die Gestaltung des Erbschaftserwerbs nach dem BGB

A. Die Grundsätze der Gesamtrechtsnachfolge, des Selbst-Übergangs und des Sofort-Erwerbs der Erbschaft

Nach der Vorschrift des § 1922 Abs. 1 BGB geht mit dem Tod einer natürlichen Person deren Vermögen als Ganzes – genauer: deren gesamte vererbliche Rechtsstellung¹ – auf eine andere Person, den (berufenen) Erben über.

Stellte man allein auf die genannte Bestimmung ab, ließe sich der Erbschaftserwerb in folgenden drei Grundsätzen beschreiben:

- Das gesamte Vermögen des Erblassers geht als Einheit auf den Erben über; einzelne Übertragungs- oder Erwerbsakte sind nicht nötig, wären wegen des Todes des Erblassers auch nicht möglich: Prinzip der Universalsukzession oder Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge.
- Der Erbe erhält die Erbschaft kraft Gesetzes, ohne sein Wissen und Wollen, sogar gegen seinen Willen; sie fällt ihm ohne sein Zutun an: Anfall-, ipso-iure-, eo-ipso- oder Unmittelbarkeitsprinzip, Grundsatz des Von-Selbst-Erwerbs oder des Selbstübergangs.
- Das Vermögen des Erblassers geht auf den Erben im Augenblick des Todes des Erblassers über; die Erbschaft hat zu jeder Zeit einen Rechtsträger: ipso-momento-Prinzip oder Grundsatz des Sofort-Erwerbs.

Eine unbefangene Lesart des § 1922 Abs. 1 BGB vermittelt den Eindruck, als setze der Erbe das Rechtsleben des Erblassers ununterbrochen fort, als sei das Vermögen des Erblassers auch weiterhin, und zwar uneingeschränkt und ohne Unterbrechung, einer anderen Person zugeordnet, als besitze sie bezüglich der einzelnen Erbschaftsgegenstände dieselbe Rechtsmacht wie der Erblasser selbst. Der Erbe werde im Augenblick des Erbfalls unumschränkter Herr des Nachlasses. Diesen Eindruck verstärkt das Gesetz, indem es diejenige Person, der die Erbschaft anfällt, bereits als „Erbe“ bezeichnet (siehe aber § 1959 Abs. 1 BGB: „derjenige, welcher Erbe wird“¹).

¹ Grundlegend Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung, S. 25 ff., 62 ff., 97 ff.; ders., in: RG-Praxis III, S. 216 ff., 262 ff.; ders. JW 1938, 2634 ff.

Während gegen das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge keine Bedenken vortragen werden, die Einwände gegen den Grundsatz des Selbstübergangs nicht durchschlagen², sieht es mit dem Prinzip des Sofort-Erwerbs³ anders aus. Eine ausschließliche Berücksichtigung der Vorschrift des § 1922 Abs. 1 BGB gäbe die Rechtslage nur unvollkommen wieder. Die Annahme, das BGB gehe von einem sofortigen vollen Erbschaftserwerb im Augenblick des Erbfalls aus, trägt.

B. Die Hindernisse für einen sofortigen vollen Erbschaftserwerb

I. Die Erbfähigkeit der Leibesfrucht

Gemäß § 1923 Abs. 2 BGB kann eine zur Zeit des Erbfalls erzeugte, aber noch nicht lebend geborene Person (*nasciturus*) Erbe werden – entgegen der Grundregel des § 1923 Abs. 1 BGB, daß nur Erbe werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls schon gelebt hat und noch lebt (Erfordernis der Koexistenz von Erbe und Erblasser). Damit aber der Vorschrift des § 1922 Abs. 1 BGB – Vermögensübergang mit dem Tod des Erblassers – genügt wird, damit die Erbschaft mit dem Erbfall auf den Erben übergehen kann, fingiert das Gesetz, die Leibesfrucht sei vor dem Erbfall geboren. In Wahrheit fallen Erbfall und Anfall der Erbschaft auseinander; lediglich die Wirkung des Anfalls wird zurückbezogen⁴. Zwischen dem Tod des Erblassers und der Lebendgeburt der Leibesfrucht klappt ein Zeitraum, in dem die Erbschaft (wegen der Ungewißheit einer Lebend- oder Totgeburt) im Tatsächlichen noch keiner Person zugeordnet werden kann. Es fehlt an einem Herrn des Nachlasses.

II. Der Anfall der Erbschaft

Zwar geht das gesamte Vermögen des Erblassers als Einheit auf den (berufenen) Erben über, doch wird dieser mit dem Anfall nicht zum Zwangsinhaber der Erbschaft. Das Gesetz gibt ihm vielmehr die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen (§ 1942 Abs. 1 BGB). Schlägt der Erbe aus, gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1 BGB). Die Rechtslage soll nunmehr so angesehen werden, als habe sie schon in der Vergangenheit bestanden, als sei der Berufene niemals Erbe gewesen. Die Erbschaft fällt dann demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§ 1953 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB). Folglich müßte man die Erbschaft für die Zeit zwischen Erbfall und Anfall an den Nächstberufenen als herrenlos ansehen⁵. Um diese Konsequenz zu vermeiden, arbeitet das Gesetz mit einer weiteren Fiktion: Wird die Erbschaft aus-

² Siehe insbesondere v. Lübtow II S. 651 ff.; ders., Probleme, S. 10 ff. Bei seinen Ausführungen bleibt allerdings unklar, ob er nicht das Anfallprinzip und das ipso-momento-Prinzip vermengt und nur das ipso-momento-Prinzip bekämpft. Daß das Anfallprinzip nicht auch einen Sofort-Erwerb bedeutet, hat Kirchhofer (§ 8 S. 54 ff.) überzeugend dargelegt.

³ Kirchhofer § 8 S. 54 ff., 60.

⁴ Mugdan V S. 260.

⁵ Dazu vor allem v. Lübtow, Probleme, S. 13 f.

geschlagen, gilt der Anfall an den Nächstberufenen als mit dem Erbfall erfolgt (§ 1953 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB).

Auch hier zeigt sich, daß die Forderung des § 1922 Abs. 1 BGB - Vermögensübergang auf den berufenen Erben mit dem Tod des Erblassers - nur mit Hilfe von Fiktionen erfüllt werden kann.

III. Die Geschäftsführung des Erben vor der Ausschlagung

Die juristische Fiktion ist gekennzeichnet durch die rechtliche Gleichbewertung von Sachverhalten in Kenntnis ihrer tatsächlichen Ungleichheit⁶. Die Rückwirkung der Ausschlagung (§ 1953 Abs. 1, 2 BGB) darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß in der Vergangenheit tatsächlich ein Anfall an den Erstberufenen stattgefunden hat, daß der Erstberufene bis zur Ausschlagung Erbe gewesen ist. An dieser Tatsache kann das Gesetz nicht rütteln und tut es auch nicht, weil selbst mittels einer Fiktion die Vergangenheit nicht umgestaltet werden kann⁷.

Die Folgerungen daraus, daß der ausschlagende Erstberufene Erbe gewesen ist, durch die Ausschlagung erst aufhört, Erbe zu sein, zieht das Gesetz in § 1959 BGB. Die Vorschriften des § 1959 BGB regeln einmal das Rechtsverhältnis zwischen dem ausschlagenden Erben und demjenigen, „welcher Erbe wird“ (Absatz 1), zum zweiten die Wirksamkeit von Verfügungen des ausschlagenden Erben vor der Ausschlagung (Absatz 2) und zum dritten die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften gegenüber dem ausschlagenden Erben (Absatz 3). Die nähere Ausgestaltung der Regelung, wonach der ausschlagende Erbe bezüglich des Nachlasses nicht wie jeder beliebige Nichtberechtigte behandelt wird, berücksichtigt die Tatsache, daß er bis zur Ausschlagung rechtmäßiger Inhaber des Nachlasses gewesen ist. Deshalb beurteilt sich zum Beispiel das Rechtsverhältnis zwischen ausschlagendem Erben und demjenigen, „welcher Erbe wird“, nicht nach Delikts- oder Bereicherungsrecht, sondern gemäß § 1959 Abs. 1 BGB nach den Bestimmungen des Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB in entsprechender Anwendung)⁸.

Ist der ausschlagende Erbe bis zur Ausschlagung berechtigter Rechtsträger des Nachlasses, dann braucht er sich in dieser Zeit - wie jeder andere Vermögensinhaber - nicht um das ihm angefallene Vermögen zu kümmern; er darf untätig bleiben⁹. So knüpft das Gesetz an das Verhalten des ausschlagenden Erben nur dann Rechtsfolgen gemäß § 1959 Abs. 1 BGB, wenn er „erbschaftliche Geschäfte besorgt“. Der Ausdruck „Besorgen“¹⁰ und die Verweisung auf das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag in § 1959 Abs. 1 BGB¹¹ legen den Schluß nahe, daß

⁶Zur Fiktion allgemein: Larenz S. 251 ff.

⁷v. Lübtow, Probleme, S. 14.

⁸MünchKomm / Leipold § 1959 RdNr. 1.

⁹Staudinger / Otte / Marotzke § 1959 RdNr. 4 mwN.

¹⁰MünchKomm / Leipold § 1959 RdNr. 3: „Handlungen des vorläufigen Erben“.

¹¹Zur Auslegung des Merkmals „Geschäftsbesorgung“ vgl. nur Palandt / Thomas § 677 Anm. 2.