

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 127

**Aufwendungen und
Vergütungen des Nachlaßpflegers**

**Zugriff des Nachlaßpflegers auf den Nachlaß
zwecks Befriedigung**

**Von
Ute Tidow**



Duncker & Humblot · Berlin

UTE TIDOW

Aufwendungen und Vergütungen des Nachlaßpflegers

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 127

Aufwendungen und Vergütungen des Nachlaßpflegers

**Zugriff des Nachlaßpflegers auf den Nachlaß
zwecks Befriedigung**

**Von
Ute Tidow**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Tidow, Ute:

Aufwendungen und Vergütungen des Nachlasspflegers: Zugriff
des Nachlasspflegers auf den Nachlass zwecks Befriedigung /

von Ute Tidow. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1990

(Schriften zum Bürgerlichen Recht; Bd. 127)

Zugl.: Marburg, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06852-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-06852-1

Inhalt

A. Aufwendungen und Vergütungen des Nachlaßpflegers

| | |
|----------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Problemstellung | 9 |
| II. Aufwendungsersatz und Vergütung des Nachlaßpflegers | 11 |
| 1. Der Nachlaßpfleger | 11 |
| 2. Die Aufwendungen des Nachlaßpflegers | 12 |
| 3. Die Vergütung des Nachlaßpflegers | 14 |
| a) Das Unentgeltlichkeitsprinzip | 14 |
| b) Die Entstehung des Vergütungsanspruchs | 16 |
| aa) Bewertungskriterium für die Vergütungsfestsetzung: Nachlaßvermögen ... | 16 |
| (1) Das gesamte Vermögen | 17 |
| (2) Das "Aktivvermögen" | 18 |
| bb) Zweites Kriterium für die Vergütungsfestsetzung: Umfang und Bedeutung | 18 |
| 4. Die Vergütungshöhe | 21 |
| a) Die Vergütungsrichtlinien für den Konkursverwalter | 22 |
| aa) Analoge Anwendung der Vorschriften auf die Nachlaßpflegervergütung | 22 |
| bb) Unterschied in Aufbau und Inhalt der § 85 KO und § 1836 BGB | 24 |
| cc) Wesensgleichheit der Vergütungen | 24 |
| b) Vergleichbarkeit mit der Vergütung des Testamentvollstreckers | 26 |
| Ergebnis Teil A | 33 |

B. Die Geltendmachung dieser Ansprüche und die Befriedigungsreihenfolge

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Die Geltendmachung des Aufwendungsersatz- und des Vergütungsanspruchs | 34 |
| 1. Allgemeines | 34 |
| 2. Das Selbstbefriedigungsrecht des Nachlaßpflegers | 35 |
| a) Barvermögen als Nachlaßgegenstand | 36 |
| b) Sonstige Nachlaßgegenstände | 36 |
| c) Umgehung des Verbotes des § 181 BGB | 39 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| II. Die Befriedigungsreihenfolge der Nachlaßgläubiger | 41 |
| 1. Die Rangfolge von Forderungsrechten | 42 |
| 2. Die spezielle Befriedigungsreihenfolge bezüglich der Nachlaßgläubiger - das Erstzugriffsrecht des Nachlaßpflegers | 42 |
| a) Reihenfolge aus §§ 1835, 1836 BGB | 43 |
| aa) § 1836 BGB | 43 |
| bb) § 1835 BGB | 43 |
| b) Reihenfolge aus §§ 1990, 1991 BGB | 43 |
| c) Analoge Anwendung der §§ 1990, 1991 BGB | 45 |
| d) Anwendung des § 1979 BGB | 47 |
| e) Die konkursmäßige Befriedigung | 49 |
| f) Ergebnis | 52 |
| III. Möglichkeit des Erstzugriffs - Probleme und Einschränkungen | 52 |
| 1. Entstehung und Fälligkeit des Anspruchs | 52 |
| a) Entstehung und Fälligkeit des Aufwendungsersatzanspruchs | 53 |
| b) Entstehung und Fälligkeit des Vergütungsanspruchs | 54 |
| 2. Der Präventionsgrundsatz | 54 |
| a) Der Rechtsgedanke der §§ 1978, 1979 BGB | 56 |
| b) Anwendung der §§ 273, 387 BGB | 59 |
| aa) Wirkung der Einreden | 59 |
| bb) Die gegenüberstehenden Ansprüche | 59 |
| (1) Die Aufrechnung gemäß § 389 BGB | 60 |
| (2) Das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB | 60 |
| c) Ungleichbehandlung zwischen Sicherungs- und Prozeßnachlaßpfleger | 65 |
| d) Schutz der Nachlaßgläubiger durch Aufsicht des Nachlaßgerichts | 66 |
| Ergebnis | 67 |
| 3. Einschränkung durch gesetzlich vorrangige Rechte - Pfandrechte | 68 |
| a) Vererblichkeit dinglicher Rechte | 69 |
| b) Das Vermieterpfandrecht gemäß § 559 S.3 BGB | 69 |
| aa) Entstehungszeitpunkt des Pfandrechts | 69 |
| (1) Pfändbarkeit der Gegenstände | 69 |
| (2) Zeitpunkt der Geltendmachung | 70 |
| (3) Tod des Mieters | 71 |
| bb) Bezugsperson für die Frage der Pfändbarkeit | 71 |
| (1) Fortführung des Mietverhältnisses durch die Erben | 71 |
| (2) Bezugnahme bezüglich der Pfändbarkeit auf die Erben | 72 |
| c) Kollision des "Erstzugriffsrechts" des Nachlaßpflegers und der Sicherungs- rechte übriger Nachlaßgläubiger | 74 |
| Ergebnis Teil B | 77 |

C. Aufwendungen und Vergütungen beim Rechtsanwalt als Nachlaßpfleger und als "Berufsnachlaßpfleger"

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Problemstellung | 78 |
| II. Die Vergütung | 79 |
| 1. Folge für die Anwendbarkeit des § 1836 BGB | 79 |
| 2. Die Höhe der Vergütung | 80 |
| a) Anwendung der BRAGebO | 80 |
| b) Anwendung des ZSEG | 81 |
| c) Anwendung der gleichen Kriterien wie beim "Einzelnachlaßpfleger" | 82 |
| III. Die Aufwendungen | 82 |
| 1. Aufwendungen des Rechtsanwalts | 82 |
| 2. Ersatz des Zeitaufwandes und der anteiligen Bürounkosten | 83 |
| 3. Definition des "Berufsnachlaßpflegers" | 86 |
| 4. Ergebnis | 88 |
| IV. Die Umsatzsteuer | 88 |
| 1. Die Steuerpflicht bezüglich der Vergütung | 88 |
| a) Der "Berufsnachlaßpfleger" | 88 |
| b) Der auf Grund seiner beruflichen Qualifikation berufene Rechtsanwalt | 89 |
| aa) Besteuerung nach § 1 Abs.1 Nr 1 USTG | 89 |
| bb) Steuerbefreiung gemäß § 4 Nr 26 b USTG | 90 |
| c) Höhe des Steuersatzes | 91 |
| 2. Abwälzung der Umsatzsteuer für die Vergütung auf die Erben | 91 |
| a) Erstattung der Steuer im Wege des Aufwendersersatzes | 92 |
| b) Erstattung der Steuer über die Vergütung | 93 |
| aa) Die herrschende Meinung: Bezug der Billigkeit | 93 |
| bb) Vergleich mit anderen Vergütungsverordnungen | 94 |
| 3. Die Umsatzsteuer für die Aufwendungen | 97 |
| a) Versteuerung des Aufwendersersatzes | 97 |
| b) Höhe des Steuersatzes | 97 |
| c) Abwälzung der Steuer auf die Erben | 98 |
| Ergebnis Teil C | 98 |

Gesamtergebnis

A. Aufwendungen und Vergütungen des Nachlaßpflegers

I. Problemstellung

Das Amt des Nachlaßpflegers stellt auf Grund der Ähnlichkeit mit einer Pflugschaft für unbekannte Beteiligte gemäß § 1913 BGB und der daraus resultierenden Anwendung des Vormundschaftsrechts (vergl. § 1915 Abs.1 BGB)¹ ein Ehrenamt dar, zu dessen Übernahme jeder Deutsche nach §§ 1785, 1915 Abs.1, 1960, 1962 BGB verpflichtet ist. Die vom Nachlaßgericht bestellte Person kann das Amt *nur* bei Vorliegen eines der in § 1786 Abs.1 Nr. 1-8 BGB abschließend aufgeführten² Gründe ablehnen.

Besonderes Charakteristikum der Ehrenpflicht ist die unentgeltliche Ausübung des Amtes.³ Diese ist für die Vormundschaft ausdrücklich in § 1836 Abs.1 S.1 BGB normiert. Sie gilt durch die Verweisungen der §§ 1915 Abs.1, 1962 BGB, 75 FGG auch für die Nachlaßpflugschaft. Diese strenge gesetzliche Regelung sowohl bezüglich der Übernahmepflicht als auch der Unentgeltlichkeit widerspricht aber der heutigen Praxis. Es stellt für die vom Nachlaßgericht beauftragte Person keine Ehre mehr dar, dieses Amt auszuführen, sein Ansehen in der Öffentlichkeit wird nicht angehoben - im Gegensatz zum Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts. Der Nachlaßpfleger (Vormund) ist lediglich "Vermögensverwalter" auf Grund des Auftrages des Staates zur Wohlfahrtspflege.⁴ Vom Nachlaßgericht wird daher keine Person mehr über die strikte Anwendung des Gesetzes zur Annahme der Nachlaßpflugschaft gezwungen. Selbst bei einer durch das Gericht getroffenen Auswahl erfolgt bei begründeter Ablehnung außerhalb der Gründe des § 1786 BGB keine Bestellung gemäß § 1789 BGB. Bei einem solchen Nachlaßpfleger, der lediglich auf Grund des gesetzlichen Zwanges sein Amt übernehmen muß, besteht aber die

1 § 75 FGG

2 LG Paderborn DAV 1974, 404 (405 f); Palandt-Diederichsen, § 1786 Anm 1; A.A.: LG Bielefeld, NJW-RR 1988, 713 (714)

3 Meyers Taschenlexikon Bd 6 Stichwort "Ehrenamt"; Brockhaus Bd 3, Stichwort "Ehrenamt"

4 Vergl. BVerfGE 54, 251 (268)

Gefahr, daß er seine Aufgaben nachlässig und ohne die erforderliche Sorgfalt mit Widerwillen ausführt. Abgesehen davon wird auch durch die Ehrenamtlichkeit die - bereits vom Gesetzgeber befürchtete⁵ - Abneigung gegen den Vormundschaftsdienst bzw. die Nachlaßpflegschaft gesteigert. In der heutigen Zeit besteht in der Regel keine Bereitschaft, derartige Ämter als Ehrenämter, ohne Vergütung, zu übernehmen. Die wirtschaftliche Lage des Einzelnen und die gesamte wirtschaftliche Struktur führen in der Regel - abgesehen von der Übernahme auf Grund von Verwandtschaft, Freundschaft - zu einer "Ablehnung" des Amtes mit der obengenannten Folge und der Konsequenz durch das Nachlaßgericht.

Infolgedessen gewinnt die in § 1836 Abs.1 S.2 BGB bestimmte ausnahmsweise Festsetzung der Vergütung für den Nachlaßpfleger (Vormund) besondere Bedeutung - ohne aber dadurch einen Vergütungsanspruch zu postulieren -, obwohl dem Nachlaßpfleger ein Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 1835 BGB und/oder ein Vorschuß zusteht.⁶ Die Aufwendungen erfassen aber nur die baren Auslagen. Dieser bereits während der Nachlaßpflegschaft entstehende Aufwendungsersatzanspruch und der nach der Festsetzung durch das Nachlaßgericht bestehende Vergütungsanspruch⁷ sollen im Interesse des Nachlaßpflegers zügig erfüllt werden. Der Nachlaßpfleger soll nicht verpflichtet sein, für die grundsätzlich ehrenamtliche Aufgabe aus seinem Vermögen "zuschießen" zu müssen.

Die Erfüllung dieser Ansprüche durch den Schuldner, d.h. den Erben stößt aber in vielen Fällen auf Schwierigkeiten, da die zukünftigen Erben oft erst ermittelt werden müssen. Der Nachlaßpfleger wäre also auf die gerichtliche Geltendmachung verwiesen. Das Nachlaßgericht wird seine Entscheidung auf Grund der Beweislage oftmals aber erst bei Beendigung der Nachlaßpflegschaft treffen, mit der Folge, daß der Nachlaßpfleger u.U. 10 und mehr Jahre auf seine Vergütung bzw. seinen Aufwendungsersatz warten müßte. Diese zwar grundsätzlich den Interessen des Erben entsprechende lange Auslagepflicht des Nachlaßpflegers führt aber insbesondere in den Fällen der "erzwungenen" Nachlaßpflegschaft dazu, daß der Nachlaßpfleger in Versuchung gerät, seine Ansprüche aus dem in seinem Besitz befindlichen Nachlaßvermögen zu

⁵ Motive IV S. 1182

⁶ § 1835 BGB ist nach herrschender Meinung eine Ausnahme des Unentgeltlichkeitsprinzips: so: BVerfGE 54, 251 (267); BayObLG FamRZ 1977, 558 (559); a.A.: MK-Schwab, § 1836 Rz 1

⁷ Bezüglich der Entstehung siehe auch die Ausführungen B III 1

befriedigen. Es entsteht ein Interessenkonflikt zwischen den Erben, den Nachlaßgläubigern und dem Nachlaßpfleger. Gesteht man dem Nachlaßpfleger ein *Entnahmerecht* aus dem Nachlaß mit der Folge der Befriedigung seiner Ansprüche zu, so wird er eher sein Amt ordnungsgemäß ausführen, als wenn er auf seine Befriedigung Jahre bzw. sogar Jahrzehnte warten muß. Auf der anderen Seite führt diese Möglichkeit aber zu der Gefahr, daß der Nachlaßpfleger den Nachlaß lediglich zum Zwecke der eigenen Befriedigung in Besitz nimmt und dadurch die Erben und die Nachlaßgläubiger auf das verbleibende Nachlaßvermögen verweist. So nimmt der Nachlaßpfleger z.B. die sich in der Wohnung des Erblassers befindlichen Gegenstände in Besitz. Ohne weitere Tätigkeiten auszuführen veräußert er einen Teil der Einrichtung und behält die Gegenleistung als berechneten Vorschuß ein. Als einzige Handlung im Rahmen seiner Nachlaßpflegertätigkeit erfolgt nur noch die Beratung des Erben zu Ausschlagung der Erbschaft.

Zur Lösung dieses Problems zwischen Erben und Nachlaßgläubigern auf der einen Seite und den Interessen des Nachlaßpflegers auf der anderen und der Frage einer eventuell bestehenden Rangfolge im Rahmen der Befriedigung durch den Nachlaßpfleger ist aber zunächst detaillierter auf die Entstehung und die Höhe des Aufwendungsersatzanspruches und der Vergütung gemäß §§ 1835, 1836, 1915 Abs.1, 1960, 1962 BGB einzugehen.

II. Aufwendungsersatz und Vergütung des Nachlaßpflegers

1. Der Nachlaßpfleger

Das BGB geht grundsätzlich davon aus, daß die Behandlung des Nachlasses Sache der Erben ist. Sie haben den Erbfall abzuwickeln und die Nachlaßgläubiger zu befriedigen. Nur in ganz besonderen, gesetzlich geregelten Fällen ist eine gewisse staatliche Fürsorge geboten. Diese ist Aufgabe des Nachlaßgerichts, z.B. im Rahmen der Testamentseröffnung, §§ 2259 ff BGB, der Erbscheinserteilung, §§ 2353 ff BGB, der Ausschlagung einer Erbschaft, § 1945 BGB und der Nachlaßsicherung, §§ 1960 f BGB. Letztere wird vom Nachlaßgericht durch die in § 1960 Abs.2 BGB beispielhaft⁸ aufgeführten, im pflichtgemäßen Ermessen stehenden, Maßnahmen wie Siegelanlegung, Hinterlegung,

⁸ MK-Leipold, § 1960 Rz 25; Firsching, IV C S. 128; Palandt-Edenhofer, § 1960 Anm 4