

# §§ 1922-2385 • IPR, EGBGB, CISG

Bamberger / Roth / Hau / Poseck

4. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-73565-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ausgeschlossen worden ist oder nach §§ 1974, 1989 einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht (§ 175 Abs. 2 ZVG).

## § 1972 Nicht betroffene Rechte

**Pflichtteilsrechte, Vermächnisse und Auflagen werden durch das Aufgebot nicht betroffen, unbeschadet der Vorschrift des § 2060 Nr. 1.**

### Überblick

Die Vorschrift schließt an § 1971 an und enthält weitere Ausnahmen von den Wirkungen des Aufgebots. Die nachlassbeteiligten Gläubiger, die dem Erben regelmäßig aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers bekannt sind, können nicht ausgeschlossen werden. Melden sie ihre Ansprüche nicht an, greift allerdings die pro-rata-Haftung des § 2060 Nr. 1. Zudem kann der Erbe ihnen die Verschweigungseinrede des § 1974 entgegen halten, wenn sie ihre Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfall geltend machen.

### I. Rechtsstellung der nachlassbeteiligten Gläubiger

Pflichtteilsrechte (§§ 2303 ff.), Vermächnisse (§§ 2147 ff.) und Auflagen (§§ 2192 ff.) werden durch das Aufgebot nicht betroffen, weil sie dem Erben – jedenfalls idR – aus der letztwilligen Verfügung bekannt sind (Prot. V 774; vgl. auch Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 1). Gleichwohl ist die Rechtsstellung der sog. nachlassbeteiligten Gläubiger des § 1972 schwächer als diejenige anderer – auch ausgeschlossener – Nachlassgläubiger. Ausschlossene Gläubiger gehen den nachlassbeteiligten Gläubigern grds. vor (§ 1973 Abs. 1 S. 2). Pflichtteilsrechte, Vermächnisse und Auflagen können damit nur gegenüber einem **nicht durch andere Verbindlichkeiten überschuldeten** Nachlass geltend gemacht werden. Hatte der Erbe die in § 1972 genannten Verbindlichkeiten zuvor bereits erfüllt, müssen die anderen Nachlassgläubiger dies nur dann hinnehmen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, dass der Nachlass **zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreichen** würde (§ 1979). Selbst dann ist die Erfüllung jedoch nach § 322 InsO oder § 5 AnfG anfechtbar. Im **Nachlassinsolvenzverfahren** werden Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächnissen und Auflagen nachrangig – noch nach den Forderungen des § 39 Abs. 1 InsO – erfüllt (§ 327 Abs. 1 InsO; vgl. auch §§ 322, 328 InsO). Findet ein Nachlassinsolvenzverfahren mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht statt (§ 1990 Abs. 1 S. 1), werden die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächnissen und Auflagen ebenfalls nachrangig berichtigt (§ 1991 Abs. 4). Beruht die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächnissen und Auflagen, ist der Erbe berechtigt, nach §§ 1990, 1991 vorzugehen und die Befriedigung der Ansprüche zu verweigern, soweit der Nachlass nicht ausreicht (§ 1992).

### II. Verwalterhaftung des Erben

Die Bedeutung des § 1972 liegt daher im Wesentlichen darin, dass nachlassbeteiligte Gläubiger ggf. **Schadensersatzansprüche aus §§ 1978, 1979, 1980** gegen den Erben geltend machen können, während der Erbe den ausgeschlossenen Nachlassgläubigern gem. § 1973 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 allenfalls nach Bereicherungsrecht haftet (MüKoBGB/Küpper Rn. 5; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 4; RGRK-BGB/Kregel Rn. 1). Nach § 1978 hat der Erbe denjenigen Schaden zu ersetzen, der durch Pflichtverletzungen bei der Verwaltung des Nachlasses entstanden ist. Er hat ferner die zur Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten entnommenen Beträge zurückzuerstatten, soweit er nicht davon ausgehen durfte, dass der Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreichte (§ 1979). Schließlich hat er denjenigen Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass er den Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens nicht unverzüglich nach Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung gestellt hat (§ 1980 Abs. 1 S. 2). Ausschlossene Gläubiger und solche, die ihnen nach § 1974 gleichstehen, haben nach Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens auf diese Beträge nur insoweit Anspruch, als der Erbe auch nach §§ 812 ff. ersatzpflichtig wäre (§ 328 Abs. 2 InsO). Für die nachlassbeteiligten Gläubiger des § 1972

gilt diese Einschränkung nicht. Hinsichtlich dessen, was der Erbe über den Betrag seiner Bereicherung hinaus zur Masse zu ersetzen hat, gehen sie folglich den ausgeschlossenen Gläubigern vor (Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 4).

### III. Pro-rata-Haftung der Miterben

- 3 § 1972 lässt die Vorschrift des § 2060 Nr. 1 unberührt. Nach § 2060 Nr. 1 haften Miterben nach der Teilung des Nachlasses nur für den ihrem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlassverbindlichkeit, wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen worden ist. Insoweit wirkt der Ausschließungsbeschluss (§§ 454 ff., 460) auch zum Nachteil der Gläubiger des § 1972. Die Anmeldung der Forderung im Aufgebotsverfahren erhält die gesamtschuldnerische Haftung der Miterben über die Teilung hinaus. Die Anmeldung kann auch unter folgendem Gesichtspunkt sinnvoll sein: Die Gläubiger des § 1972 fallen unter **§ 1974** (vgl. § 1974 Abs. 3, der § 1972 nicht erwähnt). Werden Ansprüche aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen nicht innerhalb von fünf Jahren nach dem Erbfall geltend gemacht und sind sie dem Erben – etwa weil ein Testament erst später aufgefunden wird – auch nicht bekannt, werden die Gläubiger des § 1972 ebenfalls wie ausgeschlossene Gläubiger behandelt (§ 1974 Abs. 1 und 2).

### § 1973 Ausschluss von Nachlassgläubigern

(1) <sup>1</sup>Der Erbe kann die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlassgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlass durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. <sup>2</sup>Der Erbe hat jedoch den ausgeschlossenen Gläubiger vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen, es sei denn, dass der Gläubiger seine Forderung erst nach der Berichtigung dieser Verbindlichkeiten geltend macht.

(2) <sup>1</sup>Einen Überschuss hat der Erbe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. <sup>2</sup>Er kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden. <sup>3</sup>Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers wirkt einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung.

### Überblick

Diese Vorschrift regelt die Rechtsfolgen eines Ausschließungsbeschlusses und deren Geltendmachung durch den Erben. Die Haftung des Erben ist auf den Nachlass beschränkt. Nicht ausgeschlossene Forderungen werden vorrangig erfüllt (Abs. 1). Der Erbe haftet insoweit nach Bereicherungsrecht (Abs. 2), nicht nach §§ 1978, 1979. Die Forderungen noch nicht befriedigter nachlassbeteiligter Gläubiger treten **allerdings zurück (Abs. 1 S. 2)**. Der von einem ausgeschlossenen Gläubiger in Anspruch genommene Erbe muss sich die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten (vgl. § 780 ZPO).

### I. Bedeutung der Norm

- 1 **1. Beschränkung der Haftung auf den Nachlass.** § 1973 regelt die **Rechtsfolgen eines Ausschließungsbeschlusses** und deren Geltendmachung durch den Erben. Der im Aufgebotsverfahren ergangene Ausschließungsbeschluss (§ 439 Abs. 1 FamFG) führt nicht zu einem Erlöschen der Forderungen der ausgeschlossenen Gläubiger. Lediglich die **Haftung des Erben** wird beschränkt. Der Erbe, der sein Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlass bis zum Ausschließungsbeschluss noch nicht verloren hatte (§ 2013 Abs. 1 S. 2), haftet nur noch mit dem Nachlass. Nicht ausgeschlossene Forderungen – mit Ausnahme der noch nicht erfüllten Forderungen der nachlassbeteiligten Gläubiger des § 1972 – werden vorrangig erfüllt. Dem ausgeschlossenen Gläubiger bleibt nur der Rest, der nach Befriedigung der übrigen Gläubiger verbleibt. Der Erbe haftet nach **Bereicherungsrecht** (§§ 818, 819).

Er ist dem ausgeschlossenen Gläubiger auch nicht gem. §§ 1978, 1979 für den Bestand des Nachlasses verantwortlich. Auf die **Ausschluss- und Erschöpfungseinrede** des § 1973 kann sich der Erbe auch dann berufen, wenn er später gem. § 1994 oder § 2005 sein Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlass verliert (§ 2013 Abs. 1 S. 2).

**2. Entsprechende Anwendung.** Entspr. anwendbar ist § 1973, wenn das Nachlassinsolvenzverfahren durch Verteilung der Masse oder durch einen Insolvenzplan beendet worden ist (§ 1989). Gemäß **§ 2060 Nr. 1** haftet jeder Miterbe nach der Teilung des Nachlasses nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlassverbindlichkeit, wenn der Gläubiger – auch der Gläubiger des § 1972 sowie derjenige Gläubiger, dem der Miterbe unbeschränkt haftet – im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen worden ist.

## II. Rechtsfolgen der Ausschließung

**1. Rechtsstellung des ausgeschlossenen Gläubigers.** Die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers bleibt unverändert (RGZ 61, 221). Auf sie kann ggf. die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§§ 320, 322) gestützt werden (Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 5; Erman/Horn Rn. 2; MüKoBGB/Küpper Rn. 2). Der Gläubiger kann sie auch weiterhin zur Aufrechnung gegen Nachlassforderungen verwenden (RGZ 42, 138; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 6; Erman/Horn Rn. 2; RGRK-BGB/Johannsen Rn. 7; MüKoBGB/Küpper Rn. 2). Wenn die einmal erworbene Aufrechnungsbefugnis sogar im Insolvenzverfahren Bestand hat (vgl. §§ 94 ff. InsO), bleibt sie auch von der Haftungsbeschränkung des § 1973 unberührt. Der Gläubiger bleibt berechtigt, **Nachlassverwaltung** oder die **Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens** zu beantragen; denn eine § 219 Abs. 1 KO entsprechende Vorschrift gibt es in der seit dem 1.1.1999 geltenden InsO nicht mehr (vgl. BT-Drs. 12/2443, 230; dazu ausf. Staudinger/Dobler, 2016, § 1975 Rn. 36 ff.). Nach wie vor kann der Gläubiger auch die **Bestimmung einer Inventarfrist** beantragen (§ 1994) (MüKoBGB/Küpper Rn. 2; → § 1994 Rn. 3 mN auch der Gegenansicht).

**2. Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlass.** Die Haftung des Erben gegenüber ausgeschlossenen Gläubigern ist endgültig auf den Nachlass beschränkt (RGZ 83, 330 [331]). Der Erbe kann die Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers verweigern, soweit der Nachlass durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger (Abs. 1 S. 1) sowie der ausgeschlossenen Gläubiger, zu deren Befriedigung er rechtskräftig verurteilt worden ist (Abs. 2 S. 3), erschöpft wird. Nur Forderungen nachlassbeteiligter Gläubiger (§ 1972), die noch nicht erfüllt worden sind, dürfen nicht vorrangig berücksichtigt werden (Abs. 1 S. 2).

**3. Herausgabe des Überschusses.** Der Überschuss, aus dem die ausgeschlossenen Gläubiger befriedigt werden müssen, ist nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts zu errechnen.

**a) Berechnung des Überschusses.** Auszugehen ist vom ursprünglichen Aktivbestand des Nachlasses. **Hinzuzurechnen** sind die nach dem Erbfall gezogenen Nutzungen und dasjenige, was der Erbe aufgrund eines zum Nachlass gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlassgegenstandes erlangt hat (§ 818 Abs. 1). Hinzuzurechnen sind außerdem die beim Erbfall infolge Konfusion und Konsolidation erloschenen Verbindlichkeiten des Erben gegenüber dem Erblasser; denn der Erbe ist durch die Befreiung von seiner Verbindlichkeit auf Kosten des Nachlasses bereichert (Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 15; Erman/Horn Rn. 3; MüKoBGB/Küpper Rn. 5; RGRK-BGB/Johannsen Rn. 14). **Abzuziehen** sind umgekehrt die erloschenen Verbindlichkeiten des Erblassers gegenüber dem Erben, die Forderungen der nicht ausgeschlossenen Gläubiger mit Ausnahme der noch nicht befriedigten nachlassbeteiligten Gläubiger des § 1972, die Forderungen ausgeschlossener Gläubiger, die bereits beglichen oder rechtskräftig ausgeurteilt worden sind, sowie Aufwendungen des Erben aus seinem sonstigen Vermögen. Abzuziehen ist schließlich auch alles, was der Erbe vor Kenntnis oder vor Rechtshängigkeit der ausgeschlossenen Forderung (§ 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1) aus dem Nachlass weggegeben hat, ohne eine Gegenleistung zu erhalten.

7 **b) Maßgeblicher Zeitpunkt.** Hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunkts ist zu unterscheiden: Leistungen an nachlassbeteiligte Gläubiger (§ 1972) dürfen nur berücksichtigt werden, wenn sie erfolgt sind, bevor der ausgeschlossene Gläubiger seine Forderung geltend gemacht hat (Abs. 1 S. 2 Hs. 2). Zahlungen an andere ausgeschlossene Gläubiger können bis zur Rechtskraft des Beschlusses erfolgt sein, in dem der Erbe – sei es unter dem Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung – zur Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers verurteilt wird (arg. e Abs. 2 S. 3) (vgl. RGRK-BGB/Johannsen Rn. 16). Hinsichtlich einer Verringerung des Nachlasses durch eigenen Verbrauch oder Schenkungen gelten § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989, hinsichtlich der Erstattung von Aufwendungen § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 2, §§ 994, 996. Im Übrigen kommt es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Erkenntnisverfahren an (Soergel/Stein Rn. 7; RGRK-BGB/Johannsen Rn. 16; MüKoBGB/Küpper Rn. 5; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 17). Wird der Erbe unter dem Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung (§ 780 ZPO) verurteilt und erhebt er Vollstreckungsgegenklage (§ 785 ZPO), ist auf den Beginn der Zwangsvollstreckung abzustellen (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 16; MüKoBGB/Küpper Rn. 5; Erman/Horn Rn. 3c; aA – Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vollstreckungsgegenklage – Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 17; Soergel/Stein Rn. 7).

8 **4. Vollstreckungspreisgabe.** Den Überschuss hat der Erbe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben (Abs. 2 S. 1). Das bedeutet, dass der Gläubiger – falls sich die Parteien nicht auf eine Leistung an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1) einigen – die ihm übergebenen Nachlassgegenstände nicht zu Eigentum, sondern nur zum Zwecke der Verwertung erhält (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 19; MüKoBGB/Küpper Rn. 6; Erman/Horn Rn. 4). Die Pflicht zur Herausgabe umfasst gem. §§ 260, 261 auch die Pflicht zur Vorlage eines Bestandsverzeichnisses sowie ggf. zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung der Richtigkeit des Verzeichnisses. Der Erbe kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände **durch Zahlung des Wertes abwenden** (Abs. 2 S. 3). Entscheidend ist der Wert in demjenigen Zeitpunkt, in dem der Erbe von seinem Wahlrecht Gebrauch macht (Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 26; MüKoBGB/Küpper Rn. 6; Erman/Horn Rn. 4; aA RGRK-BGB/Johannsen Rn. 21; Wert im Zeitpunkt des Herausgabeverlangens). Gegenüber anderen Gläubigern kann der Erbe sich nur in Höhe des objektiven Wertes des Nachlassgegenstandes auf die Herausgabe oder die Ablösung der Herausgabe berufen.

### III. Verfahren

9 **1. Durchsetzung der Einrede.** Die Ausschluss- und Erschöpfungseinrede kann außergerichtlich, im Erkenntnisverfahren oder im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Steht bereits im **Erkenntnisverfahren** fest, dass keine Nachlassgegenstände mehr vorhanden sind, ist nach hM die Klage des ausgeschlossenen Gläubigers als derzeit unzulässig abzuweisen (Erman/Horn Rn. 6; MüKoBGB/Küpper Rn. 8; Soergel/Stein Rn. 6; zu Recht krit. Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 30: ob noch Gegenstände vorhanden sind, in die vollstreckt werden kann, ist im Vollstreckungsverfahren zu prüfen; außerdem braucht der Gläubiger den Titel, um Ansprüche nach dem Anfechtungsgesetz durchsetzen zu können). Das Prozessgericht ist jedoch nicht verpflichtet, dem Vorbringen des Erben zur Erschöpfung oder zum Umfang des noch vorhandenen Nachlasses iE nachzugehen. Statt im Erkenntnisverfahren endgültig über die geltend gemachte Haftungsbeschränkung zu entscheiden und die Klage abzuweisen, kann es den Erben unter dem **Vorbehalt der Beschränkung der Haftung auf den Nachlass** verurteilen (§ 780 ZPO) (RGZ 83, 330 [332]; 137, 50 [54]; BGH NJW-RR 2010, 664 Rn. 8; MüKoBGB/Küpper Rn. 8; Erman/Horn Rn. 8; Soergel/Stein Rn. 6). Der Erbe kann seine Verteidigung folglich auf den Vorbehalt des § 780 ZPO beschränken, der auch die Ausschluss- und Erschöpfungseinrede des § 1973 umfasst. In beiden Fällen wird erst im Rahmen einer vom Erben anzustrebenden **Vollstreckungsgegenklage** (§§ 781, 785, 767 ZPO) geprüft, ob der Nachlass erschöpft ist oder in welche Nachlassgegenstände der ausgeschlossene Gläubiger noch vollstrecken darf. Berufet sich der Erbe nicht auf § 1973 oder allgemein auf § 780 ZPO und wird er uneingeschränkt verurteilt, hat er – von den Ausnahmefällen des § 780 Abs. 2 ZPO abgesehen – die Einrede aus § 1973

endgültig verloren. Der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung kann auch **in der Berufungsinstanz** noch erhoben werden (BGH NJW-RR 2010, 664). § 531 Abs. 2 ZPO steht nicht entgegen. Voraussetzung der Einrede ist nur, dass der Erbe als solcher in Anspruch genommen wird und sich auf sie beruft. Beides steht idR ebenso außer Streit wie der Erbfall und die Erbenstellung, mit denen der Kläger die Inanspruchnahme des Erben begründet; unstreitige Tatsachen, die erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen werden, sind unabhängig von den Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO stets zu berücksichtigen (BGHZ 177, 212 [214] Rn. 10 = NJW 2008, 3434). In der Revisionsinstanz kann der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung trotz § 559 ZPO jedenfalls dann geltend gemacht werden, wenn der Erbfall nach Schluss der mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen eingetreten ist (BAG NJW 2014, 413 Rn. 16).

**2. Beweislast.** Darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen des § 1973 ist grds. der **Erbe** (RGZ 61, 221; RGRK-BGB/Johannsen Rn. 24). Der Erbe hat nachzuweisen, dass ein Aufgebotsverfahren stattgefunden hat, welches die Forderung des Gläubigers betraf. Hinsichtlich der Frage der Erschöpfung des Nachlasses ist der Erbe für den Anfangsbestand und für alle Abzüge, die er vornehmen möchte, beweispflichtig. Ein gem. §§ 1993, 1994 errichtetes Inventar begründet die Vermutung, dass weitere als die in ihm angegebenen Gegenstände nicht vorhanden waren (§ 2009). Der Gläubiger muss Zugänge und Surrogate beweisen (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 26). Ist streitig, ob ein nachlassbeteiligter Gläubiger (§ 1972) befriedigt worden ist, bevor oder nachdem der ausgeschlossene Gläubiger seine Forderung geltend gemacht hat, so muss der Erbe den Zeitpunkt der Befriedigung des Nachlassbeteiligten, der Gläubiger den Zeitpunkt der Geltendmachung seiner Forderung beweisen (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 25).

## § 1974 Verschweigungseinrede

(1) **Ein Nachlassgläubiger, der seine Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfall dem Erben gegenüber geltend macht, steht einem ausgeschlossenen Gläubiger gleich, es sei denn, dass die Forderung dem Erben vor dem Ablauf der fünf Jahre bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist.** <sup>2</sup>Wird der Erblasser für tot erklärt oder wird seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt, so beginnt die Frist nicht vor dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Todeserklärung oder die Feststellung der Todeszeit.

(2) **Die dem Erben nach § 1973 Abs. 1 Satz 2 obliegende Verpflichtung tritt im Verhältnis von Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zueinander nur insoweit ein, als der Gläubiger im Falle des Nachlassinsolvenzverfahrens im Range vorgehen würde.**

(3) **Soweit ein Gläubiger nach § 1971 von dem Aufgebot nicht betroffen wird, finden die Vorschriften des Absatzes 1 auf ihn keine Anwendung.**

## Überblick

Ein dem Erben nicht bekannter Gläubiger, der seine Forderung mehr als fünf Jahre nach Erbfall erstmals geltend macht, steht einem ausgeschlossenen Gläubiger (§ 1973) gleich. Die Vorschrift gilt auch für nachlassbeteiligte Gläubiger (Abs. 2), nicht jedoch für die dinglichen Sicherungen des § 1971 (Abs. 3).

## I. Bedeutung der Norm

Die „**Verschweigungseinrede**“ des § 1974 soll den Erben vor Nachteilen schützen, die daraus entstehen, dass Nachlassforderungen erst lange Zeit nach dem Erbfall bekannt werden (OLG Koblenz BeckRS 2018, 12881 Rn. 12; Prot. V 795; RGRK-BGB/Johannsen Rn. 1; MüKoBGB/Küpper Rn. 1). Gläubiger, die ihre Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfall geltend machen, werden wie ausgeschlossene Gläubiger (§ 1973) behandelt. Die Ein-

rede setzt nicht voraus, dass ein Aufgebotsverfahren nach §§ 1970 ff. stattgefunden hat, bleibt aber auch nach durchgeführtem Aufgebot der Nachlassgläubiger anwendbar. Für Eigenverbindlichkeiten des Erben gilt die Vorschrift nicht (BGH BeckRS 2009, 21773, mitgeteilt bei Ruby/Schindler ZEV 2009, 528 [529]).

## II. Voraussetzungen der Einrede

- 2 **1. Fristablauf.** Die Frist von **fünf Jahren** beginnt gem. § 187 Abs. 1 mit dem auf den Erbfall folgenden Tag. Die Vorschriften über die Hemmung der Verjährung (§§ 203 ff.) sind nicht anwendbar, weil es sich nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine Ausschlussfrist handelt (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 4; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 3). Wird der Erblasser für tot erklärt oder wird seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt, beginnt die Frist nicht vor Rechtskraft des entsprechenden Beschlusses (Abs. 1 S. 2).
- 3 **2. Verschweigung.** Die Forderung darf nicht innerhalb der Frist von fünf Jahren dem Erben gegenüber gerichtlich oder außergerichtlich (Prot. V S. 796; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 8; MüKoBGB/Küpper Rn. 3; Soergel/Stein Rn. 4) **geltend gemacht** worden sein. **Dem Erben gegenüber** wird die Forderung auch dann erhoben, wenn der Gläubiger sich an den Nachlasspfleger, den Nachlassverwalter oder den verwaltenden Testamentvollstrecker wendet (OLG Koblenz BeckRS 2018, 12881 Rn. 16; RGRK-BGB/Johannsen Rn. 3; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 8; MüKoBGB/Küpper Rn. 3). Die Geltendmachung gegenüber einem vorläufigen Erben, der die Erbschaft später ausgeschlagen hat (§ 1953), reicht ebenfalls aus (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 3; MüKoBGB/Küpper Rn. 3; Soergel/Stein Rn. 4; iErg zust. Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 8). Darauf, ob der Gläubiger überhaupt in der Lage war, die Forderung geltend zu machen, kommt es nicht an. § 1974 gilt auch für bedingte und befristete Forderungen sowie für Forderungen, die erst nach Fristablauf entstanden sind (MüKoBGB/Küpper Rn. 5; Erman/Horn Rn. 2; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 7; aA Soergel/Stein Rn. 3).
- 4 **3. Keine Kenntnis des Erben.** Die Forderung darf dem Erben nicht vor Fristablauf bekannt geworden sein (Abs. 1 S. 1). Fahrlässige Unkenntnis steht der Kenntnis nicht gleich (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 7; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 10). Die Kenntnis eines Miterben wird dem Erben nicht zugerechnet (→ § 2060 Rn. 5), wohl aber die Kenntnis eines Nachlasspflegers, Nachlassverwalters, Nachlassinsolvenzverwalters, Testamentvollstreckers oder eines vorläufigen Erben, der die Erbschaft später ausgeschlagen hat (MüKoBGB/Küpper Rn. 3; Soergel/Stein Rn. 2; zweifelnd RGRK-BGB/Johannsen Rn. 6; aA hinsichtlich der Kenntnis des vorläufigen Erbens Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 11). Die **Anmeldung der Forderung im Aufgebotsverfahren** schließt die Verschweigungseinrede ebenfalls aus.
- 5 **4. Keine unbeschränkte Haftung des Erben.** Der Erbe darf nicht allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftbar geworden sein (§ 2013 Abs. 1 S. 1). Tritt die unbeschränkte Haftung erst nach Fristablauf gem. § 1994 Abs. 1 S. 2 oder § 2005 Abs. 1 ein, bleibt die Verschweigungseinrede jedoch erhalten (§ 2013 Abs. 1 S. 2). Gegenüber den **dinglich oder quasidinglich** berechtigten Gläubigern des § 1971 gilt § 1974 nicht, soweit es um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen geht (Abs. 3).

## III. Rechtsfolgen

- 6 Die Rechtsfolgen des Fristablaufs entsprechen im Wesentlichen denjenigen eines im Aufgebotsverfahren ergangenen Ausschließungsbeschlusses (§ 1973). Der Erbe haftet nur noch nach **Bereicherungsrecht**. Einen Unterschied gibt es nur für die „nachlassbeteiligten“ Gläubiger des § 1972 (Pflichtteils- und Vermächtnisgläubiger und Auflagenberechtigte). Die Verschweigungseinrede kann – anders als die Ausschluss- und Erschöpfungseinrede des § 1973 – grds. auch gegenüber **nachlassbeteiligten** Gläubigern erhoben werden (Abs. 2). Für das Verhältnis dieser Gläubiger untereinander gilt § 327 InsO entspr. Verbindlichkeiten gegenüber Pflichtteilsberechtigten sind gem. § 327 Abs. 1 InsO vor den Verbindlichkeiten aus den vom Erblasser angeordneten Vermächtnissen zu erfüllen. An dieser Rangordnung

ändert sich durch die Verschweigungseinrede grds. nichts (§ 327 Abs. 3 S. 2 InsO). Ausgeschlossen und gem. § 1974 diesen gleichstehende Verbindlichkeiten werden lediglich erst nach denjenigen Verbindlichkeiten erfüllt, mit denen sie ohne die Beschränkung gleichen Rang hätten (§ 327 Abs. 3 S. 1 InsO).

#### IV. Beweislast

Der **Gläubiger** muss beweisen, dass er den Anspruch innerhalb der Frist geltend gemacht hat, dass er ihn im Aufgebotsverfahren angemeldet hat oder dass der Anspruch dem Erben in sonstiger Weise bekannt geworden ist (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 16; MüKoBGB/Küpper Rn. 7; Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 19). Steht fest, dass die Haftung des Erben auf die Bereicherung beschränkt ist, muss der Gläubiger auch die Voraussetzungen einer verschärften Haftung (§ 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1 Alt. 1) beweisen (Staudinger/Dutta, 2016, Rn. 19). Der Erbe muss den Fristablauf sowie ggf. die Erschöpfung des Nachlasses oder sonst den Wegfall der Bereicherung beweisen. Haftet der Erbe allen oder einzelnen Gläubigern gegenüber unbeschränkt, muss er ggf. beweisen, dass die unbeschränkte Haftung erst nach Ablauf der Frist eingetreten ist (RGRK-BGB/Johannsen Rn. 16). 7

### Untertitel 3. Beschränkung der Haftung des Erben

#### § 1975 Nachlassverwaltung; Nachlassinsolvenz

**Die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten beschränkt sich auf den Nachlass, wenn eine Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger (Nachlassverwaltung) angeordnet oder das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet ist.**

#### Überblick

Der Erbe haftet nur mit dem Nachlass, wenn eine Nachlassverwaltung angeordnet oder das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet, damit die Voraussetzungen für eine Trennung von Nachlass und Eigenvermögen des Erben unter amtlicher Aufsicht geschaffen worden ist.

#### I. Bedeutung der Norm

**1. Amtliche Nachlasssonderung.** Die Vorschriften der §§ 1975–1992 regeln die Voraussetzungen, unter denen der Erbe seine **Haftung auf den Nachlass beschränken** kann. Gemäß § 1975 ist regelmäßige Voraussetzung einer nur beschränkten Haftung die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens; denn diese Verfahren bewirken eine **Trennung des Nachlasses vom sonstigen Vermögen des Erben unter amtlicher Aufsicht**. Die Befugnis, den Nachlass zu verwalten und über ihn zu verfügen, geht auf den Nachlass- oder den Nachlassinsolvenzverwalter über (§§ 1984, 1985; § 80 InsO), während der Erbe so behandelt wird, als habe er zwischen Erbfall und Sonderung des Nachlasses ein fremdes Vermögen verwaltet (§§ 1978, 1979); gegenüber ausgeschlossenen und diesen gleichgestellten Gläubigern haftet er nach Bereicherungsrecht (§§ 1973, 1974). Zur Sonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben gehört, dass Rechtsverhältnisse, die mit dem Erbfall durch die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder Recht und Belastung erloschen sind, als fortbestehend gelten (§ 1976). Aufrechnungen werden unwirksam, soweit unterschiedliche Vermögensmassen von ihnen betroffen waren (§ 1977). Wird auf diese Weise sichergestellt, dass den Nachlassgläubigern der Nachlass vollständig zur Verfügung steht, besteht keine Rechtfertigung mehr für eine zusätzliche persönliche Haftung des Erben; denn mehr als das Vermögen des Erblassers haftete den Nachlassgläubigern auch zu Lebzeiten des Erblassers nicht (zur „Bedrohung“ mittelständischer Unternehmen durch Nachlassverwaltung Fromm ZEV 2006, 298). 1



- 2 **2. Voraussetzungen des jeweiligen Verfahrens.** Voraussetzung der Anordnung der **Nachlassverwaltung** ist, dass die Voraussetzungen für die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens nicht gegeben sind, dass also der Nachlass (zum Nachlass Schmidt-Kessel WM 2003, 2086) nicht überschuldet und dass auch keine Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist (vgl. § 1985 Abs. 2, § 1980), dass aber die voraussichtlichen Verfahrenskosten gedeckt sind. Bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit muss die Eröffnung des **Nachlassinsolvenzverfahrens** beantragt werden (§ 1980). Ist der Nachlass **dürftig**, deckt also die vorhandene Aktivmasse nicht einmal die Kosten der Nachlassverwaltung oder des Nachlassinsolvenzverfahrens, wird dem Erben nicht zugemutet, selbst für die Verfahrenskosten aufzukommen. Er kann gem. §§ 1990, 1991 eine Haftungsbeschränkung ohne amtliches Verfahren herbeiführen. Das gilt auch dann, wenn der Nachlass nicht dürftig ist, die Überschuldung aber nur auf Vermächtnissen und Auflagen beruht (§ 1992). Auch in diesen Fällen haftet der Erbe für die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses (§ 1991 Abs. 1, §§ 1978, 1979); die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten ebenfalls als nicht erloschen (§ 1991 Abs. 2).
- 3 **3. Ausländisches Erbstatut.** Bis zum Inkrafttreten des FamFG fand bei ausländischem Erbstatut eine Nachlassverwaltung idR wegen fehlender internationaler Zuständigkeit des Nachlassgerichtes nicht statt (Grundsatz des Gleichlaufs von anwendbarem Recht und internationaler Zuständigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit) (KG OLGZ 1977, 309 [310]). Nach § 105 FamFG sind die deutschen Gerichte unabhängig vom anwendbaren Recht jedoch zuständig, wenn ein deutsches Gericht örtlich zuständig ist. Die örtliche Zuständigkeit in Nachlasssachen ist in §§ 343, 344 FamFG geregelt. Seit dem 17.8.2015 ist zusätzlich Art. 4 EuErbVO zu beachten, wonach für Entscheidungen in Erbsachen die Gerichte desjenigen Mitgliedsstaates zuständig sind, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seines gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

## II. Nachlassverwaltung

- 4 **1. Allgemeines.** Die Nachlassverwaltung ist eine **Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger** (BGH ZEV 2017, 513 Rn. 12; OLG Hamm FGPrax 2010, 239). Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt und der Zweck der Nachlassverwaltung nicht entgegensteht, gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Nachlasspflegschaft (BGH ZEV 2017, 513 Rn. 12) und damit diejenigen über die Vormundschaft (§§ 1915, 1773 ff.) (RGZ 72, 260 [263]; MüKoBGB/Küpper Rn. 3; vgl. auch BGH ZEV 2000, 155 [157] zur Bereicherungshaftung des Nachlasses für ein vom Nachlassverwalter ohne nachlassgerichtliche Genehmigung aufgenommenes Darlehen). Der Nachlassverwalter ist jedoch – anders als der Nachlasspfleger – nicht Vertreter des Erben, sondern amtlich bestelltes Organ zur Verwaltung einer fremden Vermögensmasse mit eigener Parteistellung (→ § 1985 Rn. 1 f.) (RGZ 135, 305 [307]; OLG Hamm FGPrax 2010, 239). Seine Stellung gleicht eher derjenigen eines Insolvenzverwalters (RGZ 135, 305 [307]; 150, 189 [190]; BayObLGZ 1976, 167 [171]; RGRK-BGB/Johannsen § 1985 Rn. 1; vgl. auch Grziwotz DB 1990, 924 [925]). Die Anordnung der Nachlassverwaltung erfolgt auf Antrag durch das Nachlassgericht (→ § 1981 Rn. 2 ff.). Ihre Wirkungen ergeben sich aus den §§ 1975–1979, 1984, 1985, 2000 sowie den § 241 Abs. 3 ZPO, § 246 Abs. 1 ZPO, § 784 ZPO (→ § 1984 Rn. 3 ff., → § 1984 Rn. 6 ff.). Sie endet mit der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens (§ 1988 Abs. 1) oder durch Aufhebungsbeschluss des Nachlassgerichts (→ § 1988 Rn. 2 ff.). Die durch sie entstandenen Kosten sind Nachlassverbindlichkeiten (§ 24 Nr. 5 GNotKG).
- 5 **2. Haftung des Erben während der Nachlassverwaltung.** Während der Dauer der Nachlassverwaltung ist die Haftung des Erben auf den Nachlass beschränkt, wenn der Erbe im Zeitpunkt der Anordnung der Nachlassverwaltung nicht schon unbeschränkt haftete (§ 2013 Abs. 1 S. 1). **Ansprüche gegen den Nachlass** können während der Nachlassverwaltung nur gegen den Nachlassverwalter geltend gemacht werden (§ 1984 Abs. 1 S. 2). Wird aus einem vor der Anordnung der Nachlassverwaltung gegen den Erben oder aus einem gegen dem Erblasser selbst erwirkten Urteil in das Eigenvermögen des Erben vollstreckt, muss der Erbe die Haftungsbeschränkung im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen (§§ 781, 785, 767 ZPO). Voraussetzung ist, dass der Erbe sich die Beschränkung